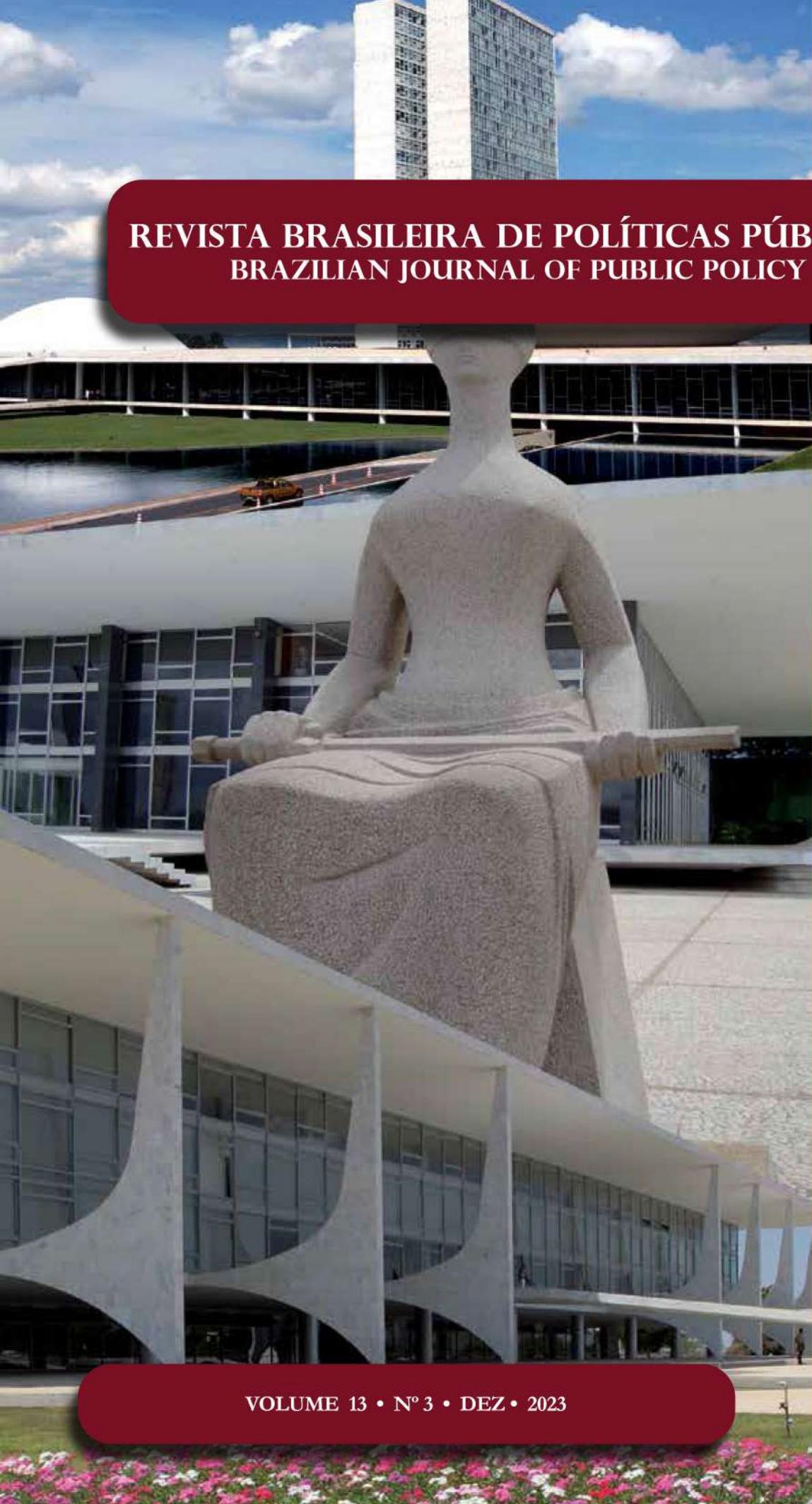


The logo for CEUB (Centro de Estudos em Educação e Políticas) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a large, white, seated female statue in the foreground, holding a book. In the background, there is a modern, white building with large windows and a glass facade, situated near a body of water. A tall, white, rectangular tower is visible in the distance under a blue sky with scattered clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle, repeating floral pattern on the right side.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Patrícia Perrone Campos Mello

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Jéffson Menezes de Sousa

Isabella Nunes Borges

Giselle Feliz Santiago

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 13	n. 3	p. 1-471	Dez	2023
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORES ADJUNTOS

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutor pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Isabella Nunes Borges, mestre pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Giselle Feliz Santiago, doutoranda pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 13, n. 3 (dez. 2023) - . Brasília : CEUB, 2023

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Sumário

I. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	13
CONTENIDO DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO FRENTE AL RIESGO A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y SUS CONTRASTES CON LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN E IN DUBIO PRO NATURA	15
Edison Ramiro Calahorrano Latorre e Jairo Lucero Pantoja	
1 Introducción	16
2 La sociedad del riesgo y la precaución	18
3 Contenido, elementos y funciones de los principios preventivo, precautorio e in dubio pro-natura en el Derecho Ambiental	21
4 Función del principio precautorio y propuesta para su aplicación.....	29
5 Conclusiones	31
Bibliografía	32
THE ROLE OF THE CENTRAL AND REGIONAL GOVERNMENTS OF INDONESIA IN THE INDONESIA-PAPUA NEW GUINEA BORDER DEVELOPMENT POLICY	40
Yosephina Ohoiwutun, M. Zaenul Muttaqin, Vince Tebay, Ilham Ilham e Dorthea Renyaan	
1 Introduction	41
2 Materials and Methods	43
3 Results and Discussion.....	44
3.1 General Description of the Research Object	44
3.2 Border Area Development Framework	46
3.3 Border Area Development Approach.....	48
3.4 Factors Inhibiting Border Area Development Policy	49
4 Conclusions.....	50
References.....	51
REFLEXÕES SOBRE A ECONOMIA CIRCULAR E A LOGÍSTICA REVERSA DOS RESÍDUOS ELETROELETRÔNICOS: A CONCESSÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS PARA COOPERATIVAS DE RECICLAGEM COMO EFICIENTE INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	54
Joana D'Arc Dias Martins, Maria de Fátima Ribeiro e Mireni Oliveira Costa Silva	
1 Introdução	55
2 Reflexões sobre a cadeia produtiva rumo ao desenvolvimento sustentável: transição de um sistema econômico linear para um sistema circular.....	56
2.1 Economia Circular: perspectivas para novos e sustentáveis modelos de negócios	57
2.2 A Gestão dos Resíduos Eletroeletrônicos (REEE)	59

2.3 Aspectos legais sobre a sustentabilidade: foco principal da Economia Circular.....	61
3 As externalidades (positivas) da logística reversa e da coleta seletiva de resíduos sólidos de eletroeletrônicos para o mindset da Economia Circular.....	63
3.1 Incentivos fiscais para cooperativas de reciclagem de resíduos eletroeletrônicos: Instrumento de Promoção do Desenvolvimento Sustentável.....	67
4 Apontamentos sobre a Política Nacional dos Resíduos Sólidos e a Política Tributária para os Resíduos Sólidos	68
4.1 A Incidência do Imposto sobre Circulação, Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os resíduos sólidos: os exemplos dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Ceará	70
5 Afinal, há no Brasil uma verdadeira Política de Incentivos Fiscais para os Resíduos Sólidos Eletroeletrônicos (EEE)?	73
6 Considerações finais	75
Referências.....	76
II. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO DIGITAL.....	80
O BRASIL EM MEIO À CORRIDA REGULATÓRIA PELA GOVERNANÇA DA ECONOMIA DIGITAL	82
Lucas da Silva Tasquetto, Fábio Costa Morosini e Lucas Cardoso Martini	
1 Introdução	83
2 A proliferação de modelos regulatórios para o comércio digital.....	87
2.1 A abordagem dos Estados Unidos	87
2.2 A abordagem da União Europeia	91
2.3 A abordagem chinesa.....	93
3 O Brasil na regulação do comércio digital	96
3.1 Brasil 1.0: uma abordagem reativa para regulação de comércio digital.....	98
3.2 Brasil 2.0: uma abordagem ofensiva na regulação de comércio digital	100
3.3 O Brasil e as negociações de comércio digital bilaterais e regionais.....	103
4 Considerações finais	106
Referências.....	107
INTERNET DAS COISAS (IoT) E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS DO CIDADÃO: UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO	116
Têmis Limberger, Gustavo Santanna e Demétrio Beck da Silva Giannakos	
1 Introdução	117
2 Da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil	118
3 Internet das coisas (IoT) e big data: uma introdução ao tema.....	119
4 A observância aos direitos de privacidade e à proteção de dados do cidadão pela internet das coisas.....	122
5 Considerações finais	125
Referências.....	125

DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA: AUTONOMIA OU DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA?..... 129

Guilherme Aparecido da Silva Maia e Lídia Maria Ribas

1 Introdução	130
2 As principais convenções multilaterais que protegem os direitos de propriedade intelectual.....	132
3 A propriedade intelectual em Portugal e Brasil.....	134
4 Os direitos de propriedade intelectual nos demais países de língua portuguesa.....	136
5 O contraponto de indicadores de propriedade intelectual dos Estados Unidos da América, Alemanha e França	138
6 As alternativas para a consolidação dos países de língua portuguesa	139
7 Considerações finais	143
Referências.....	143

A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA (RSC) NA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM REDES SOCIAIS: A LEGALIDADE DOS ATOS DE CONTROLE DA AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL.....147

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Introdução	148
2 O direito de liberdade de expressão limitado em redes sociais	152
2.1 A ausência da arena pública para o livre exercício da liberdade de expressão em redes sociais	153
2.2 A limitação público-privada presente da liberdade de expressão em redes sociais.....	155
2.2.1 Um limite presente na aplicação de normas estatais	155
2.2.1.1 A previsão normativa dos limites da liberdade de expressão: o limite público.....	155
2.2.1.2 A categorização dos limites da liberdade de expressão.....	157
2.2.2 Um limite contido nos compromissos empresariais de Responsabilidade Social Corporativa (RSC).....	159
3 A Responsabilidade Social Corporativa (RSC) como mecanismo viável de controle em redes sociais	162
3.1 A autorregulação empresarial presente nos limites da regulação Estatal em redes sociais	162
3.1.1 Um dever empresarial para com as normas estatais em vigência	162
3.1.2 Um compromisso das empresas para com os usuários de redes sociais	167
3.2 A Teoria do Direito em Rede no reposicionamento normativo para efetivar a RSC como mecanismo de controle em redes sociais.	170
4 Considerações finais	172
Referências.....	173

III. POLÍTICAS PÚBLICAS EM REGULAÇÃO FINANCEIRA E FISCAL..... 177

DESASTRES SOCIONATURAIS E POLÍTICA FISCAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ORÇAMENTO FEDERAL VOLTADO À DEFESA CIVIL NO BRASIL 179

Fernanda Dalla Libera Damacena, Renato Eliseu Costa, Felipe Fonseca e Victor Marchezini

1 Introdução	180
2 Orçamento e cenário da execução orçamentária da Defesa Civil	182
3 Execução orçamentária.....	184
4 Emendas do relator, créditos extraordinários, especiais e suplementares: quando o público paga duas vezes pelo desastre	187
5 Crédito Extraordinário, especial e suplementar por meio de Medidas Provisórias e Leis Ordinárias	188
6 O orçamento enquanto instrumento de planejamento voltado ao atendimento das expectativas sociais.....	190
6.1 O dever do planejamento orçamentário como um dos meios de implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil no Brasil: entre a legalidade e a lacuna.....	192
6.2 O diagnóstico do problema às possíveis alternativas de solução.....	194
7 Considerações finais	197
Referências.....	197

O PAPEL DAS COMPLEMENTARIDADES LOCAIS NA RECEPÇÃO DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS GLOBAIS: EVIDÊNCIAS DA REGULAÇÃO BANCÁRIA BRASILEIRA E MEXICANA..... **203**

Mario G. Schapiro

1 Introdução	204
2 Difusão regulatória em países em desenvolvimento	207
2.1 Difusão regulatória global, falhas de implementação local e as regras de Basileia.....	208
2.2 Transplantes, complementaridades institucionais e convergência substantiva	211
3 Marco analítico, método e desenho da pesquisa.....	212
4 Complementaridades institucionais no Brasil e México	214
4.1 A complementaridade regulatória brasileira.....	214
5 A busca pela complementaridade institucional no México	218
6 Considerações finais	221
Referências.....	222

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIDADE E TRANSPARÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS ESTADUAIS..... **229**

Vinicius Klein e Eduardo M. Lima Rodrigues de Castro

1 Introdução	230
2 Intervenção do Estado na economia e atividade regulatória no contexto constitucional de 1988	232
3 Análise de impacto regulatório como instrumento de incremento da qualidade da atividade da administração pública	234
4 Os desafios para adequada implementação da Análise de Impacto Regulatório.....	237
5 AIR como instrumento de racionalização e transparência para a concessão de benefícios fiscais estaduais	240
6 Considerações finais	243
Referências.....	243

RESPOSTAS FISCAIS DOS GOVERNOS ESTADUAIS PARA O COMBATE AOS EFEITOS ECONÔMICOS DA COVID-19: UM ESTUDO COMPARADO MÉXICO E BRASIL.....248

Jamille Carla Oliveira Araújo, Fernando Gentil de Souza, Laura Margarita Medina Celis, María Guadalupe Aguirre Guzmán e Umbelina Cravo Teixeira Lagioia

1 Introdução	249
2 Antecedentes e referencial teórico	251
2.1 Respostas fiscais e efeitos econômicos nos países	253
3 Metodologia	255
4 Resultados e discussões	256
4.1 Governos Estaduais e as medidas fiscais na COVID-19	256
4.2 Comparação das respostas fiscais na COVID-19	262
5 Considerações finais	265
Referências	266

IV. INTERVENÇÃO DE ATORES NACIONAIS EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....272

REDIMINDO O ATIVISMO JUDICIAL: CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A FUNÇÃO CONTRA-ARGUMENTATIVA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.....274

Matheus Casimiro, Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

1 Introdução	275
2 Ativismo judicial: uma expressão multidimensional	276
3 A função contra-argumentativa das cortes constitucionais: uma resposta a partir do constitucionalismo democrático	279
4 A atuação contra-argumentativa do Supremo Tribunal Federal na pandemia de Covid-19	284
5 Considerações finais	288
Referências	289

O PODER JUDICIÁRIO NO INCENTIVO À ADOÇÃO DE CRIANÇAS OU ADOLESCENTES PRETERIDOS E A BUSCA ATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR ..295

Ana Elisa Silva Fernandes Vieira e Dirceu Pereira Siqueira

1 Introdução	296
2 O problema público da inefetividade do direito à convivência familiar e a “vala de abandono” de crianças e adolescentes brasileiros	297
3 O poder judiciário como agente de políticas públicas	304
4 O poder judiciário na garantia do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes preteridos	309
5 Considerações finais	315
Referências	316

A COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E AS CHAMADAS ILUSÕES CONSTITUCIONAIS324

Daniel Araújo Valença e Diana Melissa Ferreira Alves Diniz

1 Introdução	325
2 Natureza da comissão de constituição justiça e cidadania (CCJC): percepções normativa e doutrinária.....	326
3 Natureza da comissão de constituição, justiça e cidadania (CCJC): percepção jurídico-materialista	329
4 O fim das ilusões constitucionais face à CCJC	334
5 Considerações finais	336
Referências.....	337

V. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE GRUPOS MINORITÁRIOS340

VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRABAJO: DESAFÍOS PARA LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA NECESARIA PARA ROMPER EL VÍNCULO CON EL AGRESOR.....342

Bárbara Sordi Stock, Edita Del Pilar Astete Ramos, Gerardo Antonio Márquez Rondón e Camila Ignacia Espinoza Almonacid

1 Introducción.....	343
2 Método y resultados.....	344
2.1 ¿Quiénes son las beneficiarias de red incorpora mujer y que desafíos encuentran para su (re)inserción laboral?.....	344
2.2 Capacitaciones hechas a medida	349
2.3 Estrategias de inserción laboral.....	350
3 Discusión	351
4 Conclusión	354
Referencias.....	354

FEMINIST CONSTITUTIONALISM AS AN INSTRUMENT FOR THE EDUCATIONAL TRANSFORMATION OF SPACES OF INTELLIGIBILITY IN LAW359

Fábio Rezende Braga, Marcella Oliveira Araujo e Melina Girardi Fachin

1 Introduction	360
2 To read, challenge and reflect legal education: patriarchy and the interpret(action) of law	361
3 The (re)production of legal knowledge and everyday epistemicide in the classroom.....	364
4 Feminist constitutionalism as a instrument of transgression of spaces of intelligibility in law ..	366
5 Conclusion	370
References.....	371

PROTEÇÃO INTERAMERICANA AOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER: DIRETRIZES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE LEIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO, COM ÊNFASE PARA O BRASIL374
Camila Carvalho Ribeiro e Thiago Oliveira Moreira

1 Introdução	375
2 A equidade e o direito às diferenças	377
3 O sistema interamericano de proteção à mulher	381
3.1 Breve contextualização histórica, social e filosófica.....	381
3.2 Recorte histórico-normativo	384
4 O sistema interamericano de proteção à mulher e o desenvolvimento de políticas afirmativas de gênero	387
4.1 Políticas afirmativas implementadas no Brasil a partir do caso Maria da Penha Maia Fernandes	388
4.1.1 Breves considerações sobre o caso Maria da Penha Maia Fernandes.....	388
4.1.2 As recomendações feitas pela CIDH ao Estado brasileiro frente ao caso Maria da Penha	389
4.1.3 Leis e Políticas públicas nacionais de proteção ao direito das mulheres desenvolvidas pelo Estado brasileiro	389
5 Considerações finais	394
Referências	396

ACCESO A LA JUSTICIA, JUSTICIAS Y LAS MUJERES INDÍGENAS EN EL PROCESO CONSTITUYENTE DE CHILE 2019-2023..... 400
Sheila Fernández-Míguez e Juan Jorge Faundes Peñafiel

1 Introducción	401
2 Marco teórico	402
2.1 Interculturalidad, democracia y feminismo decolonial.....	402
2.2 Mujeres indígenas, acceso a la justicia y las justicias indígenas.....	404
3 Marco Normativo	407
3.1 Derechos humanos, acceso a la justicia y los derechos de las mujeres indígenas.....	407
3.2 Derechos de acceso a la justicia, a la identidad cultural y a las justicias indígenas	408
4 Contexto social e histórico en el reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Chile	413
4.1 Proceso constituyente chileno (2019-2023).....	414
5 Reconocimiento de las justicias indígenas en el proceso constituyente chileno	417
6 Conclusiones	419
Referencias	420

VI. OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS 428

CRISE DA SEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À FOME (2004-2022) 430

Bruno Teixeira Lins, João Vitor da Silva Batista e Fran Espinoza

1 Introdução	431
2 O direito e a garantia da segurança alimentar.....	433
3 A evolução da fome no Brasil	435
4 A análise das políticas públicas	437
5 Um estudo comparativo	442
6 Considerações finais	445
Referências.....	446

DETENTION OF A PERSON SUSPECTED OF COMMITTING A CRIMINAL OFFENSE DURING MARTIAL LAW IN UKRAINE..... 452

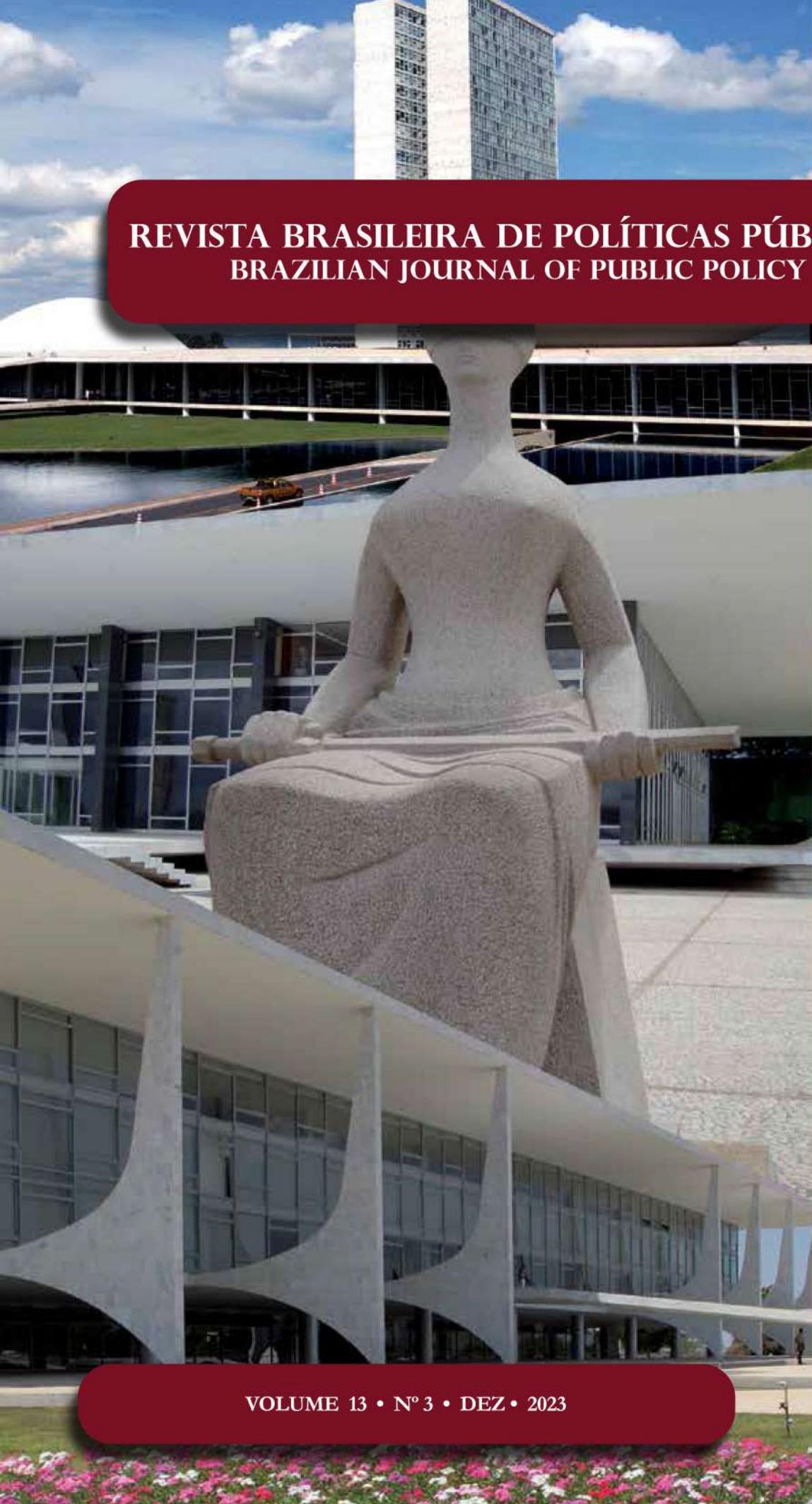
Serhii Ablamskyi, Volodymyr Galagan, Iryna Basysta e Zhanna Udovenko

1 Introduction	453
2 Legislative changes to the detention of persons under martial law in Ukraine	455
3 Peculiarities and specific problems of detention under martial law	458
4 Conclusions.....	463
References.....	464

NORMAS EDITORIAIS..... 468

Envio dos trabalhos:.....	470
---------------------------	-----

**I. POLÍTICAS PÚBLICAS EM
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

The cover image shows a large, white, modern building with a prominent, abstract, curved facade. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated woman is visible. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book, across her lap. The background features a clear blue sky with scattered white clouds and a tall, white, rectangular building in the distance. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Contenido del principio precautorio frente al riesgo a la vulneración del derecho a un ambiente sano y sus contrastes con los principios de prevención e *in dubio pro natura*

Content of the precautionary principle in respect to the risk of infringing the right to a healthy environment and its contrasts with the principles of prevention and *in dubio pro natura*

Edison Ramiro Calahorrano Latorre

Jairo Lucero Pantoja

Contenido del principio precautorio frente al riesgo a la vulneración del derecho a un ambiente sano y sus contrastes con los principios de prevención e *in dubio pro natura**

Content of the precautionary principle in respect to the risk of infringing the right to a healthy environment and its contrasts with the principles of prevention and *in dubio pro natura*

Edison Ramiro Calahorrano Latorre**

Jairo Lucero Pantoja***

Resumen

El objetivo del trabajo es explicar el contenido del principio precautorio, a partir de una investigación de carácter inductivo, descriptiva y explicativa, empleando los métodos dogmático, sistemático y analítico. Se plantea como hipótesis que el principio precautorio encuentra justificada su aplicación ante la posible materialización de riesgos en daños graves e irreversibles, siempre que la incerteza científica no permite advertir un nivel aceptable de seguridad. Primero se analiza la incerteza científica como elemento diferenciador del principio precautorio respecto del principio preventivo y el *in dubio pro natura*. Posteriormente, se profundiza respecto a su función y posible marco de aplicación. Finalmente se concluye que el principio precautorio encuentra su fundamento en la multiplicación de los riesgos y la profundización de los daños a una dimensión intergeneracional, como en el daño ambiental; por otro lado, se distingue del *in dubio pro natura* por su específico campo de acción en cuanto a riesgos con incerteza científica que pueden generar daños graves e irreversibles. La presente investigación ofrece argumentos respecto a los contornos de aplicación de principio precautorio y su correlación con otros, a partir de análisis de daño y el riesgo. Por su parte, se reconoce que la inexistencia de daño en la aplicación del principio precautorio ha provocado que la doctrina lo ubique, generalmente, fuera de esquema de responsabilidad civil. Lo señalado permite que posteriores investigaciones puedan hacerse cargo de la relación entre el principio precautorio y la misma.

Palabras clave: principio precautorio; prueba científica; principio preventivo; principio *in dubio pro natura*; daño ambiental.

* Recibido em: 30/08/2023

Aprovado em: 16/11/2023

Este trabajo tiene como antecedente mi tesis de Doctorado financiada con la Beca ANID de Doctorado Nacional.

Email: edison.calahorrano@ucentral.cl

** Doctor en Derecho por la Universidad de Talca; Académico Investigador Universidad Central de Chile.

*** Doctor en Derecho UNIVERSIDAD DE Talca. Académico Investigador Universidad de Tarapacá.

Email: jlucero-13@hotmail.com

Abstract

The work aims to explain the content of the precautionary principle, based on inductive, descriptive, and explanatory research, using dogmatic, systematic and analytical methods. It is hypothesized that the precautionary principle finds its application justified in the face of the possible materialization of risks in the form of serious and irreversible damage, in such a way that scientific uncertainty does not allow an acceptable level of safety to be established. First, scientific uncertainty is analyzed as a distinguishing element of the precautionary principle, differentiating it from the preventive principle and in dubio pro natura. Subsequently, its function and possible framework of application are discussed in more detail. Finally, it is concluded that the precautionary principle finds its basis in the multiplication of risks and the deepening of damage to an intergenerational dimension, as in the case of environmental damage. It is concluded that the precautionary principle is distinguished from in dubio pro natura by its specific field of action concerning risks that are scientifically uncertain and can generate serious and irreversible damage. The present research offers arguments regarding the contours of the application of the precautionary principle and its correlation with others, based on harm and risk analysis. On the other hand, it is acknowledged that the lack of damage in the application of the precautionary principle has caused the doctrine to place it, generally, outside the civil liability scheme. This means that further research can be carried out on the relationship between the precautionary principle and civil liability.

Keywords: precautionary principle; scientific evidence; preventive principle; in dubio pro natura principle; environmental damage.

1 Introducción

La necesidad de protección de los derechos fundamentales ha entregado un papel protagónico a los principios jurídicos, que se han convertido en medios para la optimización de las instituciones al momento de efectivizar una garantía¹. El mandato que ejercen los principios ha consolidado modelos argumentativos guiados por la aplicación integral de un conjunto de normas² que deben tener como resultado el amparo de la dignidad humana³.

En este sentido, el derecho contemporáneo encuentra una fuente importante de desarrollo a través de los principios, como efecto directo del postpositivismo⁴ y del proceso de internacionalización sostenido en el diálogo de fuentes⁵.

Por lo señalado, en el Estado Constitucional⁶ la Constitución se ha convertido en la norma jurídica suprema cuya relevancia solo es comparable con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han

¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española De Derecho Constitucional*, Madrid, v. 91, p. 11-29, 2011. CALAHORRANO, Edison. Derecho de contratos y excepcionalidad: reparación de instituciones y retorno a los principios en contexto de Covid-19. *Revista Ius Humani*, v. 9, n. 2, p. 159-201, 2020.

² LOZADA, Alí. El postpositivismo de la optimización: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy. *Doxa*, Alicante, n. 39, p. 227-252, 2016.

³ VITERI, Daniela. La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del tribunal constitucional español y el tribunal constitucional federal alemán. *Estudios de Derecho*, Medellín, v. 69, n. 153, p. 145-113, 2012; POLICASTRO, Pasquale. Dignidad de la persona y principios constitucionales en la época de la globalización. *Persona y Derecho*, Pamplona, v. 64, n. 1, p. 175-206, 2011.

⁴ ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. A modo de epílogo: una conversación sobre el derecho y otras varias cosas. In: ATIENZA Manuel; RUIZ, Juan (ed.). *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima: Palestra-Temis, 2009. p. 259-302. p. 259 y ss.

⁵ LUCERO, Jairo. El juez multinivel y la transversalidad de garantías: un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 20, n. 41, p. 71-99, 2021. p. 79 y ss.

⁶ AGUILÓ, Josep. En defensa del estado constitucional de derecho. *Doxa*, Alicante, v. 42, p. 87-93, 2019; FERREIRA, Osvaldo. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba,

sido ratificados en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, los derechos establecidos en dichos instrumentos generan compromisos ineludibles a los Estados, cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad internacional⁷.

Ahora bien, las Constituciones y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos recurren frecuentemente a las normas de textura abierta, los cuales se componen esencialmente por principios, por cuanto pretenden establecer lineamientos generales y parámetros de interpretación que sean adaptados al caso concreto⁸. De esta forma, en tanto el derecho contemporáneo parte del auto reconocimiento de sus limitaciones para abarcar la infinidad de situaciones complejas que pueden presentarse en la realidad, en contrapartida, convierte a los principios en enlaces potentes entre integración-interpretación normativa y su adecuación a los casos concretos.

No obstante lo anterior, los retos que acompañan las nuevas realidades siempre superan el avance regulatorio del derecho. En efecto, la denominada “sociedad del riesgo”⁹ ha permeado todas las actividades de la humanidad, haciendo a cada una de ellas fuentes de peligros que deben ser controlados¹⁰. La búsqueda de seguridad¹¹, encuentra su mayor desafío frente a los riesgos que no pueden ser eliminados y de cuyo ejercicio depende el actual funcionamiento económico y social. Ejemplo de ello lo encontramos en las diversas actividades realizadas por la industria ligadas a la explotación de recursos naturales, el advenimiento de la inteligencia artificial, las posibilidades de manipulación del genoma humano, entre otras.

De este modo, surge la necesidad de incorporar herramientas jurídicas que gestionen el desarrollo de ciertas actividades que pueden vulnerar bienes jurídicos igual o más importantes que estas. Dicha necesidad de regulación se considera el punto de partida de la prevención y la precaución.

El problema jurídico que se pretende abordar en el presente trabajo se refiere a analizar cuál es el contenido y alcance de principio precautorio y la manera en que debe aplicarse sin que suponga un impedimento al desarrollo de actividades riesgosas; por el contrario, la identificación de los casos en que debe operar para evitar un daño grave e irreversible que le permita funcionar armónicamente con la responsabilidad civil y diferenciarse de los principios preventivo y *pro natura*¹².

v. 9, n. 1, p. 137-172, 2022.

⁷ NOGUEIRA, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, Talca, v. 2, n. 2, p. 9-62, 1997.

⁸ AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, La Coruña, v. 4, p. 593-602, 2000.

⁹ CAFFERATTA, Néstor. Los principios y reglas del Derecho ambiental. In: QUINTO programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. Clayton: PNUMA, 2017. p. 47-59. Disponible en: <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023; BUXÓ, María. Bioética y ecología: perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. In: BUXÓ, María; CASADO, María (coord.). *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2005. p. 11-16; KEMELMAJER, Aída. Responsabilidad civil y transgénicos. In: RESIDÈNCIA d'Investigadors – CSI: riesgo y precaución: pasos hacia una bioética ambiental. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2005. p. 169-225. p. 188.

¹⁰ RENDTORFF, Jacob. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability- Towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine, Health Care and Philosophy*, Nueva York, v. 5, p. 235-244, 2002; VALDÉS, Erick. *Bioderecho: epistemologías y aplicaciones en tiempos de pandemia y riesgo existencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021; NEAL, Mary. The idea of vulnerability in healthcare law and ethics: from the margins to the mainstream? In: BEDFORD, Daniel; HERRING, Jonathan (ed.). *Embracing vulnerability: the challenges and implications for law*. Londres: Routledge, 2020. p. 1-23.

¹¹ Señala BALLESTEROS, Blanca. Sociología del riesgo: reflexión sobre la teoría de la sociedad del riesgo. *Temas Sociales*, La Paz, n. 35, p. 203-215, 2014, que todo “cálculo de riesgos’ [...] se torna ininteligible”. Aunque advierte BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998. p. 26, de los peligros de invisibilizar ciertos riesgos, como aquellos que generan daños irreversibles, e incluso, sistemáticos. Ver, MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2013. p. 40.

¹² Lo señalado coincide con la consagración de principio en otros ordenamientos latinoamericanos y la necesidad de su aplicación ante las dos características concretas de daño que puede producirse, gravedad e irreversibilidad. CAFFERATTA, Nestor. Principio precautorio (con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil. *LEX-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 5, n. 4, p. 219-246, 2020.

Ante lo señalado, se plantea como hipótesis que el principio precautorio encuentra justificada su aplicación ante la posible materialización de riesgos en daños graves e irreversibles, de tal forma que la incerteza científica no permite advertir un nivel aceptable de seguridad, pero para ser aplicable es necesario demarcar sus contornos respecto de los principios preventivo e *in dubio pro natura* (en adelante *IDPN*), a partir de la gravedad de daño posible y la falta de seguridad que trae consigo la incerteza científica. Cabe aclarar que en el presente trabajo se utilizan los términos incerteza e incertidumbre como sinónimo, por cuanto la literatura analizada los usa alternativamente, refiriéndose, en todo caso, a la insuficiencia de la evidencia científica respecto de la efectiva materialización de riesgo en un daño.

Para desarrollar esta hipótesis se ha planteado como primer objetivo desentrañar el contenido del concepto de sociedad de riesgo y la particular gravedad del daño en el contexto ambiental; a continuación, se establecerán puntos en común y diferencias entre los principios preventivo, precautorio e *in dubio pro natura*, precisando sus elementos, efectos y aplicaciones. Finalmente, se reflexionará sobre la relación entre el principio precautorio y la incerteza científica como su característica principal. Por último, se señalarán algunas conclusiones.

Se aplicará el método inductivo, partiendo de premisas cuya verificación permitirán llegar a una conclusión general, mediante el análisis de casos particulares que sirvan como antecedente para explicar el contenido y contornos de principio precautorio. Además se recurrirá al método dogmático, propio de las ciencias jurídicas, mediante la revisión de doctrina y jurisprudencia que aborde los conceptos de riesgo, daño y principio precautorio, para posteriormente, mediante los métodos sistemático y analítico, llegar a conclusiones generales sobre el contenido y alcance de principio. La búsqueda de doctrina se remitirá a las bases de datos SCOPUS, WOS, SCIELO y publicaciones con Comité Científico y revisión de pares ciegos bajo las palabras claves principio precautorio, principio preventivo y principio *in dubio pro natura*.

2 La sociedad del riesgo y la precaución

Los avances vertiginosos de la ciencia en los siglos XX y XXI nos han colocado en una situación óptima para la satisfacción de necesidades individuales en el contexto histórico de la humanidad; la distancia es cada vez menos relevante para poder mantener el contacto y comunicarnos gracias al internet y las herramientas telemáticas; las fuentes de energía permiten poner en funcionamiento complejas maquinarias de transporte que se erigen como la base del modelo económico y el intercambio, aunque apenas en las últimas décadas se han dirigido esfuerzos reales para evaluar la sustentabilidad de dichas fuentes de energía a largo plazo¹³.

Así, los avances en la biomedicina, y especialmente, en la genética, nos colocan en una mejor situación para la prevención de enfermedades, modificar la calidad y tiempo de duración de los alimentos, e inclusive, en un futuro próximo, editar el genoma a nuestro antojo, con las implicaciones éticas que ello conlleva¹⁴.

Ante este vertiginoso avance científico y tecnológico, se ha hecho hincapié en los innumerables peligros que puede conllevar el ejercicio de nuevas tecnologías, así como los gravosos costos para remediarlos. De

¹³ Como menciona KEMELMAJER, Aida. El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil: estado de la situación en el derecho argentino. *Revista Jurídica*, Buenos Aires, n. 3, p. 45-72, 2016, los fundamentos filosóficos de lo que hoy conocemos como principio precautorio ambiental pueden encontrarse en la literatura que, a mediados del siglo XX, comenzó a alertar sobre los efectos de la búsqueda del crecimiento económico y avance científico sin consideración de la sustentabilidad, partiendo de textos como *Black Swan* de Nassim Nicholas Taleb, hasta decantar en el ámbito jurídico con el pensamiento de Hans Jonas.

¹⁴ Frente a la necesidad de establecer obligaciones morales de los seres humanos con todos los seres vivos, JAHR, Fritz Bioethics. A panorama of the human beings' ethical relations with animals and plants. *Kosmos*, Stuttgart, n. 24, p. 1-3, 1927. Disponible en: <https://www.ufrgs.br/bioetica/jahr-eng.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023; así mismo, frente a los principios del Bioderecho, RENDTORFF, Jacob. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability-Towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine, Health Care and Philosophy*, Nueva York, v. 5, p. 235-244, 2002; CALAHORRANO, Edison. *El deber de informar del médico en la relación clínica en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2023.

tal forma, desde la sociología se señala que es precisamente el *riesgo* caracteriza la contemporaneidad¹⁵, pues este representa la seguridad y certeza prometida a la sociedad moderna, esto es, un contexto que se proyecta libre de daños, y para tal fin, recurre a la identificación de aquellas conductas individuales y colectivas que pueden provocarlos, tomando sobre estas medidas precautorias¹⁶.

Sin embargo, la búsqueda de la seguridad genera el encuentro de nuevos riesgos, llegando a ser una tarea antitética, en la que cada vez que se hallan más medios para fortalecer la *securitas*, más espacios son los que se contemplan en que dicho objetivo puede fracasar. Así, la paradoja se consolida cuando se percibe más inseguridad en una sociedad que busca eliminar los riesgos¹⁷.

De este modo, siendo la *incertezga* la única constante en nuestras relaciones vitales y también jurídicas, la ponderación entre progreso económico y avance científico ligado a actividades potencialmente originadoras de *riesgos* relevantes e irreversibles y la necesidad de precautelar intereses esenciales (como la conservación de la naturaleza), ha convocado a la introducción de herramientas hermenéuticas que recuerden permanentemente a las y los tomadores de decisiones que su razonamiento debe afrontar los *riesgos* desde una perspectiva de recomposición¹⁸. En esta medida, si los daños que pueden provocarse por el ejercicio de cierta actividad *riesgosa*, no podrán ser reparados, dichos riesgos deben ser evitados¹⁹.

Este paradigma se considera el núcleo de la sociedad industrial, la cual se enmarca en la proliferación de riesgos y la relación de equilibrio que debe generarse entre vulnerables servicios ecosistémicos y los proyectos socio-económicos que busca la humanidad²⁰.

Tan es así la demanda de evitar daños irreparables que diversos son los sistemas de responsabilidad que a pesar de permitir actividades extraordinariamente peligrosas, estas se rigen por un estatuto que se hace indiferente al análisis de culpa como factor de atribución²¹.

De tal suerte, la responsabilidad estricta se fundamenta en determinados supuestos como el riesgo anormal, inoperancia del juicio de negligencia para el caso concreto, la comunidad de riesgo, así como fundamentos económicos o hasta de justicia distributiva²².

Ahora bien, en tanto el efecto disuasivo de la responsabilidad estricta releva a la víctima de la prueba de la culpa, a esta se la somete a un componente, si bien no mayor, si con un alto grado de dificultad. En efecto, el daño y el nexo de causalidad se constituyen en los componentes esenciales y deben ser corroborados en cuanto a su existencia (daño) y relación (daño y presunto autor).

En esta suerte de *certidumbre que debe ser probada*, los *riesgos* sin daño materializado, no tendrían cabida en la responsabilidad. Lo señalado se agrava, en la medida en que aumenta la incertidumbre ante la falta de un aval unánime desde el mundo científico que permita asegurar una posible materialización de daño.

¹⁵ BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998. p. 7, 26 y 109. Desde el Derecho, encontrando al proceso como un sistema de “manejo de riesgos”, PÉREZ, Álvaro. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 255-283, 2018. p. 258, 267.

¹⁶ ALFIE, Miriam. Una nueva gestión ambiental: el riesgo y el principio precautorio. *Espacio Abierto: Cuaderno Venezolano de Sociología*, Maracaibo, v. 16, n. 2, p. 209-222, 2007. p. 2013.

¹⁷ MARTÍN, Antonio; HORMIGOS, Jaime. La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad. *Revista Barataria Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, La Mancha, n. 7, p. 27-40, 2006. p. 29 y ss; CHÁVARRO, Luis. Riesgo e incertidumbre como características de la sociedad actual: ideas, percepciones y representaciones. *Revista Reflexiones*, San José de Costa Rica, v. 97, n. 1, p. 65-75, 2018. p. 70 y ss.

¹⁸ CAFFERATTA, Néstor. Los principios y reglas del Derecho ambiental. In: QUINTO programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. Clayton: PNUMA, 2017. p. 47-59. Disponible en: <http://www.pnuma.org/gobernanza/Ponencias-VPrograma.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 54.

¹⁹ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Genevieve. *Le principe de précaution*. 1999. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 42.

²⁰ SOZZO, Gonzalo; BERROS, María. Principio precautorio. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, v. 13, n. 3, p. 28-41, 2011. p. 28-29.

²¹ BARROS, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020. t. 1. p. 469.

²² BASOZÁBAL, Xabier. *Responsabilidad extracontractual objetiva*. Madrid: BOE, 2015. p. 55-72.

En esta medida, frente al primer problema se ha resignificado la función preventiva de la responsabilidad²³, alrededor del principio *favor victima*²⁴, la cual permite imputar actos que pongan en grave riesgo bienes jurídicos. Este propósito tuvo luz a través de la denominada tutela inhibitoria²⁵. *Contrario sensu*, el segundo problema relacionado con la incompatibilidad de la detección del *riesgo*, ya sea cuando aún no se ha configurado el daño, o bien, los *riesgos* derivados tras la ocurrencia de un daño (esto es, el *riesgo* de nuevos daños), es un conflicto que exige un esfuerzo mayor de detección y sanción, ello sin mellar otros intereses normativos relacionados con la seguridad jurídica.

Ante el escollo presentado, se ha dicho que²⁶ las características de incerteza, gravedad e irreversibilidad del daño potencial de ciertas actividades justifica la aplicación de un grado de protección mayor que permita precautelar el interés o derecho que puede verse afectado por el riesgo, especialmente frente a la urgencia de evitar el daño. Esta característica convierte a la prevención y precaución como en herramientas útiles para el resguardo frente a riesgos graves, e incluso catastróficos, propios de la actividad ambiental²⁷.

Así, se distingue la prevención como una herramienta aplicable al enfrentarse a un peligro significativo, mientras que, la precaución aparece cuando, además del peligro de daño, existe una falta de certeza científica de que ocurra²⁸.

De igual forma, se suma la deliberación de la naturaleza de estas dos figuras, en el sentido de ser caracterizadas como herramientas de mera gestión, o se configuran como principios con un propósito más allá que administrar riesgos. Pues bien, lo cierto es que, tratándose de derecho ambiental, la misma Declaración de Río, si bien no menciona la prevención²⁹, considera a la precaución como un “criterio” para la toma de decisiones, aunque el ejercicio de este tiene como propósito “impedir la degradación del ambiente” (principio 15)³⁰.

²³ VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 1296 y ss.

²⁴ LLAMAS, Eugenio. *Los problemas actuales de la responsabilidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2011. Disponible en: https://www.academia.edu/29782099/PROBLEMAS_ACTUALES_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CIVIL_pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 20, quien lo asume como derivado del *favor debilis*. También, CANDIA, Gonzalo; URBINA, Francisco. Estado de derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones. *Revista de Derecho Católica del Norte*, Antofagasta, v. 24, n. 1, p. 105-132, 2017. p. 106 MENDOZA, Pamela. Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema). *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 31, n. 1, p. 387-392, 2018; CORRAL, Hernán. Deber de indemnizar por defectos constructivos en el caso de pluralidad de responsables: a propósito del fallo de la Corte Suprema de 20 de abril de 2016. *Revista de Derecho*, Concepción, n. 239, p. 7-32, 2016. p. 21-22; ROMERO, Alejandro. La obligación solidaria pasiva y debido proceso. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 1, p. 99-127, 2019. p. 101.

²⁵ Desarrollada por la doctrina italiana (*tutela inhibitoria*) y anglosajona (*injunction*), se encarga de inhibir el daño amenazante por lo lesivo y no justificado de la acción jurisdiccional tardía. No obstante, este “daño amenazante” debe considerarse un comportamiento antijurídico, al cual se establezca una relación de causalidad y exista una posibilidad material de evitar su causación LLAMAS, Eugenio. *Los problemas actuales de la responsabilidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2011. Disponible en: https://www.academia.edu/29782099/PROBLEMAS_ACTUALES_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CIVIL_pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 68-69; PÉREZ, Álvaro. La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. *Revista de Derecho*, Valparaíso, v. 28, n. 1, p. 207-234, 2007. En el derecho alemán, se usa la figura del *Unterlassungsklage* (acción negatoria frente a amenaza de daño), derivada del §1004 del Código Civil alemán. Ver: PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p. 19-21; MATTEI, Ugo. *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 139 y ss.

²⁶ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. 1999. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 13.

²⁷ CAFFERATTA, Néstor. El principio precautorio. *Gaceta Ecológica*, México D.C., n. 73, p. 5-21, 2004.

²⁸ En este sentido, la CORTE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §136, ha precisado, refiriéndose a los riesgos a los que se remite el principio preventivo, que “significativo” es algo más que ‘detectable’ pero no es necesario que sea ‘grave’ o ‘sustancial’”. Ver también: COSTA, Ezio. Principio de precaución y regulación ambiental en Chile: operando sin instrucciones, pero operando. *Justicia Ambiental*, Santiago, v. 6, p. 159-179, 2014. p. 162.

²⁹ Aunque si debe considerarse incluida la prevención como una “parte integrante” para “alcanzar el desarrollo sostenible”, pues sin esta no es posible la efectiva “protección del medio ambiente” (principio 4). De igual forma, cabe advertir que la Declaración de Río señala la responsabilidad de los Estados de “velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente” (principio 2), lo cual no puede hacerse sino evitando dichos daños, esto mediante medidas preventivas y precautorias.

³⁰ Sobre este principio se han pronunciado KOPLIN, Julian; GYNGELL, Christopher; SAVULESCU, Julian. Germline gene edit-

Asumiendo lo anterior, la precaución desborda las funciones de una herramienta operativa, y se convierte eminentemente en un mecanismo de interpretación de la norma jurídica y la protección objetiva del ambiente, esto en circunstancias de incerteza científica. Así las cosas, la precaución es un principio que exige reflexión judicial, como también una protección esencial enfocada al ambiente³¹.

Sin embargo, para cumplir este fin, la pregunta recae en distinguir el campo de acción del principio precautorio, muchas veces diluido en otras instituciones ambientales, que en tanto importantes, sus específicas funcionalidades se ve lesionadas por dicha confusión. De esta manera, en el siguiente apartado nos haremos cargo de su distinción con el principio preventivo y el más actual IDPN.

3 Contenido, elementos y funciones de los principios preventivo, precautorio e *in dubio pro-natura* en el Derecho Ambiental

Como veníamos observando, en la era del riesgo, prevenir la consecución del daño se ha convertido en la regla de oro. Es por ello que el principio de prevención es el eje de todo el paradigma del riesgo, siendo a su vez, en materia ambiental, el precursor del entendimiento de los graves problemas que ocasiona la afectación de los servicios ecosistémicos a los derechos sociales e individuales³².

De este modo, iniciaremos haciendo referencia al principio preventivo, como centro y punto de referencia del derecho ambiental, para posteriormente observar la consolidación del principio precautorio, y por último la estructuración del principio IDPN.

Así, cuando hablamos del principio preventivo hacemos referencia a aquel instrumento que procura superar el carácter reactivo de la responsabilidad en su función correctiva o resarcitoria frente al daño, ello a través de la implementación de medidas que permitan evitarlo³³. En esta perspectiva, Banfi del Río señala que:

[...] el Principio Preventivo manda evitar o atenuar los efectos negativos significativos sobre el entorno, lícitos (impactos ambientales). Él es el cimiento de los instrumentos de gestión de riesgos (como el SEIA y las autorizaciones), de las normas (de emisión y de calidad ambiental) y de las medidas cautelares. Él exige del titular del proyecto adoptar acciones que eviten la producción de daños ambientales previsibles, previa identificación, evaluación y control de los riesgos que los desencadenan³⁴.

En efecto, una primera dimensión del principio preventivo radica en la evaluación del impacto ambiental, como conjunto de estudios técnicos y científicos que permiten identificar, predecir y evaluar los efectos de una determinada actividad respecto del medio ambiente y el desenvolvimiento de los seres humanos que

ing and the precautionary principle. *Bioethics*, v. 34, p. 49–59, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/bioe.1260964>. Acceso en: 1 nov. 2023. Los autores señalan que es un ejemplo del principio precautorio negativo y concluyen que, para el caso de la edición genética germinal, resulta de mayor utilidad analizar la versión positiva de principio, misma que se concentra en evitar ciertas amenazas, como las que comúnmente se infravaloran, aquellas poco conocidas y aquellas que pueden afectar a un nivel razonable de bienestar o la seguridad en la salud. Eso permite una aplicación flexible de principio precautorio en base al riesgo.

³¹ Este es el centro del concepto del principio precautorio, por cuanto parte también de una aplicación del test de proporcionalidad en el que se coloca en la balanza el beneficio de determinada acción y el daño grave e irreversible que esta pueda provocar a un interés jurídico protegido; por lo tanto, procura generar una regla por la cual, en todos aquellos casos en que se cumplan los presupuestos de este razonamiento se suspenda la actividad potencialmente dañosa, con el fin de asegurar mayores conocimientos que corroboren la gravedad del daño. Al respecto: MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2013. p. 34 y ss., 187, 191, 284; BANFI DEL RIO, Cristián. Sobre la responsabilidad civil por cambio climático en Chile. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 25, n. 2, p. 153-159, 2019.

³² SILVA, Francisca. Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica Derecho*, La Paz, v. 8, n. 11, p. 95-106, 2019. Frente a la prevención como esencia y fundamento de los sistemas de evaluación de impacto ambiental, COSTA, Ezio. La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile. *Justicia Ambiental*, Santiago, v. 5, p. 199-218, 2013. p. 199 y ss.

³³ FEMENIAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017. p. 124 y ss.

³⁴ BANFI DEL RIO, Cristián. Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 3, p. 643-667, 2019. p. 646.

pueden verse afectados. Su importancia es tan grande que justamente esta perspectiva del principio preventivo es la que se encuentra presente en la Declaración de Río de 1992³⁵.

Una segunda dimensión de este principio puede verificarse en las autorizaciones y permisos ambientales específicos para actividades que pueden producir riesgos comprobables, tal como acontece con las regulaciones referentes a emisiones de gases o contaminación en fuentes hídricas³⁶.

Finalmente, este principio, desde una perspectiva general, aparece como un deber que debe cumplir cualquier agente cuyas actividades puedan provocar daño y de repararlo en el caso de que se produzca³⁷, asociado con la denominada *diligencia debida*³⁸, exigiendo en tal sentido la elaboración de matrices de riesgos y planes de seguimiento³⁹. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el principio preventivo se consagra en la figura de la tutela inhibitoria, concentrando los esfuerzos normativos para que las partes, al decir de Llamas, tomen las “precauciones razonables que eviten el daño”⁴⁰, aun cuando se asocien de forma indirecta con el derecho al ambiente sano⁴¹. Con todo, este paradigma del principio de prevención también se ve establecido en la más reciente Declaración de la UNESCO referente a principios éticos en relación con el cambio climático⁴².

Por su parte, el principio preventivo ha tenido un gran impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, permitiéndole actuar de manera urgente para evitar aquellos daños ambientales que pueden tener un efecto altamente nocivo. Así, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se prevé en el artículo 63.2 que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes⁴³.

³⁵ El texto del principio 17 señala: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

³⁶ PÁEZ, Iván; RODRÍGUEZ, Gloria. Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo. *Opinión Jurídica*, v. 12, n. 23, p. 17-30, 2013. p. 20 y ss; ROJAS, Christian. Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 43, p. 549-582, 2014. p. 561 y ss.

³⁷ FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017. p. 127 y ss.

³⁸ DRNAS, Zlata. Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano. *Ir. JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL*, 2001, Washington. *Anais* [...]. Washington: Secretaría General de la OEA, 2001. p. 81-92. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artprincipios-deprecaucionprevencion.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 81, 87.

³⁹ OCDE. *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. 2018. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 26-41.

⁴⁰ LLAMAS, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 93.

⁴¹ Un caso interesante se produce el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fadeyeva Vs. Rusia*, n. 55723/00. Sentencia de 9 de junio de 2005. §69; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido*, n. 36022/97. Sentencia de 8 de julio de 2003. §118; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Leon y Agnieszka Kania Vs. Polonia*, n. 12605/03. Sentencia de 21 de julio de 2009. §100, el cual ha destacado que, al no contar con un derecho específico al ambiente sano el Convenio Europeo, las alteraciones negativas ambientales deben necesariamente generar una afectación mínima suficiente en cualquier derecho que si esté regulado. De esta manera, aun cuando no se protege un servicio ecosistémico de forma directa, el daño se previene indirectamente a través de la sistémica afectación a las otras garantías jurídicas interrelacionadas con la preservación del ambiente sano.

⁴² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *Declaración de principios éticos en relación con el cambio climático*. 2017. Disponible en: <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/declaracion-principios-eticos-relacion-cambio-climatico>. Acceso en: 1 nov. 2023. artículo 2.b.

⁴³ Estas actuaciones podrán ser incluso cuando aún no tenga conocimiento de los asuntos, a petición de la Comisión. ARANGO, Mónica. Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, n. 10, p. 177-185, 2014. p. 179.

Dicha atribución se manifiesta como una herramienta procesal identificada con el principio preventivo, más aún cuando se trata de causas ambientales, pues en esta se suelen presentar limitadas posibilidades de resarcimiento y reparación⁴⁴.

De este modo, en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, se ha señalado, refiriéndose a las medidas preventivas y de consulta que el Estado debe realizar respecto de los efectos de actividades extractivas a pueblos y nacionalidades indígenas, que:

[...] la realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo⁴⁵.

De la misma manera, respecto a los derechos ambientales, la Corte Interamericana ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) deben realizarse conforme a los estándares internacionales, respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, debiéndose tratar el impacto acumulado de proyectos existentes y debiendo ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión⁴⁶.

Finalmente, la Corte Interamericana reconoce que el principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario⁴⁷, y como tal, exige a los Estados diversos tipos de deberes, como el de regulación y fiscalización de actividades peligrosas, así como realizar EIA y establecer planes de mitigación ante ocurrencias de daño ambiental⁴⁸. Por tanto, el principio preventivo se encuentra consolidado, en materia ambiental, en el *corpus iure interamericano*.

Este paradigma se replica en la regulación europea, ello a través del artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁹, así como en el artículo 3.1 de la Directiva 96/61/CE relativa a la preven-

⁴⁴ SILVA, Francisca. Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica Derecho*, La Paz, v. 8, n. 11, p. 95-106, 2019. p. 98. Esto se concatena con la obligación contenida en los artículos 3 y 6 de Convención sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas para implementar medidas, planes y programas que permitan la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §245, §205-206. Por otro lado, y en concordancia con lo señalado, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §226, argumenta que: “siendo que el Estado no garantizó la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente y previa al inicio de la extracción de bauxita ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad, incumplió con dicha salvaguardia, máxime tratándose de un área natural protegida y de territorios tradicionales para diversos pueblos”.

⁴⁶ Esta afirmación también aparece en el fallo de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §180.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriec_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §129; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, del 8 de julio de 1996*. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. §140; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay)*. Sentencia de 20 de abril de 2010. Disponible en <https://www.dipublico.org/14071/caso-de-las-plantas-de-celulosa-sobre-el-rio-uruguay-argentina-c-uruguay-corte-internacional-de-justicia-20-de-abril-de-2010/>. Acceso en: 1 nov. 2023. §101. Frente a esta última sentencia, ver, LUCERO, Jairo. Pasteras, un trabajo que obvió el progreso: un análisis propositivo desde la crítica constructiva. *Codex*, Pasto, v. 1, n. 1, p. 53-76, 2015. p. 55 y ss.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriec_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §146-173.

⁴⁹ La mencionada norma señala: “la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga [...]”.

^{Cabe} destacar la ponderación implícita que trae esta norma a favor de la prevención de daños al medio ambiente por sobre motivaciones económicas a través de las acciones preventivas.

ción y control de la contaminación⁵⁰, y finalmente en el artículo 3 de la Directiva 2011/92/UE modificada por la Directiva 2014/52/UE sobre impacto ambiental.

Por otro lado, los orígenes del principio *precautorio* parecen ubicarse en la institución *Vorsorgeprinzip* o *principio de cuidado* en el Derecho Ambiental alemán, específicamente en la Ley sobre emisiones del 15 de marzo de 1974, que permitía la implementación de medidas para limitar las emisiones con la mejor técnica disponible⁵¹.

A su vez, otros documentos desarrollarían el contenido y naturaleza de la precaución, como lo hizo la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 (numeral 11), la Declaración Ministerial sobre Desarrollo Sostenible de 15 de mayo del año 1990 (principio 7), el *rapport* del Primer Ministro de Francia sobre el principio precautorio⁵² y la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el recurso al principio de precaución de 2000⁵³.

Así mismo, como ya lo habíamos mencionado, el principio precautorio aparece desarrollado de manera más clara en la Declaración de Río de 1992, obligando a los Estados a “proteger el medio ambiente [...] aplica[ndo] ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”⁵⁴, definición similar a la adoptada por la UNESCO en la Declaración de principios éticos con relación al cambio climático⁵⁵.

Como se puede advertir, en el contenido convergen algunos elementos esenciales, a saber:

- a. La existencia de un *riesgo* que se produzca daño grave. De tal forma, el *riesgo* constituye la ausencia del daño efectivo, encontrándose ciertos indicios que conducen a discernir que el desarrollo de la actividad evaluada terminará produciéndolo⁵⁶.
- b. La *gravedad e irreversibilidad del daño* hace alusión a la lesión que se podría generar al interés jurídico protegido por su valor intrínseco supraindividual⁵⁷ e incluso intergeneracional⁵⁸. De tal modo, dicho daño debe sostener una cierta calificación de gravosidad que lo distinga de una simple alteración o reconocimiento de un perjuicio ambiental⁵⁹. Dicha calificación, entre otras, parte de considerar que sus consecuencias pueden ser irreversibles⁶⁰.
- c. Finalmente, el tercer elemento del principio precautorio hace mención a la naturaleza probatoria de los anteriores dos elementos, siempre que establece la *incerteza científica* respecto del *riesgo* de daño, y por tanto, de su calificación de *grave e irreversible*. En efecto, la ausencia de certidumbre

⁵⁰ El texto señala: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes se cercioren de que la explotación de las instalaciones se efectuará de forma que: a) se tomen todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, en particular mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles”.

⁵¹ WILLIAMSON, Gabrielle; HULPKE, Herwig. Das vorsorgeprinzip. *Umweltrecht*, v. 12, n. 1, p. 27-39, 2000.

⁵² KOURILSKY, Philippe; VINEY, Genevieve. *Le principe de précaution*. 1999. Disponible en: <https://www.vic-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

⁵³ En su apartado quinto desarrolla ampliamente los componentes del principio, fundamentándose en la evaluación científica, incertidumbre científica y la identificación de los efectos potencialmente peligrosos.

⁵⁴ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y desarrollo*, de 14 de junio de 1992. Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. principio 15.

⁵⁵ El artículo 3 precisa lo siguiente: “Cuando haya amenaza de perjuicio grave o irreversible, no debe esgrimirse la falta de certeza científica absoluta como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en relación con el costo destinadas a anticipar, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y a atenuar sus efectos adversos”.

⁵⁶ FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017. p. 124 y ss.

⁵⁷ BANFI DEL RIO, Cristián. Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 3, p. 643-667, 2019. p. 647.

⁵⁸ RAVETLLAT, Isaac; LUCERO, Jairo. La defensa supraindividual de derechos ambientales en la Convención sobre los derechos del niño. *Iberoamérica*, Moscow, n. 1, p. 112-137, 2021. p. 121-130.

⁵⁹ Ver. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fadeyeva Vs. Rusia*, n. 55723/00. Sentencia de 9 de junio de 2005. §69; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Dnbetska y otros Vs. Ucrania*, n. 30499/03. Sentencia de 10 de febrero de 2011. §105; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §139.

⁶⁰ MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2013. p. 163, 186.

científica permite cubrir los espacios no alcanzados por la prevención, pues este último (el principio preventivo) se enfoca en aquellos riesgos cuya proyección de daño tiene una alta probabilidad de ocurrencia⁶¹. De tal forma, dicha incertidumbre intenta reflejar un ánimo de protección expansiva en todas aquellas actividades que podrían producir daños de difícil o imposible reparación.

Con todo, podemos precisar que existen dos importantes características de la precaución que definen su contenido y la distinguen de la prevención: (i) acude ante posibles daños de carácter *grave e irreversible*, y (ii) el riesgo de daño *no tiene certeza científica*. De este modo, la precaución se utiliza cuando hay peligro de que se produzca un grave e irreversible daño, pero es imposible demostrar que vaya a pasar. Por tanto, la *calificación* estricta del *daño* que se presume generará la actividad, es proporcional a la *incerteza científica* que se tiene sobre su producción⁶².

Así, la discusión respecto de su aplicación frente a los costos de no llevar a cabo la actividad potencialmente dañosa obliga a la verificación de la proporcionalidad en la medida restrictiva y el análisis de los criterios de fin constitucional, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶³. Este ejercicio es necesario, por cuanto los derechos en colisión serían el de vivir en un medio ambiente sano con los de libertad de actuación, contratación, emprendimiento de una actividad económica, entre otros. Es así que “las restricciones que se derivan solo estarán justificadas si los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud tal que hagan preferible abstenerse de ellos y buscar alternativas más seguras”⁶⁴.

En este sentido, es necesario señalar que la *incertidumbre científica* es el más problemático de todos los elementos, por cuanto dificulta la aplicación del principio precautorio, especialmente en el campo de la responsabilidad civil, en donde se requiere una clara noción del *daño* generado para desplegar su función resarcitoria o correctiva⁶⁵.

En todo caso, la incerteza que aparece en el principio precautorio no debe socavar la posibilidad de implementar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, lo que denota a su vez la urgencia frente al daño y la aplicación de los mayores esfuerzos para evitarlo. A propósito de esto, se señala que:

Este principio cobra relevancia cuando, por un lado, el daño ambiental no puede ser adverbado concluyentemente por material científico-técnico definitivo, ora porque no es materialmente posible conocer todos los efectos nocivos de una actividad a mediano o largo plazo, ora porque el grado de conocimiento científico es

⁶¹ COSTA, Ezio. Principio de precaución y regulación ambiental en Chile: operando sin instrucciones, pero operando. *Justicia Ambiental*, Santiago, v. 6, p. 159-179, 2014. p. 162-163; MUNOZ-QUEZADA, María Teresa; ANDRÉS LUCERO, Boris. Bioética y justicia ambiental: el caso de presencia de plaguicidas en escolares de comunidades rurales. *Acta bioethica*, v. 25, n. 2, p. 161-170, 2019. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000200161>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 163.

⁶² SILVA, Alice Rocha da; ANTÔNIO, Mario Abrahão. A aplicação do princípio da precaução ante os riscos advindos das novas tecnologias bélicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 745-765, 2018. p. 753-756. REICHARDT, Fernanda; SANTOS, Mayara dos. (In)eficácia do princípio de precaução no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 95, p. 259-270, 2019. p. 263. Por otro lado, la gobernanza de los riesgos y la innovación ha permitido el desarrollo de otros modelos aplicables y más flexibles que el principio precautorio como la innovación responsable, la innovación libre de permisos y el principio de innovación; los modelos señalados introducen diferentes perspectivas respecto de la carga de la prueba de riesgo y la profundidad de la regulación. HEMPHILL, Thomas. The innovation governance dilemma: alternatives to the precautionary principle. *Technology in Society*, v. 63, p. 1-6, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2020.101381>. Acceso en: 1 nov. 2023.

⁶³ COVARRUBIAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad? *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 12, n. 1, p. 163-237, 2014; BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 692 y ss.

⁶⁴ BERIZONCE, Roberto. *La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata, 2013. p. 46; SILVA, Francisca. Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica Derecho*, La Paz, v. 8, n. 11, p. 95-106, 2019. p. 100-101, en este caso la autora señala que la gravedad se relaciona con el hecho de que el daño vulnera directamente un derecho humano.

⁶⁵ LACEY, Hugh. Adoção de medidas de precaução diante dos riscos no uso das inovações tecnocientíficas. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 95, p. 245-258, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0016>. Acceso en: 1 nov. 2023.

imperfecto o limitado en el estado actual del arte; y por otro, como una natural consecuencia de lo anterior, porque no es posible adoptar anticipadamente las medidas para evitar los daños que se avizoran, los que tampoco pueden ser conocidos a cabalidad⁶⁶.

No obstante, el ejercicio autónomo del principio precautorio es debatido, partiendo del hecho que no existen procesos destinados a la precaución *per se*, como si lo ocurre con la prevención⁶⁷. De este modo, la doctrina ha considerado que la función precautoria pertenece más bien a la esfera de las medidas cautelares, las cuales pueden llevar a suspender o parar la actividad potencialmente dañina⁶⁸, aun cuando lo apuntado puede generar una falsa dicotomía de concebir y diferenciar situaciones peligrosas de las no peligrosas, pues estas, a priori, no pueden tener una calificación definitiva, ya que los ambientes al ser diversos, y, por tanto, más o menos sensibles a ser transformados, pueden enfrentar daños sumamente gravosos como consecuencia de actividades no consideradas peligrosas en otros ambientes más resilientes⁶⁹.

Ahora bien, observados los contenidos y campos de acción de la prevención y la precaución, es menester dar observación al principio *in dubio pro natura* como nuevo instrumento de protección ambiental.

Así, la doctrina ambiental, tratando de dar respuesta a los nuevos vacíos que dejan los instrumentos de prevención y precaución, así como adelantarse (o más bien, ponerse al corriente en) las nuevas realidades ambientales. En tal sentido, se ha debatido por optar en dos frentes, esto es, o impulsar un principio genérico que mandate normativamente el ejercicio de la política de *desarrollo sustentable*, o bien, que resuelva la problemática del principio precautorio enmarcada en la difícil calificación del daño *grave e irreversible*. Si bien existen variadas respuestas a estos dos objetivos, lo cierto es que la construcción del IDPN ha transitado por ambas demandas.

De este modo, el principio IDPN aparece normativamente a nivel latinoamericano como una suerte de principio marco que engloba los principios de prevención y precaución, focalizándose, a través de la Ley Orgánica del Ambiente costarricense, en la “promoción de esfuerzos para prevenir y minimizar los daños que pueden causarse al ambiente”⁷⁰, postura que exige al funcionamiento social y jurídico como “un todo, acorde con la naturaleza”⁷¹.

Posteriormente, el principio IDPN, esta vez en el Código Orgánico del Ambiente ecuatoriano, se concibe como un instrumento de interpretación a favor del ambiente, esto cuando exista duda hermenéutica en una norma del ordenamiento jurídico⁷². Si bien el contenido del principio ya se había concebido en el texto

⁶⁶ FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017. p. 136.

⁶⁷ Vg. la “acción preventiva” del Código Civil y Comercial de Argentina (art. 1711), la cual “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”, viéndose complementada con el “deber de prevención” en todas las actuaciones de las personas naturales y jurídicas (art. 1710). Ver: MESSINA, Graciela. Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna. *In: JORNADAS DE DERECHO CIVIL*, 26., 2017, La Plata. *Anais* [...]. La Plata, 2017. Disponible en: <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Messina-de-Estrella-Guti%C3%A9rez-Graciela-1.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 5 y ss, 2017. PEIXOTO NETO, Pedro de Sá: Transgênicos: uma análise à luz dos princípios jurídicos da precaução e da segurança alimentar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, p. 132-155, 2014. p. 143-144.

⁶⁸ BANFI DEL RIO, Cristián. Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 3, p. 643-667, 2019. p. 648. Desde la perspectiva del reseñado autor, la aplicación del principio preventivo, y no la precaución, sería más afín con la estructura de la responsabilidad civil y su función preventiva y disuasoria. BANFI DEL RIO, Cristián. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 149-151.

⁶⁹ Podemos considerar que esta es la opinión de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §140, al precisar que, si bien se puede dotar de cierta naturaleza a cierto tipo de daños ambientales, estos finalmente deben “determinarse en cada caso concreto, con atención a las circunstancias particulares del mismo”, refiriéndose no solo al ambiente donde acontece el daño *per se*, sino también al colectivo humano que se ve afectado, pues de esto dependerá el grado de vulneración de derechos generado por el daño ambiental.

⁷⁰ COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley 7554 Orgánica del Ambiente de 1995*. artículo 4

⁷¹ COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 5893 de 1995*. Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL%202014/Resoluciones%20Sala/5893-95.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 6.

⁷² ECUADOR. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *Código Orgánico del Ambiente de 2017*. artículo 9.

Constitucional del Ecuador, al reconocer que “[e]n caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”⁷³, sería en el mencionado Código Orgánico donde se conceptualiza este como *principio in dubio pro natura*.

De este modo, las mencionadas dos experiencias (y otras adicionales⁷⁴), dirigieron al principio IDPN a materializar, desde una exigencia conductual, el llamado político hacia el *desarrollo sostenible*, esto a partir del ejercicio e interpretación de la norma jurídica.

No obstante, también el IDPN se presentó como una fórmula para resolver los conflictos del ejercicio de la precaución ocasionados por la exigencia de *gravedad e irreversibilidad* de los posibles daños de una determinada actividad⁷⁵. Con este propósito, el principio IDPN se encarga de flexibilizar la verificación de estos supuestos, haciéndolos equivalentes a los exigidos en la aplicación del principio preventivo, esto es, evitando un riesgo de daño *significativo*⁷⁶. De esta manera, el IDPN convertido en un precautorio especial, amplía el marco protectorio de ambientes que se encuentren amenazados por *riesgos* difíciles de comprobar científicamente, ello independientemente de que sean fuertemente gravosos, es decir, irreversibles.

En esta dirección apunta Costa Rica, ello a través, primero, de la Ley de Biodiversidad que exige para la aplicación del principio precautorio la “exist[encia de] peligro o amenaza de daños graves o inminentes”⁷⁷, y segundo, mediante los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual, no obstante, toma al IDPN como un criterio de actuación a la administración de justicia para evitar realizar o autorizar actividades que no tienen certeza científica de ser inocuos para el ambiente⁷⁸, o bien, de naturaleza *significativa*.

Igualmente, cabe mencionar que la aplicación del IDPN, por su contenido aún en construcción, se realiza desde una perspectiva amplia y no necesariamente acotada a las dos perspectivas expuestas anteriormente, por lo que, de forma unívoca, se entiende como herramienta hermenéutica y principio conductual del desarrollo sostenible, mientras su aplicación no se genera exclusivamente cuando hay riesgos de daños graves e irreversibles. Verbigracia a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha precisado que “ante la duda sobre la certeza o exactitud científica de los riesgos ambientales, se debe resolver a favor de la naturaleza”, e inmediatamente añade que “entiende el principio *in dubio pro natura* no sólo acotado al principio de precaución, esto es, no sólo aplicable ante incertidumbre científica, sino como mandato interpretativo general de la justicia ambiental, en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente”⁷⁹.

⁷³ ECUADOR. *Constitución de la república del Ecuador*. 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. Artículo 395.4.

⁷⁴ Vg. La COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 13347 del expediente 17-006023-0007 CO del 25 de agosto de 2017*, refiriéndose a un proceso sancionatorio por pesca en zona protegida, expresó que dicha “lesión contraviene, además, el derecho al desarrollo sustentable [...] -por lo que- el principio *in dubio pro natura* obliga a una actuación inmediata, que desestime el mal uso del financiamiento público para atentar contra el medio ambiente”. De igual forma, esta vez tratándose del sentido hermenéutico del IDPN, variada jurisprudencia del BRASIL. Tribunal Supremo Federal. *Resp 1.198.727/MG, de 14 de agosto de 2012*, ha señalado que “A legislação [...] deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia [...] A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*”.

⁷⁵ A la exigencia irrestricta de “riesgo inminente de daños irreversibles”, MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2013. p. 186, le denomina “visión minimalista del principio de precaución”.

⁷⁶ OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*: hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018. p. 631, 642.

⁷⁷ COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley 7788 de Biodiversidad de 1998*. artículo 11.3.

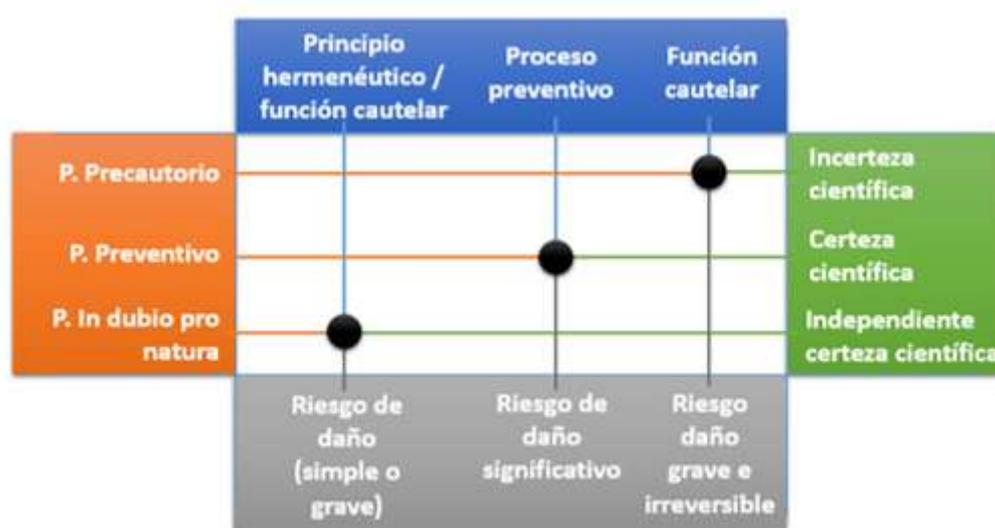
⁷⁸ COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 05994, expediente 13-008478-007-CO del 26 de abril de 2017*.

⁷⁹ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Amparo en Revisión 307/2016, del 14 de noviembre de 2018*. Ministra Ponente, Norma Lucía Piña Hernández, p. 16-17. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 16-17.

Con todo, cabe advertir que el *IDPN* es un principio cuya naturaleza refleja el carácter descodificante del derecho ambiental⁸⁰, acudiendo de manera multiforme a la protección de cualquier servicio ecosistémico que enfrente un riesgo razonable. Con base en lo señalado, se puede considerar una derivación del principio *pro persona* que sirve como criterio hermenéutico general en materia de derechos fundamentales y señala que en caso de duda sobre la aplicación de una norma, ésta deberá interpretarse de la manera más favorable al cumplimiento del derecho involucrado⁸¹. En este sentido, sobrepasa el lineamiento hermenéutico frente a la duda, arribando a un escenario de justicia ambiental en su espectro más amplio y garantista⁸², llegando incluso en su versión más intensa a una concepción biocéntrica o geocéntrica que reconoce a la naturaleza como sujetos de derechos⁸³.

Por último, observadas las distinciones de los principios preventivo, precautorio e *in dubio pro natura*, podemos distinguirlos gráficamente basándonos en tres elementos, (i) nivel de riesgo, (ii) función del principio, y (iii) certidumbre científica del riesgo.

Figura 1 – Características de los principios preventivo/precautorio/in dubio pro natura



Fuente: Autoría propia.

Ahora bien, visto lo anterior, reflexionaremos sobre los problemas que implica la *incertidumbre* como característica diferenciadora de la precaución, permitiéndonos dilucidar de forma específica el complejo campo de acción que tiene este principio.

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo. *Las normas fundamentales del derecho privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 483; LORENZETTI, Ricardo. Derecho e o desenvolvimiento sustentável: teorial geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 28, p. 139-149, 2002, ha señalado que “[e]l derecho ambiental es descodificante, herético, mutante”, lo que resulta clarificante cuando hablamos del contenido del *in dubio pro natura*.

⁸¹ KASTILLA, Karlos. Principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, México D. C., n. 20, p. 65-83, 2009. p. 70; NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR, Gonzalo (coord). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-85. p. 47.

⁸² OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura: hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018. p. 644-647; LUCERO, Jairo. Constituyendo el principio in dubio pro natura: transversalizando la esencia del derecho ambiental latinoamericano contemporáneo. In: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 5., 2018, Santa Catarina. *Anais [...]*. Santa Catarina: Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2018. Disponible en: <https://red-idd.com/files/2018/GT2/Anais%202018%20GT%202%20-%20Jairo%20Lucero.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 12-16.

⁸³ VICIANO, Roberto. La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ESTUPIÑAN, Liliana et al. (ed.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 137-154; LORENZETTI, Ricardo. *Principios e instituciones de derecho ambiental*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019. Esta noción aparece en la Constitución del Ecuador (artículos 71-74).

4 Función del *principio precautorio* y propuesta para su aplicación

En el apartado anterior observamos que el elemento diferenciador del principio precautorio frente a otros aplicables en materia ambiental (preventivo o *in dubio pro natura*) es la incerteza científica respecto de la materialización del riesgo. Por lo tanto, no hay daño configurado, ni se tiene certeza de que vaya a suceder, sin embargo, se opera a partir de indicios que permiten construir argumentos razonables para creer que suceda; y si lo hace, será muy grave e irreversible.

Lo señalado nos lleva a pensar que el verdadero fundamento de este principio es la calificación del daño potencial y la importancia del interés jurídico o derecho protegido, lo que permite justificar la necesidad de implementar todas las acciones para evitarlo, incluso restringir otros derechos, generalmente libertades, que permiten la libre ejecución de la actividad riesgosa⁸⁴.

De esta forma, se puede manifestar que, a mayor posibilidad de acercarnos a la certeza científica de la materialización del riesgo, mejor será el panorama para justificar la asunción de los costes, tanto de no llevar a cabo la actividad riesgosa, como de restringir las libertades, por lo que las nociones de prueba pericial y científica, así como su relevancia en el razonamiento probatorio realizado por el juez, constituye un elemento a tener en cuenta.

Ahora bien, no se puede obviar que la categoría de *grave e irreparable* son características ambiguas⁸⁵, cuya demostración de concurrencia exige un estudio particular en cada caso. Por tanto, la carga justificativa de estos supuestos se encuentra soportada en la importancia de los servicios ambientales en riesgo, así como también por cierto soporte científico y grado de fiabilidad⁸⁶ que de cuenta de un riesgo real, aunque, claro está, dicho apoyo no puede reflejar la opinión mayoritaria de la ciencia, pues en este escenario nos encontraríamos en terrenos del principio *preventivo*.

De lo expuesto hasta el momento se ha identificado al principio precautorio como aquel de mayor intensidad frente a la necesidad de evitar la materialización del riesgo de daño grave e irreversible, al punto que la certeza científica sobre las probabilidades de que este daño se produzca no es relevante para detener el acto potencialmente dañoso.

Según Banfi del Río, el principio precautorio escapa a la estructura y dogmática de la responsabilidad civil que se fundamenta y principia en el *daño*; por otro lado, tampoco empata con las nociones de previsibilidad y certidumbre que caracterizan el análisis de la *culpa*. Incluso, ha afirmado el autor que la incerteza que caracteriza este principio trastoca la posibilidad de configurar el *nexo causal*. Por lo señalado, Banfi aclara que el principio es útil para la confección de estatutos especiales de responsabilidad civil estricta que permitan abordar de mejor manera la posibilidad de materialización del riesgo en daños graves e irreparables⁸⁷.

En este orden de ideas, colocar al autor del *daño* en la posición de hacerse cargo de la reparación de daños imprevisibles, sobre los que no se tiene conocimiento científico afianzado, deja como único camino para la

⁸⁴ De aquí que varios estudios se han basado en controlar un posible Leviatán ambiental, vg. DRNAS, Zlata. *Grandes teorías y doctrinas del derecho ambiental*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2020. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/TEORIAS-Y-DOCTRINAS-DEL-DERECHO-AMBIENTAL-Drnas-de-Clement.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 18; BRUUN, Ole. Environmental protection in the hands of the state: authoritarian environmentalism and popular perceptions in Vietnam. *The Journal of Environment & Development*, Santa Barbara, v. 29, n. 2, p. 171-195, 2020; HAN, Heejin. Singapore, a garden city: authoritarian environmentalism in a developmental state. *Journal of Environment & Development*, Santa Barbara, v. 26, n. 1, p. 3-24, 2017.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023. §136, aunque refiriéndose a los *daños significativos*.

⁸⁶ CALAHORRANO, Edison. Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 29, p. 1-42, 2021. p. 19-20.

⁸⁷ BANFI DEL RIO, Cristián. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 151.

aplicación del principio de precaución el régimen de responsabilidad estricta absoluta, sin que pueda vencerse, inclusive, acudiendo al caso fortuito o fuerza mayor. Lo último, confirma que el principio precautorio es incompatible con la construcción de nexo causal entre el *acto* y el *daño*, otro elemento esencial de la responsabilidad civil, por lo que su aplicación conllevaría para el agente que realiza la actividad potencialmente dañosa la decisión si emprender o no la actividad misma, ya que ningún tipo de *diligencia* permitiría evitar la responsabilidad⁸⁸.

Con todo, el principio precautorio podría vincularse, como mejor fórmula, con los dispositivos para evitar la actividad potencialmente dañosa, esto es, aquellos de carácter cautelar. Acoger esta posibilidad, por tanto, supondría considerar que su aplicación dentro de esquema de la responsabilidad civil podría sobrecargar el *deber de cuidado* o la *posición de garante* del agente que realiza la actividad potencialmente dañosa, más allá de lo razonable, inhibiéndole de todo acto⁸⁹, y extendiendo innecesariamente el ámbito de la responsabilidad⁹⁰.

Siguiendo esta posición, el principio precautorio no podría ser aplicable en el contexto de la responsabilidad, encontrándose su función principal en las medidas cautelares.

Por otro lado, en materia probatoria, la incertidumbre develada en la decisión precautoria se extiende solo en la verificación de un resultado lesivo, más no en la validez de la rigurosidad del método⁹¹, en este caso, con la que se obtuvo la conclusión de que cierta actividad puede generar un daño grave o irreversible.

Así las cosas, el juez deberá cumplir con el desafío de incorporar la prueba pericial y científica disponible a la valoración, de tal forma que le permita concluir que la peligrosidad de la actividad riesgosa y la importancia del interés o derecho protegido justifica actuar con la urgencia debida, e inclusive, exigiendo paralizar la actividad.

En este sentido, señala Berizonce:

[...] si bien no puede exigírsele que posea una ciencia superior a la del perito, de todos modos está en condiciones de controlar el grado de aceptabilidad en el plano del conocimiento común de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por los expertos. La decisión no depende entonces de los criterios técnicos que manejan éstos, sino del propio convencimiento razonado del juez⁹².

Con todo, el acoplamiento de la incerteza en el sistema de responsabilidad es el centro del conflicto respecto a la integración, funcionamiento y utilidad del principio precautorio, pues principalmente el *daño*, pero también el *nexo causal* y la *atribución*⁹³, son elementos que mayormente se siguen entendiendo desde los

⁸⁸ BANFI DEL RIO, Cristián. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 152.

⁸⁹ LLAMAS, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 38-49.

⁹⁰ En la doctrina nacional se ha identificado un caso de aplicación de principio precautorio en un estatuto especial de responsabilidad civil, el aplicable a los riesgos de desarrollo constante en el artículo 111 K de Código Sanitario introducido, a su vez, por la Ley 20.850 que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de enfermedades de Alto Costo, en el que el demandado “no podrá eximirse de responsabilidad alegando que los daños ocasionados por un producto sanitario defectuoso se originan de hechos o circunstancias que no se previeron según el estado de los conocimientos científicos o técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación o uso”, estatuto que instaura una responsabilidad estricta absoluta que ha sido criticada por la doctrina nacional, CORRAL, Hernán. Deber de indemnizar por defectos constructivos en el caso de pluralidad de responsables: a propósito del fallo de la Corte Suprema de 20 de abril de 2016. *Revista de Derecho*, Concepción, n. 239, p. 7-32, 2016. p. 11; BANFI DEL RIO, Cristián. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 16.

⁹¹ GASCÓN, Marina. Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, v. 44, p. 81-103, 2010. p. 83.

⁹² BERIZONCE, Roberto. *La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata, 2013. p. 259.

⁹³ En estos dos últimos elementos la doctrina ha enfocado su análisis deconstructivo para fijar nuevas miradas de consolidar responsabilidad, como por ejemplo, tratándose de la atribución, con la denominada atribución objetiva (MARTÍN, Miquel; RIBOT, Jordi; SOLÉ, Josep. Compensation for personal injury in Spain. In: BERNHARD, Koch; KOZIOL, Helmut (ed.). *Compensation for personal injury in a comparative perspective*. Wien-New York: Springer, 2002. p. 238-292. p. 242, mientras que, tratándose del nexo causal,

cimientos clásicos del reproche positivista⁹⁴, obstáculo que impide adquirir la eficacia que exigen los nuevos retos pragmáticos de un mundo advenido en múltiples crisis, siendo la climática/ambiental no solo la más existencial de todas⁹⁵, sino también la que demanda con mayor vigor el uso de la precaución.

5 Conclusiones

A partir de la presente investigación, podemos señalar cinco principales conclusiones:

- a) El nivel de conciencia colectiva frente al daño en la segunda mitad del siglo XX, permitió concebir la creciente multiplicación de riesgos y su naturaleza compleja en cuanto a su causalidad, demostración de existencia y el potencial de ser irreversible. Es precisamente en esta percepción de riesgos en extremo gravosos que el principio precautorio encuentra utilidad, más aún cuando se tratan de posibles daños ambientales, los cuales pueden generar efectos negativos supra individuales e intergeneracionales.
- b) En el marco de la *sociedad de riesgo*, la corrección como figura reactiva frente al daño, e incluso la prevención de los daños previsibles, ciertos y científicamente comprobables, se vuelven mecanismos insuficientes ante aquellos casos en los que la evidencia científica no puede ser concluyente respecto a la relación de causalidad entre una conducta y el daño. De este modo, los indicios racionales que permitan inferir que este puede producirse con una magnitud inusitada, justifican el ejercicio de la precaución, la cual actúa a través de la suspensión de la actividad presumiblemente riesgosa, o bien, en su versión más intensa, con la paralización de la actividad.
- c) Para reforzar la utilidad del principio precautorio, se ha señalado que, en el contexto de las medidas cautelares, puede exigirse al potencial dañador probar la seguridad de su conducta. Por su parte, desde la perspectiva procesal, puede la precaución alivianar a las víctimas la prueba del nexo causal e incrementar el estándar de diligencia de conducta de quien pretende realizar la actividad potencialmente riesgosa. Lo señalado, sin embargo, debe considerarse un ejercicio excepcional de la aplicación del principio precautorio, constatados, al menos, indicios varios y concordantes de que el riesgo grave e irreversible puede materializarse.
- d) El principio precautorio se distingue de principio *in dubio pro natura* por su específico campo de acción en cuanto a riesgos que poseen falta de certidumbre científica y pueden generar daños graves e irreversibles. Por su parte, el *in dubio pro natura* tiene una configuración amplia y aún en construcción, pasando de considerarse un principio que concreta el desarrollo sostenible, pasando por ser una herramienta hermenéutica, hasta consolidarse como un precautorio especial que extrae la exigencia gravosa de los posibles daños. En todo caso, la falta de certidumbre científica es el común denominador entre la precaución y el *in dubio pro natura*, aunque para el primero su terreno de acción es más acotado que el del segundo, que es general.

con teorías causalistas como la concurrente, la complementaria aditiva y sinérgica, la colectiva, la alternativa o disyuntiva, entre otras. Ver, RUDA, Albert. *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. 2005. Tesis (Doctorado) – Universitat de Girona, Girona, 2005. Disponible en: www.tdx.cat/TDX-0630106-114151. Acceso en: 1 nov. 2023. p. 381-399; ROSAS, Cristian. Daños derivados de actividades riesgosas. In: GHERSI, Carlos (coord.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996. p. 39-98. p. 62-63.

⁹⁴ Esto es, como un resultado provocado por la certeza de sus causas, BUSTAMANTE, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. p. 551-565.

⁹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. Documento A/HRC/46/28 de enero de 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/46/28>. Acceso en: 1 nov. 2023. §8, §21, §22, §86; FLYVBJERG, Bent. The law of regression to the tail: how to survive Covid-19, the climate crisis, and other disasters. *Environmental Science & Policy*, Toronto, v. 114, p. 614-618, 2020; PHILLIPS, Carly *et al.* Compound climate risks in the COVID-19 pandemic. *Nature Climate Change*, London, v. 10, n. 7, p. 586-588, 2020.

- e) La precaución es un principio que de incorporarse en el sistema de responsabilidad, exige transformaciones relevantes a los elementos de dicho sistema, como lo son el *daño* y el *nexo causal*, ello en el marco de un estatuto de responsabilidad objetiva absoluta. Sin embargo, a pesar de no contar con un tipo de proceso que respalde el ejercicio autónomo de la precaución, como sí lo tiene el principio preventivo, se considera, de momento, posible su aplicación en casos en que el *daño incierto* (no probable científicamente) tiene tal *gravedad* que podría generar efectos nocivos supraindividuales, por lo que se hace justificada las medidas cautelares. Para la toma de estas decisiones, se hace indispensable un sistema jurisdiccional robusto en conocimientos transdisciplinarios que logre dirimir, con un enfoque de justicia ambiental, armónicamente entre seguridad jurídica e incertidumbre de los riesgos, de tal forma, que no se extienda innecesariamente el *deber de cuidado* hacia lo irrazonable.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis. Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, La Coruña, v. 4, p. 593-602, 2000.
- AGUILÓ, Josep. En defensa del estado constitucional de derecho. *Doxa*, Alicante, v. 42, p. 87-93, 2019.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española De Derecho Constitucional*, Madrid, v. 91, p. 11-29, 2011.
- ALFIE, Miriam. Una nueva gestión ambiental: el riesgo y el principio precautorio. *Espacio Abierto: Cuaderno Venezolano de Sociología*, Maracaibo, v. 16, n. 2, p. 209-222, 2007.
- ARANGO, Mónica. Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, n. 10, p. 177-185, 2014.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. A modo de epílogo: una conversación sobre el derecho y otras varias cosas. In: ATIENZA Manuel; RUIZ, Juan (ed.). *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima: Palestra-Temis, 2009. p. 259-302.
- BALLESTEROS, Blanca. Sociología del riesgo: reflexión sobre la teoría de la sociedad del riesgo. *Temas Sociales*, La Paz, n. 35, p. 203-215, 2014.
- BANFI DEL RIO, Cristián. *Derecho privado chileno y comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- BANFI DEL RIO, Cristián. Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 3, p. 643-667, 2019.
- BANFI DEL RIO, Cristián. Sobre la responsabilidad civil por cambio climático en Chile. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 25, n. 2, p. 153-159, 2019.
- BARROS, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020. t. 1.
- BASOZÁBAL, Xabier. *Responsabilidad extracontractual objetiva*. Madrid: BOE, 2015.
- BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998.
- BERIZONCE, Roberto. *La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata, 2013.

BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BRASIL. Tribunal Supremo Federal. *Resp 1.198.727/MG, de 14 de agosto de 2012*.

BRUUN, Ole. Environmental protection in the hands of the state: authoritarian environmentalism and popular perceptions in Vietnam. *The Journal of Environment & Development*, Santa Barbara, v. 29, n. 2, p. 171-195, 2020.

BUSTAMANTE, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

BUXÓ, María. Bioética y ecología: perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. In: BUXÓ, María; CASADO, María (coord.). *Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2005. p. 11-16.

CAFFERATTA, Néstor. El principio precautorio. *Gaceta Ecológica*, México D.C., n. 73, p. 5-21, 2004.

CAFFERATTA, Néstor. Los principios y reglas del Derecho ambiental. In: QUINTO programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. Clayton: PNUMA, 2017. p. 47-59. Disponible en: <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CAFFERATTA, Nestor. Principio precautorio (con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil. *LEX-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 5, n. 4, p. 219-246, 2020.

CALAHORRANO, Edison. Derecho de contratos y excepcionalidad: reaparición de instituciones y retorno a los principios en contexto de Covid-19. *Revista Ius Humani*, v. 9, n. 2, p. 159-201, 2020.

CALAHORRANO, Edison. *El deber de informar del médico en la relación clínica en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2023.

CALAHORRANO, Edison. Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 29, p. 1-42, 2021.

CANDIA, Gonzalo; URBINA, Francisco. Estado de derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, v. 24, n. 1, p. 105-132, 2017.

CHÁVARRO, Luis. Riesgo e incertidumbre como características de la sociedad actual: ideas, percepciones y representaciones. *Revista Reflexiones*, San José de Costa Rica, v. 97, n. 1, p. 65-75, 2018.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y desarrollo*, de 14 de junio de 1992. Disponible en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Los derechos humanos y la crisis mundial del agua: contaminación del agua, escasez de agua y desastres relacionados con el agua*. Documento A/HRC/46/28 de enero de 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/46/28>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORRAL, Hernán. Deber de indemnizar por defectos constructivos en el caso de pluralidad de responsables: a propósito del fallo de la Corte Suprema de 20 de abril de 2016. *Revista de Derecho*, Concepción, n. 239, p. 7-32, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-23/17* del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay)*. Sentencia de 20 de abril de 2010. Disponible en: <https://www.dipublico.org/14071/caso-de-las-plantas-de-celulosa-sobre-el-rio-uruguay-argentina-c-uruguay-corte-internacional-de-justicia-20-de-abril-de-2010/>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia)*. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Disponible en: <https://www.dipublico.org/116906/caso-relativo-al-proyecto-gabcikovo-nagymaros-hungría-contra-eslovaquia-fallo-de-25-de-septiembre-de-1997/#:~:text=En%20el%20fallo%20que%20dict%C3%B3,en%201977%20por%20Hungr%C3%ADa%20y>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, del 8 de julio de 1996*. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

COSTA, Ezio. La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile. *Justicia Ambiental*, Santiago, v. 5, p. 199-218, 2013.

COSTA, Ezio. Principio de precaución y regulación ambiental en Chile: operando sin instrucciones, pero operando. *Justicia Ambiental*, Santiago, v. 6, p. 159-179, 2014.

COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley 7554 Orgánica del Ambiente de 1995*.

COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 05994, expediente 13-008478-007-CO del 26 de abril de 2017*.

COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 13347 del expediente 17-006023-0007 CO del 25 de agosto de 2017*.

COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia n. 5893 de 1995*. Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL%202014/Resoluciones%20Sala/5893-95.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.

COVARRUBIAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad? *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 12, n. 1, p. 163-237, 2014.

DRNAS, Zlata. *Grandes teorías y doctrinas del derecho ambiental*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2020. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/TEORIAS-Y-DOCTRINAS-DEL-DERECHO-AMBIENTAL-Drnas-de-Clement.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

DRNAS, Zlata. Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano. In: JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL, 2001, Washington. *Anais* [...]. Washington: Secretaría General de la OEA, 2001. p. 81-92. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artprincipiosdeprecaucionprevencion.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

ECUADOR. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *Código Orgánico del Ambiente de 2017*.

- ECUADOR. *Constitución de la república del Ecuador*. 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.
- FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.
- FERREIRA, Osvaldo. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 137-172, 2022.
- FLYVBJERG, Bent. The law of regression to the tail: how to survive Covid-19, the climate crisis, and other disasters. *Environmental Science & Policy*, Toronto, v. 114, p. 614-618, 2020.
- GASCÓN, Marina. Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, v. 44, p. 81-103, 2010.
- HAN, Heejin. Singapore, a garden city: authoritarian environmentalism in a developmental state. *Journal of Environment & Development*, Santa Barbara, v. 26, n. 1, p. 3-24, 2017.
- HEMPHILL, Thomas. The innovation governance dilemma: alternatives to the precautionary principle. *Technology in Society*, v. 63, p. 1-6, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2020.101381>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- JAHR, Fritz. Bioethics. A panorama of the human beings' ethical relations with animals and plants. *Kosmos*, Stuttgart, n. 24, p. 1-3, 1927. Disponible en: <https://www.ufrgs.br/bioetica/jahr-eng.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- KASTILLA, Karlos. Principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, México D. C., n. 20, p. 65-83, 2009.
- KEMELMAJER, Aida. El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil: estado de la situación en el derecho argentino. *Revista Jurídica*, Buenos Aires, n. 3, p. 45-72, 2016.
- KEMELMAJER, Aída. Responsabilidad civil y transgénicos. *In: RESIDÊNCIA d'Investigadores – CSI: riesgo y precaución: pasos hacia una bioética ambiental*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2005. p. 169-225.
- KOPLIN, Julian; GYNGELL, Christopher; SAVULESCU, Julian. Germline gene editing and the precautionary principle. *Bioethics*, v. 34, p. 49–59, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/bioe.1260964>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- KOURILSKY, Philippe; VINEY, Genevieve. *Le principe de précaution*. 1999. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- LACEY, Hugh. Adoção de medidas de precaução diante dos riscos no uso das inovações tecnocientíficas. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 95, p. 245–258, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0016>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- LLAMAS, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- LLAMAS, Eugenio. *Los problemas actuales de la responsabilidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2011. Disponible en: https://www.academia.edu/29782099/PROBLEMAS_ACTUALES_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CIVIL_pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.
- LORENZETTI, Ricardo. Derecho e o desenvolvimento sustentável: teorial geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 28, p. 139-149, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo. *Las normas fundamentales del derecho privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo. *Principios e instituciones de derecho ambiental*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

- LOZADA, Alí. El postpositivismo de la optimización: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy. *Doxa*, Alicante, n. 39, p. 227-252, 2016.
- LUCERO, Jairo. Constituyendo el principio in dubio pro natura: transversalizando la esencia del derecho ambiental latinoamericano contemporáneo. *In: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*, 5., 2018, Santa Catarina. *Anais [...]*. Santa Catarina: Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2018. Disponible en: <https://red-idd.com/files/2018/GT2/Anais%202018%20GT%20%20-%20Jairo%20Lucero.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- LUCERO, Jairo. El juez multinivel y la transversalidad de garantías: un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 20, n. 41, p. 71-99, 2021.
- LUCERO, Jairo. Pasteras, un trabajo que obvió el progreso: un análisis propositivo desde la crítica constructiva. *Codex*, Pasto, v. 1, n. 1, p. 53-76, 2015.
- MARTIN, Antonio; HORMIGOS, Jaime. La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad. *Revista Barataria Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, La Mancha, n. 7, p. 27-40, 2006.
- MARTÍN, Miquel; RIBOT, Jordi; SOLÉ, Josep. Compensation for personal injury in Spain. *In: BERNHARD, Koch; KOZIOL, Helmut (ed.). Compensation for personal injury in a comparative perspective*. Wien-New York: Springer, 2002. p. 238-292.
- MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Milano: Giuffré, 1987.
- MENDOZA, Pamela. Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema). *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 31, n. 1, p. 387-392, 2018.
- MESSINA, Graciela. Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna. *In: JORNADAS DE DERECHO CIVIL*, 26., 2017, La Plata. *Anais [...]*. La Plata, 2017. Disponible em: <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Messina-de-Estrella-Guti%C3%A9rez-Graciela-1.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Amparo en Revisión 307/2016, del 14 de noviembre de 2018*. Ministra Ponente, Norma Lucía Piña Hernández, p. 16-17. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf. Acceso en: 1 nov. 2023.
- MOYA, Francisca. *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2013.
- MUNOZ-QUEZADA, María Teresa; ANDRÉS LUCERO, Boris. Bioética y justicia ambiental: el caso de presencia de plaguicidas en escolares de comunidades rurales. *Acta bioethica*, v. 25, n. 2, p. 161-170, 2019. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000200161>. Acceso en: 1 nov. 2023.
- NEAL, Mary. The idea of vulnerability in healthcare law and ethics: from the margins to the mainstream? *In: BEDFORD, Daniel; HERRING, Jonathan (ed.). Embracing vulnerability: the challenges and implications for law*. Londres: Routledge, 2020. p. 1-23.
- NOGUEIRA, Humberto. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. *In: AGUILAR, Gonzalo (coord). Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-85.
- NOGUEIRA, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis*, Talca, v. 2, n. 2, p. 9-62, 1997.
- OCDE. *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. 2018. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura: hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *Declaración de principios éticos en relación con el cambio climático*. 2017. Disponible en: <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/declaracion-principios-eticos-relacion-cambio-climatico>. Acceso en: 1 nov. 2023.

PÁEZ, Iván; RODRÍGUEZ, Gloria. Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo. *Opinión Jurídica*, v. 12, n. 23, p. 17-30, 2013.

PASTORINO, Leonardo. *El daño al ambiente*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

PEIXOTO NETO, Pedro de Sá: Transgênicos: uma análise à luz dos princípios jurídicos da precaução e da segurança alimentar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, p. 132-155, 2014.

PÉREZ, Álvaro. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 255-283, 2018.

PÉREZ, Álvaro. La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. *Revista de Derecho*, Valparaíso, v. 28, n. 1, p. 207-234, 2007.

PHILLIPS, Carly *et al.* Compound climate risks in the COVID-19 pandemic. *Nature Climate Change*, London, v. 10, n. 7, p. 586-588, 2020.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

POLICASTRO, Pasquale. Dignidad de la persona y principios constitucionales en la época de la globalización. *Persona y Derecho*, Pamplona, v. 64, n. 1, p. 175-206, 2011.

RAVETLLAT, Isaac; LUCERO, Jairo. La defensa supraindividual de derechos ambientales en la Convención sobre los derechos del niño. *Iberoamérica*, Moscow, n. 1, p. 112-137, 2021.

REICHARDT, Fernanda; SANTOS, Mayara dos. (In)eficácia do princípio de precaução no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 33, n. 95, p. 259-270, 2019.

RENDTORFF, Jacob. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability-Towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine, Health Care and Philosophy*, Nueva York, v. 5, p. 235-244, 2002.

ROJAS, Christian. Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 43, p. 549-582, 2014.

ROMERO, Alejandro. La obligación solidaria pasiva y debido proceso. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 46, n. 1, p. 99-127, 2019.

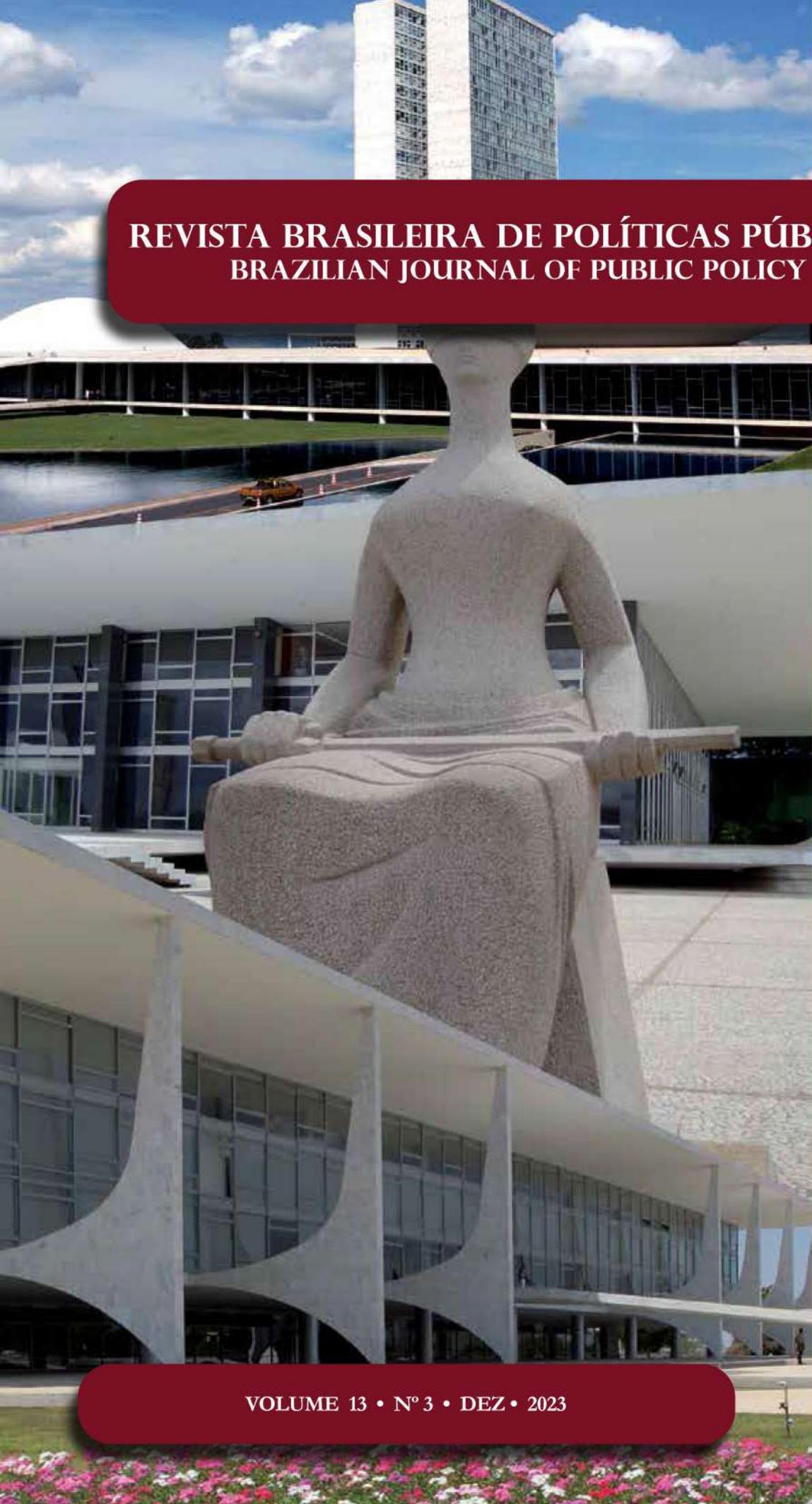
ROSAS, Cristian. Daños derivados de actividades riesgosas. In: GHERSI, Carlos (coord.). *Responsabilidad: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996. p. 39-98.

RUDA, Albert. *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. 2005. Tesis (Doctorado) – Universitat de Girona, Girona, 2005. Disponible en: www.tdx.cat/TDX-0630106-114151. Acceso en: 1 nov. 2023.

SILVA, Alice Rocha da; ANTÔNIO, Mario Abrahão. A aplicação do princípio da precaução ante os riscos advindos das novas tecnologias bélicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 745-765, 2018.

SILVA, Francisca. Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica Derecho*, La Paz, v. 8, n. 11, p. 95-106, 2019.

- SOZZO, Gonzalo; BERROS, María. Principio precautorio. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, v. 13, n. 3, p. 28-41, 2011.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Dubetska y otros Vs. Ucrania*, n. 30499/03. Sentencia de 10 de febrero de 2011.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fadeyeva Vs. Rusia*, n. 55723/00. Sentencia de 9 de junio de 2005.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido*, n. 36022/97. Sentencia de 8 de julio de 2003.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Leon y Agnieszka Kania Vs. Polonia*, n. 12605/03. Sentencia de 21 de julio de 2009.
- VALDÉS, Erick. *Bioderecho: epistemologías y aplicaciones en tiempos de pandemia y riesgo existencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- VICIANO, Roberto. La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ESTUPIÑAN, Liliana *et al.* (ed.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 137-154.
- VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- VITERI, Daniela. La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del tribunal constitucional español y el tribunal constitucional federal alemán. *Estudios de Derecho*, Medellín, v. 69, n. 153, p. 145-113, 2012.
- WILLIAMSON, Gabrielle; HULPKE, Herwig. Das vorsorgeprinzip. *Umweltrecht*, v. 12, n. 1, p. 27-39, 2000.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

The Role of the Central and Regional Governments of Indonesia in the Indonesia-Papua New Guinea Border Development Policy

O Papel dos Governos Central e Regional da Indonésia na Política de Desenvolvimento Fronteiriço Indonésia-Papua-Nova Guiné

Yosephina Ohoiwutun

M. Zaenul Muttaqin

Vince Tebay

Ilham Ilham

Dorthea Renyaan

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

The Role of the Central and Regional Governments of Indonesia in the Indonesia-Papua New Guinea Border Development Policy*

O Papel dos Governos Central e Regional da Indonésia na Política de Desenvolvimento Fronteiriço Indonésia-Papua-Nova Guiné

* Recebido em: 26/01/2023
Aprovado em: 03/01/2024

** Dr. Yosephina Ohoiwutun is head of the Postgraduate Masters of Public Administration Study Program at Cenderawasih University and a member of the Indonesian Association for Public Administration (IAPA) Central Leadership Council (DPP). Her interests and expertise are public policy, human resource management, and public service management.
Email: yosephinaohoiwutun@gmail.com.

*** M. Zaenul Muttaqin, M.Si is a permanent lecturer at the Public Administration Study Program, Faculty of Social and Political Sciences (FISIP) Cenderawasih University Jayapura. His interests and expertise are public policy, communication and policy advocacy, human resource management.
Email: mzaenul69@gmail.com.

**** Dr. Vince Tebay is a lecturer at the State Administration Science Faculty of Social and Political Sciences (FISIP), Cenderawasih University Jayapura. Her interests and expertise are the study of organizational behavior, public service management, and gender-based public policy.
Email: vincetebay2022@gmail.com.

***** Ilham, M.Si is a permanent lecturer at the Public Administration Study Program, Faculty of Social and Political Sciences (FISIP) Cenderawasih University Jayapura. Books ever written, including; one of the authors of the anthology "Observing Technological Readiness in the Campus System" and the first author of a book entitled "Pandemi in Mother Earth: Literature Study of Handling the Covid-19 Pandemic in Indonesia" published by Syiah Kuala University Press, as well as the author of the book "E-Governance" which published on deepublish, is also one of the authors of a book entitled "Women's Forest: Local Wisdom of the Tobati-Enggros People in Caring for Mangrove Forest Ecosystems in the Youtefa Bay Area, Jayapura City, Papua".
Email: ilhamparepos@gmail.com.

***** Dorthea Renyaan, M.PA is a permanent lecturer in the Public Administration Study Program and serves as Assistant Dean II (PD) at the Faculty of Social and Political Sciences (FISIP) Cenderawasih University. Her interest and expertise is public policy.
Email: renyaan_dorthea@gmail.com.

Yosephina Ohoiwutun**

M. Zaenul Muttaqin***

Vince Tebay****

Ilham Ilham*****

Dorthea Renyaan*****

Abstract

This study aims to analyze the implementation of development policies in border areas with the lens of the role of central and regional governments in its implementation. By using qualitative methods, the data sources come from observations, interviews and documentation on policy frameworks and constraints makes it possible to strengthen the environmental aspect as a configuration background for designing policies aligned with sustainable development. The results show that the current border area development policy uses three approaches: security, welfare, and the environment. On the other hand, there is a gap between the regional autonomy policy's contents and the central government's policies. Thus, the Jayapura city government's role is limited to implementing border area development. This finding is an important reference for aligning the visions of the central government and local governments in sustainable development in the periphery.

Keywords: sustainable development; public policy; local government; cross-border.

Resumo

Este estudo visa analisar a implementação de políticas de desenvolvimento em áreas fronteiriças sob a perspectiva do papel dos governos centrais e regionais na sua implementação. Ao utilizar métodos qualitativos, as fontes de dados provenientes de observações, entrevistas e documentação sobre marcos e restrições políticas permitem fortalecer o aspecto ambiental como pano de fundo de configuração para o desenho de políticas alinhadas ao desenvolvimento sustentável. Os resultados mostram que a actual política de desenvolvimento da zona fronteiriça utiliza três abordagens: segurança,

bem-estar e ambiente. Por outro lado, existe uma lacuna entre o conteúdo da política de autonomia regional e as políticas do governo central. Assim, o papel do governo municipal de Jayapura limita-se à implementação do desenvolvimento da área fronteiriça. Esta conclusão é uma referência importante para alinhar as visões do governo central e dos governos locais no desenvolvimento sustentável na periferia.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; políticas públicas; governo local; transfronteiriço.

1 Introduction

In relations between subjects of international law, state disputes often occur. These disputes grow from the diversity of natural resources, trade between regions, human rights, terrorism, and borders between countries.¹ The settlement of these various disputes is the realm of international law. Currently, the international community realizes that resolving disputes using war is no longer relevant because it creates a prolonged crisis. Today's international community believes that dispute resolution must use peaceful means.²

The existence of a state is determined by its sovereignty, population, and territory, which are recognized by international law. The manifestation of maintaining this sovereignty is carried out with a protection approach. It is a response to the complexity of border problems requiring resolution steps. In addition, the domination of land border threats is the dominant discourse regarding border areas between countries today. Discourses on territorial security, such as border stakes, illegal migration, and drug trafficking, are serious problems.³ However, is the security approach sufficient? How is the division of government roles in border area management? This question directs us to macro questions regarding public policy arrangements. To answer these questions, this paper will examine several critical aspects behind the policy anatomy of managing the land border areas of Indonesia and Papua New Guinea. The operationalization in this paper refers to the thinking of Jones, where policy involves organizational activities, interpretation, and application in its implementation.⁴ If organizational activities refer to actors or institutions involved in border area development, interpretation refers to the distribution of authority of each actor in implementing policies. At the same time, the application is the implementation of rules or regulations established from the central to regional levels. So, the unit of analysis for this research is the policy framework and border area development approach or large frame for operationalizing these three activities.

Policy-led is an approach to facilitate the development of border areas. Policy-based development is also expected to be a recommendation for the desired planning. On the other hand, it can address problems that hinder development and increase an organization's competitive advantage across borders. The preparation of the National Border Management Master Plan by the National Border Management Agency (BNPP) is carried out every five years, intended as an instrument for integrating development programs based on regional approaches in a directed, gradual and measurable manner, as well as being a guide and reference for all ministries and non-ministerial institutions as well as regions in formulating and establish border area management policies and programs.

Meanwhile, the basis for developing border areas is contained in the policy of Law Number 43 of 2008 concerning State Territories. In particular, the Jayapura City Government also has a policy for developing the Skouw Border Area in the Muara Tami District of Jayapura City, which is regulated in Jayapura City

¹ ADOLF, Huala. *International dispute resolution law*. [S. l.]: Sinar Grafika, 2020.

² FARIDA, Elfa. Settlement of Border Disputes Between Thailand and Cambodia Through the ASEAN Mechanism. *Masalah-Masalah Hukum*, v.43, n.1, p.57–66, 2018.

³ SINAGA, Melpayanty. Transnational Crime through the Drugs Barter Trade in the Ri–Papua Border Area, New Guinea. *Masyarakat Indonesia*, v.45, n.1, p.61–75, 2020.

⁴ JONES, Charles O. *An Introduction to the Study of Public Policy*. 3rd. ed. California: Brooks/Cole Publishing, 1984.

Regional Regulation Number 5 of 2017 concerning the Regional Medium Term Development Plan for 2018-2022. The border areas tend to fall into underdeveloped areas from various aspects of development.⁵

The past paradigm is still attached and views the border area as a backyard which gives the state development.⁶ As a result of giving more importance to the central region's development, the border areas' development is generally lagging behind other regions. The management of border areas is prolonged to development. It is due to the condition of the people still marginalized and the lack of attention from the central and regional governments. Its location in the outermost area makes access to markets and commodities minimal, as well as communication facilities and infrastructure that connect the area to the center of activity. As the front porch, the face of the Indonesian border should reflect a safe and prosperous condition.

The issue of natural resource security often manifests itself in the face of borders in Indonesia. Environmental exploitation occurs due to internal community factors and external factors that come from influences outside the state's territory.⁷ In addition, border areas are synonymous with entry points for transnational crime, illegal logging, and conflicts threatening national stability.⁸

Indonesia's border areas historically cannot be separated from Dutch Colonial history. Since 1910, the term Van Sabang tot Merauke has been known, a term that shows the process of the Dutch East Indies' neo-colonial formation.⁹ While juridically, it is contained in Law Number 43 of 2008, Article 1, which explains that the border area is part of the territory of the country which is located on the inside along the border of Indonesia's territory with other countries, in terms of land borders, the border area is in sub-district. The boundaries of the country in question are the boundaries that separate the sovereignty of a country based on international law. Furthermore, Article 6 paragraph (1) confirms that land boundaries cover the territory of Malaysia, Papua New Guinea, and Timor Leste. Then maritime boundaries with Malaysia, Papua New Guinea, Singapore, and Timor Leste. Finally, the air boundary includes the state's sovereign limits on land and at sea, and its boundaries with outer space are determined based on developments in international law.

Research in Indonesia's state borders, especially the implementation of regional development policies, has been carried out and has received attention in discussions in recent years. The Suharto research revealed that government assistance in the form of economic capital bridges potential development efforts, which shows that the Samisake program initiated by the Mayor of Bengkulu, Indonesia, can improve the economy and living standards of the urban with a success percentage of up to 70.13%.¹⁰ However, the development of border areas between countries has a complex doctrine that includes security and economic issues. Portella's research reveals a view that embraces both security and economic issues in the Brazilian context.¹¹ According to his study, the mineral reserves of the Brazilian border area are a strategic asset to face competition in economic globalization. The results of his research show that strategic policy updates are worthy of consideration for sustainable development and efforts to guarantee energy for the national security industry.

⁵ MUBARAK, Muhammad Miftah. Analysis of Infrastructure Availability Evaluation in the Indonesia-Malaysia Border Area (The Case of Nunukan District). *Indonesian Journal of Spatial Planning*, v. 2, n. 1, p. 45-53, 2021; SOARES, Gudino Lovato; HIDAYATI, Agustina Nurul; GAI, Ardiyanto Maksimilianus. Analysis of Infrastructure Needs in the Border Area of Indonesia and Timor Leste (Asumanu, Tohe and Maumutin Villages). *Jurnal Plano Buana*, v. 1, n. 1, p. 1-10, 2020.

⁶ SUHARYANTO, Suharyanto *et al.* Small Islands as Centers of Economic Growth in Indonesia's Border Areas: Review of Technical, Social and Economic Aspects. *Buletin Ilmiah Marina Sosial Ekonomi Kelautan Dan Perikanan*, v. 6, n. 1, p. 73-84, 2020.

⁷ MURADI, Muradi. Management of Indonesian Border Security. *CosmoGov*, v. 1, n. 1, p. 25-34, 2017.

⁸ MARWASTA, Djaka. Assistance in Border Area Management in Indonesia: Lesson Learned from KKN-PPM UGM in Border Areas. *Jurnal Pengabdian Kepada Masyarakat (Indonesian Journal of Community Engagement)*, v. 1, n. 2, p. 204-216, 2016.

⁹ TIRTOSUDARMO, Riwanto. Talking about Marginalized Communities in Indonesia. *Jurnal Masyarakat Dan Budaya*, v. 22, n. 1, p. 115-122, 2020.

¹⁰ SUHARTO, Sugeng. Samisake Program is Improving the Economic Capabilities of Urban Poor in Bengkulu City, Indonesia. *Braz. J. Pub. Pol'y*, v.12, p.489, 2022.

¹¹ PORTELLA, Marcio Oliveira. Mining the Borders, Sustainable Development and Defense Industrial Base. *Braz. J. Pub. Pol'y*, v.4, p.117, 2014.

Various studies on the implementation of Indonesia's border area development policies seem to use more of a legal perspective with a literature study approach with normative juridical analysis. So, issues related to border areas have not been resolved empirically. Mangku and Dimaswari, for example, review the border area from a legal perspective that manages diplomacy between countries.¹² Their research approach tends to come from literature study data. Then Gustina made observations from a law enforcement perspective on the dual identities of citizens of the two border countries.¹³ Elyta conducted a theoretical study with empirical data using the theory of cross-border crime to examine security aspects in preventing cross-country drug smuggling.¹⁴

The emphasis of previous studies lies in the regional security landscape. Through a different perspective, this study aims to analyze the anatomy of policies in developing the border area between Indonesia and Papua New Guinea. The discussion in this study is divided into two major parts to achieve this goal. First, analyze the border area policy framework to photograph government institutions' policy architecture and division of authority. The second part of the study identified the inhibiting factors for implementing the policy. Identification of constraining factors allows the navigation of future policy priorities. This part is carried out with a scheme of describing the objectives of the current border area development policy and proposing an environmental policy-based development offer.

2 Materials and Methods

This study uses a qualitative research design to understand the problems in the development of the Border Area based on the conditions of reality or natural settings that are holistic, complex, and detailed. By the statement of Lune and Berg, qualitative research refers to meanings, concepts, definitions, characteristics, metaphors, symbols, and descriptions of things.¹⁵

In order to understand the background of border area management issues in depth, intact, holistic, intensive, and naturalistic; then case research is the leading choice compared to other types of qualitative research. The case study is a method that involves collecting sufficient information systematically about a particular person, social setting, event, or group to enable the researcher to understand effectively how the subject operates or functions.¹⁶

Based on the source, the data in this study can be classified into primary and secondary data sources. Primary data sources were obtained by observing the situation and condition of the Border Area and conducting interviews with a number of informants involved in the Border Area development policy. At the same time, secondary data sources are obtained by browsing documents related to the management of the Skouw Border Area in the form of textbooks, journal articles, laws and regulations, statistical reports, and other documents.

Per the permit for research and data collection Number 320/UN20.1.10/KM/2022, the informants in this study were classified into three types: policymakers, policy implementers, and target groups. Informants from policymakers included the Regional Government of Jayapura City and its staff involved in making Regional Regulations and Mayor Regulations and the Chairman of the Jayapura City DPRD as the legislative

¹² MANGKU, D. G. S; DIMASWARI, N. P. M. Problems in the Land Border Area Between Indonesia and Timor Leste. *Justitia Jurnal Hukum*, v. 5, n. 2, p. 143-151, 2021.

¹³ GUSTINA, Sukmawaty Arisa. Justice Law Enforcement of the Phenomenon of Dual Identity of Indonesian Citizens at the Indonesia-Malaysia Border. *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, v. 17, n. 1, p. 60-70, 2021.

¹⁴ ELYTA, Elyta. Drug Smuggling at the Entikong Border between Indonesia and Malaysia. *Andalas Journal of International Studies (AJIS)*, v. 9, n. 2, p. 100-115, 2020.

¹⁵ LUNE, Howard; BERG, Bruce L. *Qualitative research methods for the social sciences*. [S. l.]: Pearson, 2017.

¹⁶ LUNE, Howard; BERG, Bruce L. *Qualitative research methods for the social sciences*. [S. l.]: Pearson, 2017.

body involved in discussing the draft Regional Regulations. At the same time, the informant from implementing the policy was the Head of the Inter-State Border Section of the Regional Secretariat of Jayapura City. Finally, informants from the target group included the Head of Skouw Sae Village, Community Leaders in the Muara Tami District, and Traditional Leaders in the Muara Tami District.

Data collection techniques used in this study consisted of observation techniques, interviews, and documents. At the same time, the data analysis technique used in this study adapted the Miles and Huberman method, consisting of three stages.¹⁷ First, data reduction; At this stage, the data is reduced and changed to make it more accessible and understandable and to create various themes and patterns. Data reduction assisted this research in directing attention to focusing, simplifying, and transforming raw data into a more manageable form. The next stage is data display, conveying that data is presented as an organized, compressed collection of information that allows analytical conclusions to be drawn. Data views assist the research in understanding and observing specific data patterns or determining additional analysis or action to take. The data display process is a component of the analysis process. The last analysis activity is to draw conclusions and verify. This study uses triangulation, a technique for checking the validity of data that uses something other than the data for checking purposes or as a comparison of the data.¹⁸ In other words, researchers can re-examine findings by comparing them with various sources, methods, or theories.

3 Results and Discussion

3.1 General Description of the Research Object

The territory of Indonesia, which is directly adjacent to Papua New Guinea, is the Skouw area, Muara Tami District. This area is part of the territory of the Jayapura City government with a land border link. Muara Tami District has an area of 626.7 km² with six villages and two sub-districts. Muara Tami District is the district that has the farthest distance from the capital city of Jayapura, with a distance of 65 km to Jayapura City.

Table 1 - Geographical Conditions of Muara Tami District, Jayapura City

No	Village	An area Wide (km ²)	An Area Height (meter)	Distance to District (km)	Distance to City (km)
1.	Holtekamp Village	13,3	0-5	14	29
2.	Koya Tengah Village	45,6	0-5	2	41
3.	Mosso Village	32,7	0-10	13	65
4.	Skouw Mabo Village	87,7	0-7	12	33
5.	Skouw Sae Village	52,7	0-5	2	40
6.	Skouw Yambe Village	81,5	0-5	3	42
7.	Koya Barat Village	217	0-10	15	30
8.	Koya Timur Village	96,2	0-10	12	33

¹⁷ MILES; HUBERMAN. *Qualitative Data Analysis: a Sourcebook on New Methods*. Jakarta: UI Press, 1992.

¹⁸ MOLEONG, Lexy J. *Qualitative research methodology*. [S. l.]: PT Remaja Rosdakarya, 2021.

No	Village	An area Wide (km ²)	An Area Height (meter)	Distance to District (km)	Distance to City (km)
	Muara Tami District	626,7			

Fonte: Muara Tami District in Figures 2021¹⁹

Although it is the largest district in Jayapura City, Muara Tami District has the smallest population. In 2020 there were 13,325 people (around 4.39 percent of the population of Jayapura City) with a population density of 21.26 km². The residents who live in Muara Tami District are indigenous Papuans and non-Papuan, most of whom come from the island of Java. The indigenous Papuan people who live in the Muara Tami District consist of several tribes, namely Malo, Membilong, Palora, Awe and Kemo, Rolo, Patipeme, Ramela, Membilong, Pae, Nali, Mutang, Lomo, Reto, Palora, Sarmi, Serui, Yawa, and Nyao.

Overall, the spatial structure and public services in the Muara Tami District are sufficient to meet the community's basic needs daily. Most of the architecture of residential buildings in the Muara Tami District is livable, and most of the access roads have already been paved with asphalt. Institutional formations, formed by the government and according to custom, can be found in every village. There are Village Consultative Organizations and Traditional Consultative Organizations in each village. Meanwhile, at the district level, similar social institutions, such as cooperatives, also play an active role in the community.

Table 2 - Total Population of Muara Tami District, Jayapura City²⁰

No	Village	Ages			Total population	Household
		0-14	15-64	65+		
1.	Holtekamp Village	600	886	88	1574	460
2.	Koya Tengah Village	408	771	20	1199	421
3.	Mosso Village	209	376	15	600	78
4.	Skouw Mabo Village	342	527	37	906	155
5.	Skouw Sae Village	304	437	50	791	167
6.	Skouw Yambe Village	270	435	53	758	211
7.	Koya Barat Village	2478	4367	376	7221	2051
8.	Koya Timur Village	1699	3000	339	5038	1599
	Muara Tami District	6310	10799	978	18087	5142

The main livelihood of the Muara Tami people of Skouw village is agriculture. However, the reality is that migrants who are married and live there have two professions, such as civil servants who work as traders and traders who also work as farmers. The Skouw Border Area has enormous natural resources in the form of conversion and protection forests, national parks, and production forests with an area of around 9,500,000 Ha. The forest stretching along the border is almost entirely untouched or exploited except in a

¹⁹ JAYAPURA CITY CENTRAL BUREAU OF STATISTICS. *Muara Tami District in Figures 2021*. 2021. Available from: <https://jayapurakota.bps.go.id/publication/2020/09/28/28fb411636b5181ea184b26b/kecamatan-muara-tami-dalam-angka-2020.html>. Access in: 12 Dec. 2022.

²⁰ JAYAPURA CITY CENTRAL BUREAU OF STATISTICS. *Muara Tami District in Figures 2021*. 2021. Available from: <https://jayapurakota.bps.go.id/publication/2020/09/28/28fb411636b5181ea184b26b/kecamatan-muara-tami-dalam-angka-2020.html>. Access in: 12 Dec. 2022.

few locations developed as conversion forests. The mainstay commercial timber forest products are Merbau, Matoa, Agathis, and Linggua. In comparison, the non-timber products widely used by the community include agarwood, gambier skin, yellow rope, rattan, bamboo, eucalyptus, and types of orchids.

The Skouw Border Area is also rich in potential flora and fauna, where there are 20,000 to 30,000 species of plants, 330 species of reptiles and amphibians, 650 species of birds, 164 species of mammals, and 750 species of butterflies. The types of fauna widely used by the community for their daily needs include crocodiles, leatherback turtles, Arowana fish, deer, snakes, and various birds. In addition to forest resources, this area also has a relatively large potential for water resources from the rivers that flow along the border. Likewise, mineral and metal content in undeveloped soil, such as copper, gold, and other metals, have high economic value.

In general, the knowledge and skills of human resources in Muara Tami District are still lagging in quality and quantity, especially among the people in the Skouw Border Area. One of them is the lack of accessibility and educational facilities. Educational facilities in Jayapura City are quite adequate and have supported the learning process from Kindergarten to Higher Education. However, access to educational facilities and infrastructure in the Skouw Border Area is insufficient. Likewise, health services for the community are not yet optimal due to the lack of availability of health facilities, especially medical personnel who are reluctant to serve in remote areas.

3.2 Border Area Development Framework

Border areas have strategic value in supporting the success of national development with seven functions.²¹ First, as a strategic military function or sea, land, and air defense system against external threats. Second, the economic function includes controlling the flow of capital, trade between countries, foreign investment, movement of goods between countries, and providing a benchmark for a country to explore natural resources legally. Third, the constitutive function becomes full sovereignty over the territorial area of the state as determined by the existing borders. Fourth, the function of national identity binds communities within the state's territory emotionally based on shared experiences and history. Fifth the function of national unity and integrity. It is usually through a combination of jargon and symbols with territorial and border concepts. Sixth, the function of nation-state development is to determine how the nation's history was formed, acceptable symbols, and determine normative and cultural shared identity. Lastly is achieving domestic interests to provide geographic boundaries for state efforts to achieve national interests in the political, social, economic, educational, infrastructure development, and energy conservation fields.

Referring to Johnson and Jones, there are three main issues relating to managing border areas in Indonesia.²² It is problems related to establishing boundaries, including allocation, delimitation, and demarcation, both on land and at sea; border area security issues; and border area development issues. Apart from the policies and programs for border area development by the Central Government mentioned above, there are also policies and programs of the Jayapura City Regional Government in the 2018-2022 RPJMD which is one of the missions of the Jayapura City Regional Government: "Embodying Nawacita in Regional Development". The regional development program in question is the State Cross Border Post (PLBN) optimization program in the Muara Tami District. The performance indicator is the provision of adequate facilities and infrastructure. The Regional Apparatus Organization that is implementing it is the Inter-State Boundary Section, Regional Development Planning Agency.

²¹ SUBAGIYO, A.; DWIPROBORINI, F; SARI, N. Development of Indonesia-Papua New Guinea border, Muara Tami District, Jayapura City through agropolitan concept. *In: IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*. [S. l.: s. n.], 2017.

²² JOHNSON, Corey; JONES, Reece. The biopolitics and geopolitics of border enforcement in Melilla. *Territory, Politics, Governance*, v. 6, n. 1, p. 61-80, 2018.

The division of government authority is regulated in Law no. 43/2008 concerning State Territory, as stated in article 10 includes policies on the management and utilization of state territories and border areas, negotiations with other countries regarding the determination of state boundaries in accordance with statutory provisions and international law, making territorial boundaries, data collection and naming islands and archipelagos as well as other geographical elements, permits for international flights and crossings to cross the territory on routes specified in laws and regulations, supervision in additional zones needed to prevent violations and punish violators of laws and regulations in the field of customs, fiscal, immigration, or sanitary within the territory of the country or territorial sea, determination of airspace that is prohibited from being crossed by international flights for defense and security, manufacture and renew region country map, and submit it to the House of Representatives at least once every 5 (five) years, the last is to maintain the integrity, sovereignty and security of the State Territory and border areas.

In addition to the authorities mentioned above, the Government is obliged to determine the cost of developing border areas and may assign Regional Governments to exercise their authority in the context of co-administration tasks by statutory regulations. In this case, the distribution of authority at the provincial level is regulated in Article 11 of Law no. 43/2008. It includes setting Government policies and establishing other policies in the framework of regional autonomy and assistance tasks. Then, coordinating the implementation of development tasks in border areas, carrying out the development of border areas between Regional Governments or between Regional Governments and third parties, and supervising the implementation of border area development carried out by the Regency/City Government. In order to implement this authority, the Provincial Government is also obliged to determine the cost of developing border areas.

In the following hierarchy, the authority of the Regency/Municipal Government is regulated in Article 12. It includes implementing Government policies and establishing other policies in the framework of regional autonomy and co-administration. Then, guarding and maintaining boundary markers, coordinating in the context of carrying out development tasks in their territory, and carrying out the development of border areas between Regional Governments or between Regional Governments and third parties. In order to implement this authority, the Regency/Municipal Government is also obliged to determine the cost of developing border areas.

The management of border areas in Indonesia is still under the Central Government's authority through the BNPP based on Presidential Regulation Number 12 of 2010 concerning the National Border Management Agency (BNPP), as amended by Presidential Regulation Number 44 of 2017. The establishment of the BNPP is intended to manage border areas more focused, synchronously, and coordinated and is at one management gate.²³ BNPP membership consists of Ministries, Non-Ministerial Government Agencies, Provincial Governments, and Regency/City Governments. Through this coordination, it is hoped that it can strengthen and streamline the tasks of each Ministry or Non-Ministerial Institution and Regional Government in managing border areas in an integrated and integrated manner.²⁴ This agency coordinates Ministries, Non-Ministerial Government Agencies, Provincial Governments, and District/City Governments to develop border areas. Thus, the problem of coordination between departments and a more precise division of authority can be accommodated. BNPP uses three approaches in managing border areas, namely the approach of security, welfare, and environmental sustainability.

The preparation of the Master Plan for the Management of State Borders by BNPP is carried out every five years. It is intended as an instrument to integrate development programs based on regional approaches in a directed, gradual and measurable manner. It also serves as a guideline and reference for all ministries and non-ministerial and regional institutions in formulating and establishing policies and programs for managing

²³ MANGKU, Dewa Gede Sudika. The Role of the National Border Management Agency (BNPP) in Maintaining the Territorial Sovereignty of the Unitary State of the Republic of Indonesia. *Jurnal Ilmiah Ilmu Sosial*, v.4, n.2, p.167–174, 2018.

²⁴ MANGKU, Dewa Gede Sudika. Settlement of Land Border Disputes in the Bidjael Sunan – Oben Segment Between Indonesia and Timor Leste. *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila Dan Kewarganegaraan*, v. 5, n. 2, p. 252-260, 2020.

border areas. At least until now, 15 laws and regulations are related to developing border areas. The Jayapura City Government also has a policy regarding developing the Skouw Border Area in the Muara Tami District of Jayapura City, which is regulated in Jayapura City Regional Regulation Number 5 of 2017 concerning the 2018-2022 Regional Medium Term Development Plan.

If we look at the provisions of Law Number 43 of 2008, the Government, Provincial Governments, and Regency/City Governments are given the authority to regulate the management and utilization of state territories and border areas. It is per the contents of Minister of Home Affairs Regulation No. 2 of 2011, which instructs the government to form a Border Management Agency in the Regions. However, in subsequent developments, in 2017, the Regional Border Management Agency was disbanded. The Jayapura City Government no longer has Regional Apparatus Organizations or technical institutions carrying out border management affairs. All matters in the border area management are part of the duties and functions of the Regional Secretariat of the City of Jayapura, which is attached to the Inter-State Boundary Sector.

3.3 Border Area Development Approach

The current border area development policy uses three approaches; safety, welfare, and the environment. The Deputy Mayor of Jayapura emphasizes it in the following interview:

The regional Government has received an understanding from the Central Government regarding the border program policy in developing border areas using three approaches, namely first, security, government policy which has been implemented for a long time so that the TNI is also included in the BNPP coordination circle taking the biggest role. Second, welfare, the welfare approach, and the role of the Government represented in BNPP activities. Third, the environment is a new approach introduced to accompany the previous approach, namely paying attention to the sustainability of the border environment. "Based on the three approaches, the regional government will make appropriate policies for the Muara Tami District border areas.

The Government's understanding of these three approaches was also expressed by the Chairman of the Jayapura City DPRD in the following interview:

The border program policy in developing border areas, especially in Jayapura City, already has provisions from the central Government in the form of approaches in the fields of security, welfare and the environment. "With these provisions, the Jayapura City government will determine appropriate policies in the border area.

Based on these arguments, the main highlight of this research is the last approach, namely the ecological aspect. Environmental conservation is a newly introduced approach to accompany the previous two approaches. This approach seeks to maintain environmental sustainability and minimize the impact caused by development activities in border areas which are the gateways for economic and trade activities with neighboring countries.

From a security perspective, the government's policy of prioritizing security forces has long been implemented. It is supported by the most prominent role of the TNI, which is also included in the BNPP coordination circle. TNI accommodates defense and security in two dimensions: traditional and non-traditional. In traditional defense, the TNI presents a task force to secure and guard the border area. Meanwhile, for non-traditional defense, the TNI carries out various programs that help the community's welfare through the TNI Enters the Village program. Defense and security policies and community welfare can be directed to stimulate development and accelerate the development of border areas.²⁵

Based on interviews with the Deputy Mayor and Chairperson of the Jayapura City DPRD, the local government has obtained an understanding from the central government regarding the Border Program Policy in developing border areas using three approaches. These approaches are contained in the Regulation of the National Border Management Agency Number 4 of 2021 concerning the 2021 Action Plan for the Ma-

²⁵ MURADI, Muradi. Management of Indonesian Border Security. *CosmoGov*, v. 1, n. 1, p. 25-34, 2017.

agement of State Boundaries and Border Areas. First, the security approach has long been implemented; the TNI is also included in the coordination circle of the BNPP, taking the most prominent role. Second, the welfare approach, a manifestation of the government's role in BNPP activities, is integrated with this approach. Third, the environmental sustainability approach, an approach that pays attention to the environmental sustainability of the border.

However, since the formation of the BNPP, the role of local governments has been cut directly and has resulted in weak local government involvement in designing border area development policies. Currently, as a place for coordination between the Central Government and Regional Governments in terms of managing state borders, it is stipulated in the new OPD Perda, the Regional Secretariat Administration Section, as the Border Management Bureau in the Regions. It is as stipulated in the Circular of the Minister of Home Affairs Number 188/3779/SJ dated 11 October 2016 concerning Guidelines for Approval of Regional Regulations concerning Regional Apparatuses and Government Regulation Number 18 of 2016 regarding Regional Apparatuses. With these two regulations, the Jayapura City Government reorganized its regional apparatus organization, including matters of border area management delegated to the Jayapura City Regional Secretariat; in this case, the executor is the Inter-State Border Section. Thus, approaches to development in border areas are the central authority, and the Jayapura City government does not yet have clear guidelines. The local government has not designed a specific policy for the environmental sustainability approach with this concept.

Based on observations and research interviews, the city government and local people who live in the Muara Tami District of Jayapura City are very enthusiastic about supporting the development program in the Skouw Border Area. The central government should embrace the public policy subsystem, especially those who are the target group involved in area protection. One of them is seen in the community's support for the United Village Development Army (TMMD) program. Community enthusiasm for the development of border areas goes hand in hand with the hope of increasing welfare.

3.4 Factors Inhibiting Border Area Development Policy

In this section, the discussion covers the inhibiting factors in implementing border area development policies. Based on the research results, the implementation of the development area development policy as stated in the regulations has not been carried out correctly. Factors that have become obstacles in encountered. Those that have not been resolved in the development of the Skouw Border Area in the Muara Tami District, Jayapura City, include the limited authority of the Jayapura City Regional Government to create and implement activity programs in the management of the Border Area. Then the lack of access to communication and transportation in several remote areas hampers investors' opportunities to develop their businesses. However, communication facilities and infrastructure is a crucial issue that determines the direction of development of a region.

Furthermore, security issues are the inhibiting factor for policies in the border area. This issue generally triggers the reluctance of incoming investment in border areas. Even though the potential of natural resources in the Skouw Border Area opens up broad investment opportunities for investors. The perception that the Skouw Border Area is a hotbed of rebels has made investors less interested. This perception is supported by weak law enforcement against perpetrators of criminal acts and illegal activities that exploit natural resources in the Skouw Border Area. This investigation shows the need for more severe and focused efforts to handle territorial security with an adequate layer of security.

Finally, local government authority is lacking in planning aspects of border area policies. When reviewing the contents of Law Number 23 of 2014 concerning Regional Government, each region has the authority to regulate its administration. This argument is based on the fact that local governments better understand the needs and conditions of their territory. However, the fact is that the Regional Government of Jayapura

City does not have the authority to make programs to manage border areas. As Deputy Mayor of Jayapura, in the following interview:

Currently, apart from carrying out the main tasks of government affairs, the border section's other task is only as a border management secretariat; it does not have the authority to develop border areas. The Border Section can only coordinate with the central government regarding borders. For development at the border, the Regional Government can only wait for programs and policies from the central government, in this case, the National Border Management Agency.

The Head of the Inter-State Border Section of the Jayapura City Regional Secretariat also expressed the same thing in the following interview:

The Border Section, as the secretariat for managing border areas, does not have the authority and duties to implement border area development policies. "Our task as the border management secretariat by the Mayor's Regulation (Perwalkot) is only to facilitate the implementation of border area management and coordination with the central government or BNPP.

The informants' arguments show that the development of border areas is guided by central government policy. On the other hand, the role of local government in action is questionable because it is limited to a facilitator function. Thus, a policy orientation based on the bottom-up needs to be crucial for sustainable development. The development of border areas by prioritizing environmental aspects should involve local governments not only at the implementation level but also at the policy formulation level. Wu proposed a policy-led approach to facilitate the development of border areas as the right step to integrate socio-economic and ecological aspects in a sustainable development framework.²⁶ Socio-economic-based development policies in border areas will significantly impact economic growth, household income, and income from the production sector.²⁷ The policy-based approach is expected to become a recommendation for planning aligned with sustainable development, addressing issues that hinder development and enhancing organizational competitive advantage across borders.

4 Conclusions

Based on the research results, the development of environment-based border areas is the main issue of border area management problems. This problem occurs because of obstacles in implementing policies consisting of policy instrument factors and the authority of policy stakeholders. In Law no. 43/2008, authority at the provincial level includes setting Government policies and establishing other policies in the context of regional autonomy and co-administration and coordinating the implementation of development tasks in border areas, carrying out the development of border areas between Regional Governments or between Regional Governments and third parties, and supervising the implementation of border area development carried out by the District/City Government. Meanwhile, the authority of Regency/Municipal Governments includes implementing Government policies and establishing other policies in the context of regional autonomy and co-administration, guarding and maintaining boundary markers, coordinating the implementation of development tasks in border areas within their territory, and carrying out the development of border areas between Regional Governments or between the Regional Government and a third party.

The management of border areas in Indonesia is still under the Central Government's authority through the National Border Management Agency (BNPP) based on Presidential Regulation Number 12 of 2010 concerning the National Border Management Agency (BNPP), as amended by Presidential Regulation

²⁶ WU, Chung-Tong. Cross-border development in a changing world: Redefining regional development policies. *Contributions in Economics and Economic History*, v.2, p.21–38, 2001.

²⁷ BAKCE, Djaimi; SYAHZA, Almasdi; ASMIT, Brilliant. Economic Development of the Inter-State Border Region in Riau Province. *Unri Conference Series: Agriculture and Food Security*, v. 1, p. 182-189, 2019; SURATMAN, Eddy. The Impact of Border Area Development Policy on West Kalimantan's Economic Performance: Simulation Analysis with the Social-Economic Balance System Approach. *Jurnal Ekonomi Dan Pembangunan Indonesia*, v. 5, n. 1, p. 35-60, 2004.

Number 44 of 2017. Since BNPP was established, there has been a reduction in the role of local government directly and leading to weak local government involvement in policy design

When reviewing the contents of Law Number 23 of 2014 concerning Regional Government, each region has the authority to regulate its administration. This argument is based on the fact that local governments better understand the needs and conditions of their territory. Therefore, a policy orientation based on the bottom-up needs to be crucial for sustainable development. The development of border areas by prioritizing environmental aspects should involve local governments not only at the implementation level but also at the policy formulation level.

The results of this research are expected to enrich knowledge and contribute to the development of policy theory and science, as well as the development of research fields related to implementing border area development policies. The results of this research are expected to be input for thought and consideration for the central government as a policy maker to involve local governments in planning and implementing policies. In addition, further research needs to explore the development of local government policies and authorities in border areas.

Competing interests

There is no conflict of interest to declare.

Funding

The authors have no financial support for this work

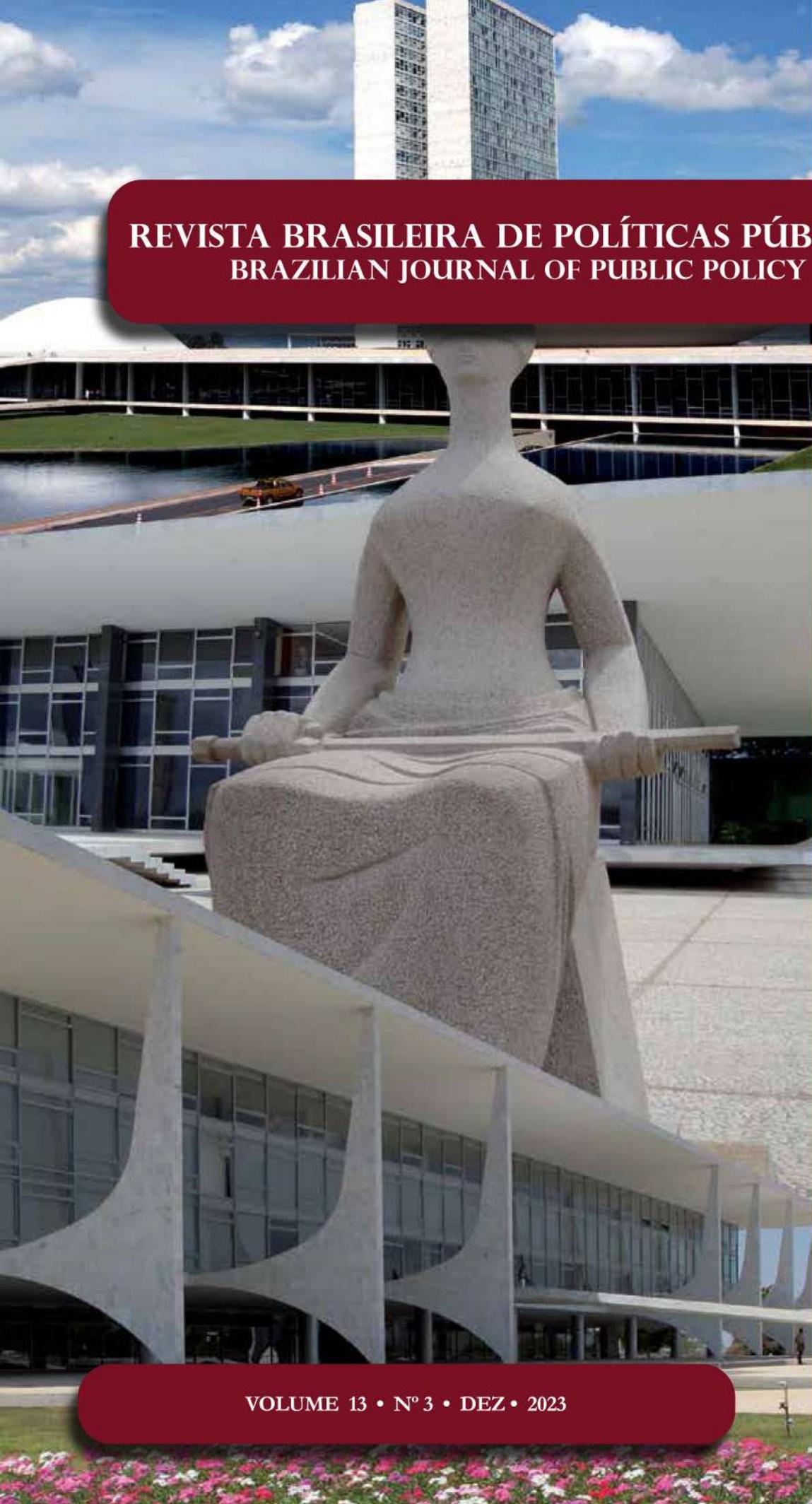
Data availability statement

The author confirm that the data supporting the findings of this study are available within the article.

References

- ADOLF, Huala. *International dispute resolution law*. [S. l.]: Sinar Grafika, 2020.
- BAKCE, Djaimi; SYAHZA, Almasdi; ASMIT, Brilliant. Economic Development of the Inter-State Border Region in Riau Province. *Unri Conference Series: Agriculture and Food Security*, v. 1, p. 182-189, 2019.
- ELYTA, Elyta. Drug Smuggling at the Entikong Border between Indonesia and Malaysia. *Andalas Journal of International Studies (AJIS)*, v. 9, n. 2, p. 100-115, 2020.
- FARIDA, Elfia. Settlement of Border Disputes Between Thailand and Cambodia Through the ASEAN Mechanism. *Masalah-Masalah Hukum*, v.43, n.1, p.57–66, 2018.
- GUSTINA, Sukmawaty Arisa. Justice Law Enforcement of the Phenomenon of Dual Identity of Indonesian Citizens at the Indonesia-Malaysia Border. *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, v. 17, n. 1, p. 60-70, 2021.
- JAYAPURA CITY CENTRAL BUREAU OF STATISTICS. *Muara Tami District in Figures 2021*. 2021. Available from: <https://jayapurakota.bps.go.id/publication/2020/09/28/28fb411636b5181ea184b26b/kecamatan-muara-tami-dalam-angka-2020.html>. Access in: 12 Dec. 2022.
- JOHNSON, Corey; JONES, Reece. The biopolitics and geopolitics of border enforcement in Melilla. *Territory, Politics, Governance*, v. 6, n. 1, p. 61-80, 2018.
- JONES, Charles O. *An Introduction to the Study of Public Policy*. 3rd. ed. California: Brooks/Cole Publishing, 1984.
- LUNE, Howard; BERG, Bruce L. *Qualitative research methods for the social sciences*. [S. l.]: Pearson, 2017.

- MANGKU, D. G. S; DIMASWARI, N. P. M. Problems in the Land Border Area Between Indonesia and Timor Leste. *Justitia Jurnal Hukum*, v. 5, n. 2, p. 143–151, 2021.
- MANGKU, Dewa Gede Sudika. Settlement of Land Border Disputes in the Bidjael Sunan: Oben Segment Between Indonesia and Timor Leste. *Jurnal Ilmiah Pendidikan Pancasila Dan Kewarganegaraan*, v. 5, n. 2, p. 252-260, 2020.
- MANGKU, Dewa Gede Sudika. The Role of the National Border Management Agency (BNPP) in Maintaining the Territorial Sovereignty of the Unitary State of the Republic of Indonesia. *Jurnal Ilmiah Ilmu Sosial*, v.4, n.2, p.167–174, 2018.
- MARWASTA, Djaka. Assistance in Border Area Management in Indonesia: Lesson Learned from KKN-PPM UGM in Border Areas. *Jurnal Pengabdian Kepada Masyarakat (Indonesian Journal of Community Engagement)*, v. 1, n. 2, p. 204-216, 2016.
- MILES; HUBERMAN. *Qualitative Data Analysis: a Sourcebook on New Methods*. Jakarta: UI Press, 1992.
- MOLEONG, Lexy J. *Qualitative research methodology*. [S. l.]: PT Remaja Rosdakarya, 2021.
- MUBARAK, Muhammad Miftah. Analysis of Infrastructure Availability Evaluation in the Indonesia-Malaysia Border Area (The Case of Nunukan District). *Indonesian Journal of Spatial Planning*, v. 2, n. 1, p. 45–53, 2021.
- MURADI, Muradi. Management of Indonesian Border Security. *CosmoGov*, v. 1, n. 1, p. 25-34, 2017.
- PORTELLA, Marcio Oliveira. Mining the Borders, Sustainable Development and Defense Industrial Base. *Braz. J. Pub. Pol'y*, v.4, p.117, 2014.
- SINAGA, Melpayanty. Transnational Crime through the Drugs Barter Trade in the Ri–Papua Border Area, New Guinea. *Masyarakat Indonesia*, v.45, n.1, p.61–75, 2020.
- SOARES, Gudino Lovato; HIDAYATI, Agustina Nurul; GAI, Ardiyanto Maksimilianus. Analysis of Infrastructure Needs in the Border Area of Indonesia and Timor Leste (Asumanu, Tohe and Maumutin Villages). *Jurnal Plano Buana*, v. 1, n. 1, p. 1-10, 2020.
- SUBAGIYO, A.; DWIPROBORINI, F.; SARI, N. Development of Indonesia-Papua New Guinea border, Muara Tami District, Jayapura City through agropolitan concept. *In: IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*. [S. l.: s. n.], 2017.
- SUHARTO, Sugeng. Samisake Program is Improving the Economic Capabilities of Urban Poor in Bengkulu City, Indonesia. *Braz. J. Pub. Pol'y*, v.12, p.489, 2022.
- SUHARYANTO, Suharyanto *et al.* Small Islands as Centers of Economic Growth in Indonesia's Border Areas: Review of Technical, Social and Economic Aspects. *Buletin Ilmiah Marina Sosial Ekonomi Kelautan Dan Perikanan*, v. 6, n. 1, p. 73-84, 2020.
- SURATMAN, Eddy. The Impact of Border Area Development Policy on West Kalimantan's Economic Performance: Simulation Analysis with the Social-Economic Balance System Approach. *Jurnal Ekonomi dan Pembangunan Indonesia*, v. 5, n. 1, p. 35-60, 2004.
- TIRTOSUDARMO, Riwanto. Talking about Marginalized Communities in Indonesia. *Jurnal Masyarakat Dan Budaya*, 2020.
- WU, Chung-Tong. Cross-border development in a changing world: Redefining regional development policies. *Contributions In Economics and Economic History*, v.2, p.21–38, 2001.

The cover features a photograph of a modern, white building with large glass windows and a prominent, abstract sculpture of a seated woman. The building is situated on a hillside with a large, curved walkway and a green lawn. In the background, a tall, modern skyscraper is visible against a blue sky with scattered clouds. The foreground is filled with a vibrant field of pink and white flowers.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Reflexões sobre a economia circular e a logística reversa dos resíduos eletroeletrônicos: a concessão dos incentivos fiscais para cooperativas de reciclagem como eficiente instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável

Circular economy and reverse logistics for waste from electrical and electronic equipment: granting tax incentives to recycling cooperatives as an effective means to promote sustainable development

Joana D'Arc Dias Martins

Maria de Fátima Ribeiro

Mireni Oliveira Costa Silva

Reflexões sobre a economia circular e a logística reversa dos resíduos eletroeletrônicos: a concessão dos incentivos fiscais para cooperativas de reciclagem como eficiente instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável*

Circular economy and reverse logistics for waste from electrical and electronic equipment: granting tax incentives to recycling cooperatives as an effective means to promote sustainable development

Joana D'Arc Dias Martins**

Maria de Fátima Ribeiro***

Mireni Oliveira Costa Silva****

Resumo

Neste artigo, analisa-se a Economia Circular e como esse modelo econômico contribui para o desenvolvimento sustentável. Tratar-se-á da atuação estatal e como os incentivos fiscais, notadamente aqueles voltados para as cooperativas de reciclagem de resíduos sólidos eletroeletrônicos, pode induzir comportamentos socialmente responsáveis. Igualmente, busca-se demonstrar a incidência ou não do ICMS nos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Ceará, e suas políticas de incentivos fiscais para reciclagem desses resíduos. Por fim, conclui-se que, embora o ordenamento jurídico brasileiro acolha o princípio do desenvolvimento sustentável, e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) preconize a obrigação dos entes federativos traçar políticas de incentivos fiscais para a gestão desses resíduos, nos Estados investigados, tal política é incipiente e não específica para o processo de seu reaproveitamento, sendo insuficiente para a demanda da Economia Circular na perspectiva global de sustentabilidade. A pesquisa realizada foi bibliográfica e documental, com respaldo nos métodos transdisciplinar e sistêmico de análise.

Palavras-chave: Incentivos fiscais. Resíduos sólidos. Sustentabilidade. Economia circular. Eletroeletrônicos.

Abstract

In this article, the Circular Economy is analyzed and how this economic model contributes to sustainable development. It will deal with state action and

* Recebido em: 05/08/2021
Aprovado em: 20/09/2023

** Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR – Marília - São Paulo (Brasil). Especialista em Direito Público pela Ulbra, campus de Ji-Paraná/RO e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ensino Superior da Amazônia e Centro de Atualização e Estudos Jurídicos de São Paulo. Promotora de Justiça do Estado do Acre.
E-mail: joanamartins.ac@gmail.com.

*** Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Pós Doutora em Direito Fiscal pela UL – Lisboa, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR – Marília – São Paulo (Brasil).
E-mail: professoramariadefatimaribeiro@gmail.com.

**** Especialista em Direito Processual Civil pela Escola do Ministério Público do Mato Grosso; Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho; Especialista em Poder Judiciário e Atividades de Oficiais de Justiça da Faculdade Integrada AVM; Graduada em Direito e Licenciada em Pedagogia pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).
E-mail: mirenicosta@gmail.com

how tax incentives, especially those aimed at recycling cooperatives for electronic solid waste, can induce socially responsible behavior. Likewise, it seeks to demonstrate the incidence or not of ICMS in the States of São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais and Ceará and their tax incentive policies for recycling this waste. Finally, it is concluded that, although the Brazilian legal system embraces the principle of sustainable development, and the National Solid Waste Policy (PNRS) advocates the obligation of federative entities to draw fiscal incentive policies for the management of these wastes, in the States investigated, such policy is incipient and not specific to the process of its reuse, being insufficient for the demand of the Circular Economy in the global perspective of sustainability. The research carried out was bibliographical and documentary, supported by transdisciplinary and systemic methods of analysis.

Keywords: Tax incentives. Solid waste. Circular economy. Electronics. Tax incentives. Sustainability.

1 Introdução

A partir da década de 1970, a Economia Circular (EC) surge como uma alternativa viável ao modelo de economia linear, cujo objetivo é propor uma economia comprometida com os processos sustentáveis de produção e com a possibilidade de reuso e reciclagem de resíduos.

A globalização econômica, financeira e o avanço tecnológico digital alteraram, de forma significativa, o modo de produção para atender as demandas por novos e mais avançados produtos. Em decorrência dessas alterações, que ocorreram não somente no Brasil, mas, em vários países, uma grande quantidade de resíduos, bem como escassez de matéria-prima.

A exigência de um modelo mais sustentável de economia ganhou maior destaque a partir de ações promovidas pela *Ellen MacArthur Foundation*, bem como de recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o meio ambiente. Algumas agendas foram criadas nesse sentido e ganharam a adesão de vários países, a exemplo da Agenda 2030.

A Constituição de 1988, contribuiu de maneira significativa para o despertar da consciência ecológica e do desenvolvimento sustentável com expressa previsão sobre a matéria em vários dispositivos e, a partir de então, diversas legislações infraconstitucionais ganharam destaque, a exemplo da Lei n.º 12.305/10, que traçou os desafios da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

Ao se tratar, especificamente, sobre a EC e a logística reversa dos resíduos eletroeletrônicos, objeto imediato deste artigo, deve-se lembrar que, com a sua adoção, haveria uma considerável redução da pressão ambiental — dado a reinserção de resíduos no ciclo produtivo, minimizando a extração de matéria prima e os impactos causados pela disposição inadequada de resíduos no meio ambiente —, além de representar um modelo de negócio sustentável e lucrativo, possibilitando o reaproveitamento dos resíduos sólidos eletroeletrônicos de alto valor comercial.

Nessas tintas, a importância do estudo realizado justifica-se nas problemáticas levantadas, quais sejam: a concessão de incentivos fiscais para cooperativas de reciclagem de resíduos sólidos eletrônicos poderia induzir a uma maior adesão a esses comportamentos socialmente responsáveis? Qual o papel dessas cooperativas nesse cenário e, de fato, a sua contribuição é efetiva para minimizar a problemática envolvendo esse tipo de resíduo? Há no Brasil incentivos fiscais para a cadeia de resíduos eletroeletrônicos que possibilite viabilizar a implementação da EC para o setor? Qual a importância da logística reversa e da coleta seletiva para a EC?

Com base nessas premissas, e partindo-se do pressuposto de que, ao se valorizar os resíduos, a EC deixa de encará-los como “lixo” e os tornam importantes na cadeia produtiva, propôs-se a fazer uma reflexão acerca da importância da EC numa perspectiva para novos e sustentáveis modelos de negócios discutindo os aspectos legais da sustentabilidade, que é o seu foco principal, analisando-se as externalidades da logística

reversa e a coleta seletiva de resíduos sólidos de eletroeletrônicos para o *mindset* da EC, bem como abordaram-se alguns aspectos da PNRS e da Política Tributária para os resíduos sólidos, tratando da incidência do ICMS nos Estados de São Paulo (SP), Santa Catarina (SC), Rio de Janeiro (RJ), Minas Gerais (MG) e Ceará (CE).

A escolha desses Estados justifica-se pelo fato de que a pesquisa realizada indicou que, embora haja políticas estaduais de resíduos sólidos em outros Estados do país, nesses apontados ela já está mais consolidada, com programas para coleta seletiva e reciclagem.

Para tal desiderato, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental com respaldo, principalmente, da *Ellen MacArthur Foundation* e de autores como Weetman, Sachs, Silva Filho e Soler, Pace dentre outros. Considerando que essa pesquisa envolve uma multiplicidade de temas e ciências, que transcendem em muito o conhecimento puramente jurídico, notadamente na seara econômica, ambiental e social, empregou-se, como método de abordagem, a análise transdisciplinar e sistêmica, visando ter uma visão como um todo dos assuntos que serão abordados.

2 Reflexões sobre a cadeia produtiva rumo ao desenvolvimento sustentável: transição de um sistema econômico linear para um sistema circular

Do ponto de vista planetário, não há jogar lixo fora, porque, simplesmente, não existe “fora”. É preciso que o ser humano se conscientize que a Terra é o lar de todos, e, como tal, precisa ser compreendida.

O conceito de cadeia produtiva — definido como um conjunto de atividades que contemplam, desde a produção até o consumo final de um produto — retrata, em parte, o atual modelo linear de produção, caracterizado por um sistema de produzir, utilizar e descartar, em que todos os produtos atingem, eventualmente, um estatuto de “fim de vida útil”.

Esse modelo de produção é reconhecidamente prejudicial para a sustentabilidade das sociedades modernas, dado que o consumo de recursos é significativamente elevado em relação à capacidade de o meio ambiente suprir essa demanda. Assim, o tradicional modelo linear de economia enfrenta desafios cada vez maiores, provenientes do próprio contexto que opera, dentre os quais podem ser apontadas as perdas econômicas, sobretudo ligadas ao desperdício, riscos de preços e escassez da oferta¹.

Muito embora, nessa temática, ainda não se tenha logrado firmar indicadores absolutos, tampouco soluções definitivas, já é um consenso mundial no sentido de que a relação entre a economia e o meio ambiente deve adquirir foros de centralidade, sendo improrrogável que se repense a forma de produção e de consumo praticada desde a Revolução Industrial.

Com efeito, em pouco mais de duzentos anos, o império do baixo custo, alto consumo e produção em escala fez com que o planeta tivesse seus recursos naturais avidamente consumidos e fosse alvo de desenfreada poluição e transformações irreversíveis.

À vista disso, há uma crescente pressão da sociedade por uma gestão ambiental mais sustentável e responsável, e, como corolário, a criação de novos contornos para a produção, circulação e consumo de bens tornou-se uma imposição do próprio cenário atual, cujas tragédias vivenciadas são prenúncios de um iminente colapso.

¹ EMF – ELLEN MACARTHUR FOUNDATION. *Rumo a Economia Circular: O Racional de Negócio para Acelerar a Transição*. EMF, 2015.

Com essa mudança de paradigmas de um sistema futuro, a noção de EC vem atraindo, cada vez mais, atenção nos últimos anos, e propõe um novo modelo de sociedade que priorize a otimização dos materiais, energias e resíduos buscando a eficiência do uso desses recursos, possibilitando a conversão dos resíduos cada vez mais em matérias-primas.

O objetivo é preservar e reforçar a importância do capital natural, passando pela otimização no uso dos recursos naturais, diminuição dos descartes e, por fim, pelo gerenciamento dos fluxos renováveis e não renováveis. Dessa forma, a economia linear pode ser convertida na EC se considerar a relação entre: o uso de recursos naturais e a geração de resíduos ao longo da cadeia produtiva².

Enfim, a EC reúne ações para prolongar a vida útil de produtos e materiais, contribuindo para a redução da pressão ambiental, dada a reinserção de resíduos no ciclo produtivo, minimizando a extração de matéria prima e os impactos causados pela disposição inadequada de resíduos no meio ambiente. Os produtos podem ser recuperados após passarem por um ciclo de restauração. Além disso, deve-se considerar que se trata de um modelo de negócio sustentável e lucrativo, apto, inclusive, a atrair incentivos fiscais. São justamente essas vertentes que serão melhor desenvolvidas nos tópicos que se seguem.

2.1 Economia Circular: perspectivas para novos e sustentáveis modelos de negócios

Precipuamente, a partir da Revolução Industrial, houve um incremento acelerado da produção, atingindo níveis nunca imaginados e, conseqüentemente, do consumo, que passou a ser incentivado, pois não adiantaria produzir muito se não houvesse pessoas dispostas a consumir mais e rapidamente aqueles produtos que eram diariamente despejados nos mercados. Por conseguinte, juntamente com essa revolução, desenvolveu-se, progressivamente, uma dinâmica sociedade de consumo, sobretudo incentivada por eficientes estratégias de *marketing*³.

Não bastasse isso, desde o início do século XXI, o consumo foi dinamizado no Brasil em função das políticas de distribuição de renda — à exemplo do Bolsa Família — e da capilarização de produtos de crédito para as populações de baixa renda, culminando com o aumento significativo do consumo de equipamentos eletroeletrônicos, especialmente nas áreas urbanas⁴.

Acrescidas às variáveis de expansão da renda familiar e do acesso ao crédito, o consumo teve seu crescimento associado, também, ao Encurtamento do Ciclo de Vida dos Eletroeletrônicos (EEE) — estratégia denominada obsolescência programada, que impõe limites artificiais ao tempo de vida útil dos produtos. Na esteira dos estudos de Moraes⁵, a obsolescência se apresenta de diversas formas. Quanto à qualidade, ela se refere a técnicas ou materiais de qualidade inferior, para reduzir a durabilidade do produto. Quanto à função, determinado produto torna-se ultrapassado com o lançamento de outro, ou de outros modelos do mesmo produto, para a execução das mesmas funções do antigo. Por fim, a obsolescência pode referir-se à desejabilidade do produto pelo consumidor, em virtude da sua aparência ou *design*.

² SAUVÉ, Sébastien; BERNARD, Sophie; SLOAN, Pamela. Environmental sciences, sustainable development and circular economy: Alternative concepts for trans-disciplinary research. *Environmental Development*, v. 17, p. 48-56, jan. 2016.

³ BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro, 1995.

⁴ SANTOS, Kauê Lopes dos. *Uma nova pobreza urbana: financeirização do consumo e novos espaços periféricos em São Paulo*. São Paulo: Alameda, 2017.

⁵ MORAES, Kamila Guimarães. *Obsolescência planejada de qualidade: fundamentos e perspectivas jurídicas de enfrentamento*. Florianópolis, 2014. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2014, p. 59.

Tal conjuntura contribuiu para a difusão de um modelo de economia linear, consubstanciado na errônea premissa da infinitude dos recursos naturais e de que todo dano ao meio ambiente seria reversível. Esse modelo, consoante Legnaioli⁶, tem gerado muitas externalidades negativas para a sociedade:

se colocássemos em uma balança as externalidades positivas e negativas produzidas pelos efeitos da economia linear; com certeza o peso maior seria das negativas. Elas incluem danos aos ecossistemas, redução na vida útil do produto e o desajuste com a demanda por produtos responsáveis.

Refletir sobre um sistema puramente linear é ter uma visão superficial e restrita à primeira função econômica do meio ambiente natural — figurar como fornecedor de recursos naturais ao processo produtivo. Ademais, não se pode desconsiderar que os rejeitos, provenientes desse modelo serão lançados no ambiente, tais como o dióxido de carbono e demais gases poluentes que são eliminados na atmosfera, contribuindo para as mudanças climáticas, além do esgoto produzido pelas cidades e indústrias, que segue para os rios e oceanos, bem como os resíduos sólidos, acumulados nos aterros sanitários⁷.

Pesquisando as recentes preocupações com a produção sustentável, evidencia-se que o modelo de economia linear se revela ultrapassado, podendo ser apontado como a causa imediata de impactos ambientais, muitas vezes irreversíveis, aos ecossistemas. Nesse contexto, em 2015, com a aprovação do Objetivo 12 da Agenda 2030 (ODS 12), a EC ganhou um especial destaque, priorizando os objetivos “3R”: reduzir, reutilizar e reciclar. Com isso, objetivava-se reincorporar os resíduos ao sistema de produção, acarretando alterações positivas nos índices de desenvolvimento social, econômico e ambiental.

Pensar em um processo que atenda, de forma mais acurada e pontual, a demanda por um produto mais limpo do ponto de vista de seu processo produtivo, que respeite o meio ambiente, a sustentabilidade e que atenda aos clamores de uma parte mais progressista de lideranças globais, bem como de organismos internacionais como a ONU, requer pensar, primordialmente, nas questões e também tensões geopolíticas e econômicas, porque essas medidas pleiteiam mudanças de rota, de paradigma de parte do processo e cadeia produtiva.

Dessa forma, surgiu, desde o final da década de 1970, como uma alternativa viável, a EC restaurativa, “baseada nos princípios de eliminação de resíduos e poluição, manutenção de produtos e materiais em uso e regeneração de sistemas naturais”. Essa modalidade de economia atende os apelos climáticos realizados e reafirmados nas últimas décadas, pois propõe um processo produtivo que “oferece benefícios ao nosso meio ambiente e saúde, o que, no fim, podem ser traduzidos como benefícios econômicos para a sociedade”⁸.

Portanto, pode-se dizer que a EC reúne ações para prolongar a vida útil de produtos e materiais, fazendo um uso mais eficiente de recursos naturais. A ideia é que os produtos podem ser recuperados depois de passar por um ciclo de restauração.

A EC tem suas raízes em algumas escolas de pensamento nos Estados Unidos, impulsionada por estudos promovidos por John T. Lyle, que criou o *Design Regenerativo*⁹; *Economia de Performance*¹⁰, liderada por Walter Stahel; *Cradle to Cradle*¹¹, criado pelo químico alemão Michael Braungart; *Ecologia Industrial*¹², apresentado nos estudos de Clift e Alwood; *Biomimética*¹³, estudo realizado por Janine Benyuys e a Blue

⁶ LEGNAIOLI, Stella. *Economia linear. o que é e porque é preciso mudar*. 2020, p. 1.

⁷ PEARCE, D. W.; TURNER, R.K. *Economics of natural resources and environment*. Londres: Harvester Wheasheaf, 1990.

⁸ MACARTHUR, Ellen. *O que é economia circular*. 2020, p. 1.

⁹ Modelos que poderiam ser aplicados em todos os sistemas, para além da agricultura.

¹⁰ A visão de uma economia em ciclos (ou economia circular) e seu impacto na criação de emprego, competitividade econômica, redução de recursos e prevenção de desperdícios.

¹¹ O *framework Cradle to Cradle* é focado no design para a efetividade em termos de produtos com impacto positivo e redução dos impactos negativos da comercialização através da efetividade.

¹² A *Ecologia Industrial* adota um ponto de vista sistêmico, projetando processos de produção de acordo com as restrições ecológicas locais, enquanto observa seu impacto global desde o início, e procura moldá-los para que funcionem o mais próximo possível dos sistemas vivos.

¹³ *Inovação Inspirada pela Natureza* define sua abordagem como uma “nova disciplina que estuda as melhores ideias da natureza e

Economy¹⁴, criada por Gunter Pauli. No entanto, “o precursor na implantação do conceito de EC foi a Alemanha, no ano de 1996, mediante a aprovação de uma lei de gestão das substâncias tóxicas e a gestão de resíduos em ciclo fechado”¹⁵, e acabou inspirando outros países a regularem a área de resíduos sólidos e todo o seu processamento, a exemplo da China, que acabou implementando a EC na perspectiva de diminuição dos recorrentes danos ambientais. Outro importante exemplo é a Holanda, que pretende “implementar uma economia totalmente circular até 2050”¹⁶.

Todas essas escolas de pensamento influenciaram, de modo decisivo, a criação e fomento desse novo modelo de Economia. No entanto, é possível afirmar que a crise econômico-financeira de 2008 implicou a redução drástica de recursos financeiros e naturais, principalmente para fomento dos processos produtivos, que reacenderam os debates sobre a EC, uma vez que ela aponta para a “possibilidade de criação de produtos de ciclos múltiplos de uso, reduz a dependência em recursos ao mesmo tempo em que elimina o desperdício”¹⁷, o que, além de otimizar os recursos e os ganhos, tende a abrir novas frentes de trabalho com a possibilidade de utilização de coleta seletiva dos materiais descartados.

A ideia da EC é amplamente difundida pela *Ellen MacArthur Foundation*. Essa fundação, com sede nos Estados Unidos, propõe a transição da economia linear para, gradativamente, o modelo de EC, que pode ser compreendido a partir de um diagrama que busca reconstruir todas as modalidades de capital, seja ele financeiro, social, manufatura ou humano.

O processo de produção no modelo de EC “assenta, portanto, num modelo que otimiza o fluxo de bens, maximizando o aproveitamento dos recursos naturais e minimizando a produção de resíduos. Esse modelo permite a maximização do valor econômico do produto”¹⁸.

Sob tal perspectiva, a EC apresenta algumas características específicas que lhe são muito peculiares, a exemplo da possibilidade de criação de modelos de negócios —principalmente na área dos eletroeletrônicos — “[...] que promovam compartilhamento, modelos de serviços e produtos reconicionados podem vir a oferecer aos usuários mercadorias de custo mais acessível, com mais valor e mais modernos”¹⁹, com reais chances de terem aumento no seu valor agregado, “grandes empresas podem explorar suas características de escala e de integração vertical como meio de impulsionar a abordagem circular para o *mainstream* dos negócios convencionais”²⁰, mediante a criação de produtos duráveis e provenientes de materiais sustentáveis; viabilidade de promoção da logística reversa e a observância da sustentabilidade nos processos produtivos.

2.2 A Gestão dos Resíduos Eletroeletrônicos (REEE)

Resíduos de Equipamentos eletroeletrônicos (REEE) ou simplesmente Lixo Eletroeletrônico (*e-waste* ou WEEE) são equipamentos que possuem, em suas partes internas, componentes elétricos e eletrônicos

então imita esses designs e processos para solucionar os problemas humanos”. Esse modelo se baseia em três princípios fundamentais: natureza como modelo, como medida e como mentora.

¹⁴ É um movimento *open source*, que reúne estudos de casos concretos, inicialmente compilados em um relatório homônimo e entregue ao Clube de Roma. Como afirma o manifesto oficial, “usando os recursos disponíveis em sistemas em cascataamento [...] os resíduos de um produto se tornam insumos para criar um novo fluxo de caixa”.

¹⁵ SEHNEM, S.; PEREIRA, S. C. F. Rumo à economia circular: sinergia existente entre as definições conceituais correlatas e apropriação para a literatura brasileira. IBEPES – Curitiba/PR. *RECADM*, v.18, n. 1, p. 35-62. 2019, p. 38

¹⁶ SCHIETTEKATTE, Nico; BAKKER, Ernst-Jan. Uma Holanda circular até 2050. *In: LUZ, Beatriz (org.). Economia circular Holanda-Brasil: da teoria à prática*. Rio de Janeiro: Exchange 4 Change Brasil, 2017, p. 15.

¹⁷ AZEVEDO, Juliana Laboissière de. *A economia circular aplicada no Brasil: uma análise a partir dos instrumentos legais existentes para a logística reversa*. p. 01-16. *In: XI Congresso Nacional de Excelência em Gestão*. ISSN1984 9354, p. 3.

¹⁸ LEITÃO, Alexandra. *Economia circular: uma nova filosofia de gestão para o séc. XXI*. *Portuguese Journal of Finance, Management and Accounting*, v. 1, n. 2, p. 149-171, sep. 2015, p. 159.

¹⁹ BANKS, Ian; PARKIN, Emma. *Uma economia circular no Brasil: uma abordagem exploratória inicial*. 2017, p. 13.

²⁰ WEETMAN, Catherine. *Economia circular – Conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019, p. 52.

responsáveis pelo seu funcionamento e que, por razões de obsolescência e impossibilidade de conserto, são descartadas pelos seus consumidores. Os exemplos mais comuns evocados são os produtos de informática, telefonia e televisores, mas equipamentos médicos, eletrodomésticos, brinquedos, sistemas de alarme, automação e controle estão incluídos no rol do REE.

Diante da popularização dos eletroeletrônicos e o aumento acelerado na produção de resíduos desses equipamentos, sobretudo a partir do início do século XXI, passou a ser objeto de análise e preocupação quanto aos variados impactos negativos que a sua gestão inadequada pode ocasionar ao meio ambiente e à saúde humana. Consequentemente, à medida que eles passaram a integrar os grupos dos resíduos perigosos e/ou dos resíduos sólidos, concomitantemente, a sua gestão passou a ser objeto de normatização.

Na seara internacional, os REEE ganharam atenção especial a partir da Convenção da Basileia, ocorrida em 1989 na Suíça. Ratificado em 1992, o Tratado da Convenção da Basileia tornou-se o marco internacional no que tange à movimentação e disposição de resíduos perigosos entre nações e, mais especificamente, entre as nações desenvolvidas e aquelas em desenvolvimento²¹. O Brasil foi um dos seus signatários, explicitando, internacionalmente, sua coerência diante da Constituição de 1988, na qual manifestou a necessidade de proteção ao meio ambiente, o combate à poluição e o direito de todos os brasileiros.

Conforme os levantamentos contidos no relatório Global *E-waste Monitor* 2017, no ano de 2016, estima-se que a produção desses resíduos supere os 52,2 milhões de toneladas em 2021 e chegue a 120 milhões em 2050, caso nenhuma mudança seja realizada nas dinâmicas atuais de produção, consumo e descarte de EEE²².

O relatório revela que apenas 20% dos REEE são processados de forma adequada, de modo que os 80% restantes seriam comercializados, despejados e manuseados em condições de ilegalidade e informalidade, sobretudo em cidades localizadas no Sul Global²³. A gestão inadequada desse tipo de resíduo pode ser extremamente nociva ao meio ambiente e à saúde humana, dado que muitos EEE possuem elevada concentração de substâncias tóxicas em sua composição, como arsênio, cádmio, chumbo, cobre, mercúrio, zinco, dentre outros²⁴.

De outro modo, a reciclagem de REEE — comumente denominada mineração urbana — pode ser entendida também como uma manifestação da chamada logística reversa. Mesmo considerando que muitos ajustes normativos e técnicos devam ser feitos para o seu melhor aproveitamento, calcula-se que esses resíduos possam gerar uma economia de aproximadamente 65 bilhões de dólares por ano. Os recursos naturais que possuem as maiores taxas de reciclagem (acima dos 50%), quando obtidos a partir dos REEE, são: alumínio, titânio, cromo, manganês, ferro, cobalto, níquel, cobre, zinco, nióbio, paládio, prata, estanho, rênio, platina, ouro e chumbo²⁵.

Nesse contexto, juntamente à logística reversa, ressalta-se a potencialidade da reciclagem de REEE para o desenvolvimento da EC, cuja premissa é empregar o reuso e a reciclagem de resíduos — especialmente recursos minerais — no próprio processo de manufatura, estabelecendo, assim, uma cadeia produtiva fechada e não linear. Esse tema será mais bem desenvolvido no capítulo 3.

²¹ BASEL CONVENTION. *Basel Convention on the control of transboundary movements of hazardous wastes and their disposal*. 1989.

²² BALDÉ, C. P., et. al. *The Global E-waste Monitor – 2017*, Bonn/Geneva/Vienna: United Nations University (UNU), International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA), 2017.

²³ UNEP. United Nations Environment Programme. 2015. *Chemicals and waste*.

²⁴ HUANG, J. et. al. E-waste disposal effects on the aquatic environment: Accra, Ghana. *Reviews of Environmental Contamination and Toxicology*. Volume 229, 2014, p.19-34.

²⁵ PACE. Platform for Accelerating the Circular Economy. 2019. *A new circular vision for electronics*. Time for a global reboot.

2.3 Aspectos legais sobre a sustentabilidade: foco principal da Economia Circular

A despeito da sua importância, a preocupação com o desenvolvimento sustentável é fenômeno relativamente recente na história da humanidade. Segundo Ana Maria Nusdeo²⁶, é possível apontar a década de 1960 como marco inicial das discussões sobre a economia e o meio ambiente, em que algumas publicações chamavam a atenção para a tendência de esgotamento de recursos naturais, dentre elas: *The tragedy of commons*, de Garret Hardin²⁷ e *Limits to Growth*, estudo encomendado pelo Clube de Roma e coordenado por Meadows *et al.*²⁸. Portanto, seu nascedouro está ligado à contradição entre crescimento econômico e meio ambiente, sobretudo a crescente degradação ecológica provocada pelos processos econômicos das nações ricas e industrializadas, além da pobreza, que, associada ao aumento populacional, estaria levando à deterioração do meio ambiente.

A criação de um direito ao desenvolvimento sustentável acabou sendo construída e moldada com base em um conjunto de documentos de projeção internacional, com destaque para a Declaração de Estocolmo, de 1972 e, finalmente, pelo Relatório *Brundtland*.

Em 1987, na Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD), também conhecida como *Comissão de Brundtland*, presidida pela primeira-ministra e médica norueguesa Gro Harlem Brundtland, no processo preparatório para a Conferência das Nações Unidas, “Eco-92”, desenvolveu-se o relatório “Nosso Futuro Comum” (*Our Common Future*), contendo importantes informações colhidas pela comissão ao longo de três anos de pesquisa e análise. Nesse relatório, consta a definição mais difundida do conceito de desenvolvimento sustentável, que seria aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades. A partir do relatório, estabeleceu-se que a busca pelo desenvolvimento econômico precisava conciliar mecanismos que também assegurassem o desenvolvimento social e a proteção ambiental, de modo a garantir que a satisfação das necessidades presentes não compromettesse o direito das gerações futuras de usufruírem dos mesmos benefícios.

Conforme Sachs²⁹, “o desenvolvimento sustentável é um conceito fundamental para a nossa época. É ao mesmo tempo uma maneira de compreender o mundo e um método para resolver os problemas globais”. E é nessa perspectiva que se insere a EC e todos os processos a ela inerentes.

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a ONU realizou a mais importante conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), oportunidade em que os 176 países participantes ratificaram o conceito de desenvolvimento sustentável, elaborado pelo Relatório *Brundtland*. Entre os principais documentos formalizados naquela ocasião, estão a Carta da Terra e a Agenda 21 — um plano de ação para adoção do desenvolvimento sustentável em todos os países.

Não obstante os debates sobre as relações entre o meio ambiente e desenvolvimento no cenário das negociações internacionais, a presença da proteção ambiental como um dos Princípios da Ordem Econômica — art. 170, inciso VI, combinado com o *caput* do art. 225 — que faz referência ao elemento intergeracionalidade, característico do conceito de desenvolvimento sustentável, permite a conclusão da adoção do Princípio do Desenvolvimento Sustentável pela Constituição de 1988³⁰.

Do mesmo modo, o art. 3.º, ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelece, em seu inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional como sendo um dos seus propósitos. De

²⁶ NUSDEO, Ana Maria. *Direito ambiental e economia*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 54.

²⁷ HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dec. 1968.

²⁸ MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. São Paulo: Perspectiva AS, 1973.

²⁹ SACHS, Jeffrey D. *A era do desenvolvimento sustentável*. Lisboa-Portugal: Actual Almedina, 2017, p. 11.

³⁰ NUSDEO, Ana Maria. *Direito ambiental e economia*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 83.

uma simples leitura desse dispositivo, depreende-se que o constituinte elencou como objetivo fundamental da República brasileira não o simples desenvolvimento econômico, tido como sinônimo de crescimento econômico, mas, sim, o desenvolvimento nacional, bem mais amplo e abrangente que aquele, cujo objetivo fundamental não se restringe a um mero crescimento econômico, mas, acima de tudo, envolve o desenvolvimento de toda a nação brasileira.

Perfilhando entendimento análogo, Anjos Filho³¹ assevera que:

[...] desenvolvimento nacional não pode ser confundido com o mero crescimento econômico do país. O desenvolvimento, em termos constitucionais, vai além, não podendo ser dissociado da dignidade da pessoa humana nem tampouco dos demais objetivos fundamentais, para cuja realização pode contribuir decisivamente. Tanto é assim que a ordem econômica, pela qual a riqueza é gerada, tem como finalidade constitucional assegurar a todos uma existência digna. Isso tudo conforme os ditames da justiça social e observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

O reconhecimento do desenvolvimento sustentável como um princípio constitucional já vem sendo adotado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde 2006, a partir da decisão proferida na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540/DF³². Conforme Luís Roberto Barroso³³, concluir pela caracterização do Princípio Constitucional do Direito ao Desenvolvimento Sustentável reforça sua aplicação, visto serem os princípios constitucionais a síntese dos valores principais da ordem jurídica, ou ainda, as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema.

Alinhado a esse mesmo entendimento, Gabriel Wedy³⁴ vem sustentando a tese de que o desenvolvimento sustentável, além de um princípio constitucional, seria também um direito humano e fundamental, compreendido como um direito em sentido amplo. Isso porque, como é o caso dos direitos fundamentais em geral, possui tanto uma dimensão subjetiva quanto uma dimensão objetiva, decodificando-se em um conjunto de posições subjetivas (direitos subjetivos) e deveres objetivos (deveres de proteção estatal e deveres fundamentais das pessoas).

Não é por outro motivo que o desenvolvimento sustentável, além de configurar um princípio constitucional, também se encontra presente em diversas normas infraconstitucional, com especial destaque — dado o recorte que se busca fazer nesta pesquisa — para a Lei n.º 12.305/10, que instituiu a PNRS.³⁵ Ao afirmar, em seu art. 3º, que, na gestão dos resíduos sólidos, deve haver compatibilização das ações com as dimensões econômica, ambiental e social, a Lei acolhe, expressamente, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, o qual deve ser sempre considerado na formulação e na execução das políticas públicas e nas decisões judiciais e administrativas.

Ademais, a apontada Lei estabelece princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão e o gerenciamento dos resíduos sólidos, as responsabilidades dos geradores, do Poder Público e dos consumidores, bem como os instrumentos econômicos aplicáveis. Ela consagra um longo processo de amadurecimento de conceitos, tais como: princípios da prevenção e precaução, poluidor-pagador, ecoeficiência, responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, reconhecimento do resíduo como bem econômico e de valor social, direito à informação e ao controle social.

Portanto, não remanesce dúvida de que pensar na sustentabilidade como uma acepção desse modelo de desenvolvimento, assinalado na Constituição Federal, é medida que se impõe para responder às demandas

³¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271-272.

³² ADI-MC-3540/DF (publicado em 3.2/2006 – Relator Celso de Mello)

³³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

³⁴ WEDY, Gabriel. *O Princípio Constitucional da Precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e dos desastres)*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

³⁵ O art. 6º, IV, traz como um de seus princípios o desenvolvimento sustentável.

da sociedade global e intergeracional, pois, de um lado, há governantes que representam uma ala mais conservadora da sociedade e, de outro lado, governantes mais “progressistas”, com uma visão mais totalizante dos fenômenos que envolvem a vida humana, o ecossistema, a fauna e flora.

Não se pode também olvidar que, em 2015, 193 representantes dos Estados-membros da ONU aprovaram, por unanimidade, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, estabelecendo 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas que coordenariam as ações nos próximos 15 anos, englobando os três pilares do desenvolvimento.

Considerado pelo Secretário-Geral da ONU como “Nossa Declaração Global de Interdependência”, o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” é um compromisso dos países em tomar medidas mais dinâmicas para erradicar a pobreza e viabilizar ações de desenvolvimento sustentável em escala mundial. Suas metas e objetivos são claros, de modo que todos os Estados possam adotá-los de acordo com suas prioridades e trabalhar em uma parceria mundial, buscando as mudanças necessárias para melhorar a vida das pessoas agora e no futuro³⁶ (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Entre os importantes objetivos estabelecidos na Agenda 2030, o “Objetivo 12”, previsto como um de seus ODS, referente às recomendações para orientar políticas em defesa dos direitos humanos e do meio ambiente até 2030, pode ser apontado como primordial, em se tratando do estudo acerca do desenvolvimento sustentável e sua relação com o consumismo e o aumento da degradação ambiental. O referido objetivo, que traz como tema “Consumo e Produção Responsáveis”, intenta reduzir pela metade o desperdício de alimentos *per capita* mundial, alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e de todos os resíduos e reduzir, substancialmente, a geração de resíduos por meio de prevenção, redução, reciclagem e reuso, entre outros.

Nesse sentido, resta evidenciada a necessária interpretação das normas constitucionais, voltadas para a promoção da sustentabilidade em todas as dimensões, como uma medida horizontalizada, que possibilite a sua aplicação nas vivências empresariais, ambientais, sociais, econômicas e políticas, com o apoio da logística reversa e da coleta seletiva previstas na PNRS.

Por fim, não se pode desconsiderar que a Carta Magna, consoante determinação contida no art. 170, inciso VI, combinado com o artigo 225, atribuiu responsabilidade ao Poder Público para estimular a redução do impacto ambiental, pelo que poderá valer-se de diversos instrumentos, dentre eles, a tributação ecologicamente dirigida. Por conseguinte, considerando a importância da logística reversa e da coleta seletiva para a EC, que intentam fomentar um modelo econômico não destrutivo, mais sustentável e promotor de justiça social, incentivos fiscais podem ser concedidos para a cadeia de resíduos eletroeletrônicos, de maneira a viabilizar a implementação da EC para o setor, cujo escopo seria exatamente fomentar modelos de negócios sustentáveis, para enfrentar, com sucesso, um mercado cada vez mais competitivo e com maiores demandas ecológicas e sociais.

3 As externalidades (positivas) da logística reversa e da coleta seletiva de resíduos sólidos de eletroeletrônicos para o *mindset* da Economia Circular

A EC, como já mencionada, apresenta a possibilidade de promover uma mudança de paradigma nos tradicionais modelos de negócios e na forma de pensar esses negócios. Ou seja, significa a possibilidade de se “apresentar todo o sistema das relações econômicas como uma longa estrada que faz um grande círculo

³⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. 2015.

e volta ao ponto de partida”³⁷. Em concreto, “a transição para uma Economia Circular redireciona o foco para a reutilização, reparação, renovação e reciclagem dos materiais e produtos existentes”³⁸.

À vista disso, esse modelo de negócio guarda uma estreita relação com as premissas do desenvolvimento sustentável, visto que o destino dos materiais não permeia apenas o gerenciamento dos resíduos. Isso decorre porque a ideia é que o valor dos recursos que um dia foi extraído e, por fim, produzidos, sejam mantidos num processo cíclico de cadeias produtivas integradas, eliminando o conceito de resíduo e enxergando-o como uma fonte energética renovável, capaz de preservar e transmitir valor³⁹.

Os avanços tecnológicos, em especial os aplicados aos aparelhos eletroeletrônicos (EEE), têm ocorrido de forma célere para atender as necessidades da globalização e do apelo do mercado, diminuindo o ciclo de vida dos produtos e, geralmente, ampliando o consumo desenfreado, além do descarte em demasia e em locais inadequados, sem a menor preocupação com a degradação do meio ambiente e sem o respeito às normas existentes acerca do tema.

A chamada modernização e inovação, principalmente na área eletrônica, chama a atenção de consumidores, ávidos por novidades e as facilidades que ela proporciona, tanto no mundo dos negócios, do trabalho como nas relações sociais de modo geral, encurtando distâncias, principalmente em momentos em que o trabalho *home office* ganha destaque. Nada obstante, a obsolescência programada tem chamado a atenção quando o assunto está relacionado à área dos eletrônicos.

Contudo, diferentemente do que ocorre na Europa e nos Estados Unidos, onde a maior parte dos bens de consumo é importada, no Brasil, “o setor de EEE tem alto valor agregado, sendo um dos setores mais inovadores da economia brasileira”⁴⁰, além dos incentivos fiscais que o setor recebeu do governo federal, contribuindo para o elevado índice da produção de eletroeletrônicos e o estímulo ao seu consumo em larga escala.

Esse processo acelerado de produção em larga escala, inspirado no modelo de economia linear, primando pela extração de recursos naturais como matéria prima, produção, consumo e descarte, tem gerado, como já demonstrado, grande preocupação. Os elevados índices de resíduos levaram o Brasil, bem como outros países, a criar legislações específicas sobre uma política de resíduos sólidos.

No Brasil, a Lei n.º 12.305/10, fruto de duas décadas de discussões no poder legislativo, instituiu a PNRS, trazendo, em seu art. 3º, os conceitos de coleta seletiva e logística reversa. O inciso V assegura que a coleta seletiva é a “coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição” e o inciso XII afirma que a “logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”. Essa Lei trouxe para o cenário nacional uma discussão necessária acerca dos resíduos sólidos e de todos os processos que os envolvem. Ela definiu, ainda, em seu art. 8º, III, a coleta seletiva e a logística reversa como um de seus instrumentos.

Assim, restou consignado que os fabricantes, importadores, distribuidores e os comerciantes, por força do art. 33, VI da referida Lei, estão obrigados a estruturar e implementar sistema de logística reversa dos produtos EEE e seus componentes, ou seja, cumprir todas as etapas do processo de produção e materiais. Depreende-se, por conseguinte, que a PNRS é uma grande incentivadora da logística reversa e da coleta seletiva. Ademais, não há dúvida que tanto a implementação da logística reversa quanto da coleta seletiva

³⁷ LEONTIEF, W. (2007). A economia como processo circular [tradução José Antonio Ortega & Antonio Cláudio Sochaczewski]. *Revista Economia Contemporânea*, 11(1), 119-176, jan./abr., p. 129.

³⁸ SIMÕES, Ana Filipa Batista Seabra. *Economia circular na indústria cerâmica*. Proposta de classificação do resíduo “caco cozido como subproduto”. Coimbra: Instituto Politécnico de Coimbra. Escola Superior Agrária de Coimbra, 2017, p. 1516.

³⁹ WEBSTER, K. *The Circular Economy: A wealth of flows*. Isle of Wight. 2015. Ellen MacArthur Foundation.

⁴⁰ BANKS, Ian; PARKIN, Emma. *Uma economia circular no Brasil: uma abordagem exploratória inicial*. 2017, p. 1.

propiciam externalidades positivas para as empresas, em especial àquelas que adotam o modelo de EC, bem como para a própria sociedade.

Com base nessa hipótese, a logística reversa é imprescindível nos processos produtivos da EC, uma vez que ela:

prima pela coleta e restituição dos resíduos para a indústria, a fim de que possam ser reintroduzidos na cadeia de produção ou reaproveitados; — Atribui responsabilidade compartilhada entre fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e dos titulares de serviços públicos e de limpeza urbana para destinos reversos de embalagens e produtos; — Foca no reaproveitamento; — Produtos são reciclados e remanufaturados pelos fabricantes⁴¹.

Ainda, segundo o estudo realizado por Sehnem e Pereira, a logística reversa promove inúmeras externalidades positivas, a exemplo da reciclagem, a gestão mais eficiente dos resíduos, bem como sua eliminação, a possibilidade do reuso de materiais, maior eficácia no uso dos recursos, maior adesão aos mecanismos legais, enfim, o seu uso possibilitará a implementação da EC de modo mais eficiente, contribuindo, decisivamente, para a implementação de um verdadeiro desenvolvimento sustentável.

O relatório da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial — Logística Reversa de Equipamentos Eletroeletrônicos — Análise de Viabilidade Técnica e Econômica, conceitua os EEE como sendo os produtos que dependem de condução elétrica ou de campos eletromagnéticos e os classifica em quatro linhas:

linha branca: geladeira, fogões, lavadoras de roupa e louça, secadoras, condicionadores de ar; Linha Marrom: monitores e televisores de tubo, plasma, LCD e LED, aparelhos de DVD e VHS, equipamentos de áudio, filmadoras; Linha Azul: batedeiras, liquidificadores, ferros elétricos, furadeiras, secadores de cabelo, espremedores de frutas, aspiradores de pó, cafeteiras; Linha Verde: computadores desktop e laptops, acessórios de informática, tablets e telefones celulares⁴².

Consoante o relatório, ao término da vida útil, esses produtos passam a ser considerados como sendo Resíduos de Equipamentos Eletroeletrônicos (REEE), os quais devem ser tratados conforme a PNRS, implementada pela Lei n.º 12.305/10, e pelas legislações nos âmbitos dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser manuseados via logística reversa e coleta seletiva.

Inegável que a logística reversa e a coleta seletiva dos resíduos sólidos, em especial dos EEE, além de promover benefícios para o meio ambiente, apresenta a possibilidade concreta de servir de alternativa viável de ganhos para a indústria do setor, uma vez que:

os números em relação à produção de lixo eletrônico crescem a cada ano, em todo o mundo são 53 milhões de toneladas de lixo eletrônico por ano, composto de todo tipo de aparelhos, como celulares, computadores, geladeiras e células fotovoltaicas, afirma o mais recente estudo sobre o tema, apresentado pela Universidade das Nações Unidas⁴³.

Em complemento, esse estudo afirma, ainda, que todo esse lixo poderia gerar o valor estimado em 57 bilhões de dólares. Malgrado, somente uma pequena parcela dessa riqueza em potencial é reciclada e, de 7% a 20%, acaba sendo exportado de forma ilegal para outros países.

O volume de resíduos eletrônicos cresce no mundo, “um recorde de 53,6 milhões de toneladas métricas (Mt) de resíduos eletrônicos foi gerado em todo o planeta em 2019, o que representa um aumento de 21% em apenas cinco anos, de acordo com o Global E-waste Monitor 2020 das Nações Unidas”⁴⁴. Esses dados, segundo a ONU, dificultam o cumprimento dos Objetivos e Metas de Sustentabilidade da Agenda 2030.

⁴¹ SEHNEM, S.; PEREIRA, S. C. F. Rumo à economia circular: sinergia existente entre as definições conceituais correlatas e apropriação para a literatura brasileira. IBEPES – Curitiba/PR. *RECADM*, v.18, n. 1, p. 35-62. 2019, p. 55.

⁴² BRASIL. Governo Federal. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Logística Reversa de Equipamentos Eletroeletrônicos – Análise de Viabilidade Técnica e Econômica*. Brasília: MDICE, 2013, p. 17.

⁴³ WELLE, Deutsche. *Montanha de lixo eletrônico não para de crescer no mundo*. 2020, p. 1.

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Volume de resíduos eletrônicos aumenta mais de 21% em 5 anos no mundo*. 2020, p. 1.

Trilhando caminho análogo, o relatório *The Global E-waste Monitor 2020*, das Nações Unidas, publicado em julho de 2020, aponta que, no panorama da EC, esse lixo eletrônico poderia representar uma fonte muito rica de matérias-primas secundárias:

dentro do paradigma de uma Economia Circular, a mina de lixo eletrônico deve ser considerada uma importante fonte de matérias-primas secundárias. Devido a questões relacionadas à mineração primária, flutuações de preços de mercado, escassez de materiais, disponibilidade e acesso a recursos, tornou-se necessário melhorar a mineração de recursos secundários e reduzir a pressão sobre materiais virgens. Ao reciclar o lixo eletrônico, os países poderiam pelo menos mitigar sua demanda de materiais de uma forma segura e sustentável. Este relatório mostra que, globalmente, apenas 17,4% do lixo eletrônico está documentado para ser formalmente coletado e reciclado. As taxas de coleta e reciclagem precisam ser melhoradas em todo o mundo⁴⁵.

À vista disso, pensar no resíduo sólido EEE e no seu processo dentro da EC é pensar em redução de matéria-prima que, em grande medida, provém de variados minérios, dentre eles muitos metais preciosos. Nessa perspectiva, a estimativa de perdas com o descarte desse material é muito elevada. Por outro lado, quando se opta pelo seu reuso, o ganho também é significativo, corroborando a ideia de que essa modalidade de Economia, além de contribuir com a preservação ambiental, promove, também, uma expectativa real de ganhos financeiros.

O relatório aponta, ainda, que tanto a coleta seletiva quanto a reciclagem de lixo eletrônico têm potencial economicamente viável, principalmente por conter produtos com alta concentração de metais preciosos. Por conseguinte, se houvesse um maior investimento, principalmente incentivos fiscais direcionados para os processos de logística reversa, coleta seletiva, reciclagem e reuso desses produtos “descartados”, um volume enorme de matérias-primas secundárias poderia ser reintroduzido na cadeia produtiva de eletrônicos no Brasil, gerando riquezas e contribuindo para a manutenção do patrimônio natural.

Outrossim, o incentivo fiscal ambiental, além de voltar-se para a defesa do meio ambiente, a um só tempo, promove a inclusão social e o desenvolvimento econômico, potencializa as vantagens de sua concessão e contribui para sua aprovação no teste da proporcionalidade, já que a união de dois ou mais fins extrafiscais de relevo conferem maior tolerância à desoneração. É exatamente o que aconteceu no caso em apreço e que justifica a utilização desse instrumento econômico.

No entanto, a despeito da sua efetividade como instrumento de proteção ambiental e inclusão social — dado o seu forte poder de indução comportamental —, essa política tributária não vem sendo utilizada a contento no Brasil. Segundo bem ponderado por Henrique⁴⁶, para esse desiderato, deveria existir, no país, uma desoneração tributária no que tange ao resíduo descartado, dado ocorrer uma confusão tributária quando se trata de resíduos sólidos eletrônicos. Segundo o autor, a:

[...] política tributária têm que ampliar seu alcance para abordar mais tecnicamente os sistemas de logísticas reversas e se não há no momento como se adotar novas práticas tributárias, imediatamente para tais atividades com vistas aos benefícios ambientais e sociais oriundos destas, que sejam simplificados as normas existentes para garantir sua expansão e aprimoramento⁴⁷.

Tais medidas, caso venham a ser implementadas de modo efetivo, tendem a desonerar os processos da logística reversa, bem como influenciar toda a cadeia produtiva para os resíduos sólidos eletroeletrônicos. Logo, diante da sua eficácia, faz-se necessária a implementação de uma eficaz política de incentivos fiscais para os resíduos sólidos, em especial os destinados aos eletroeletrônicos, por serem altamente gravosos ao meio ambiente, dada a quantidade de metais que são utilizados para sua fabricação.

⁴⁵ FORTI, Vanessa; CORNELIS, Peter Baldé; RUEDIGER, Kuehr; GARAM, Bel. *The global e-waste monitor*. 2020, p. 58.

⁴⁶ HENRIQUE, Manoel de Almeida. *O impacto desnecessário do ICMS sobre a logística reversa*. 2018.

⁴⁷ HENRIQUE, Manoel de Almeida. *O impacto desnecessário do ICMS sobre a logística reversa*. 2018.

3.1 Incentivos fiscais para cooperativas de reciclagem de resíduos eletroeletrônicos: Instrumento de Promoção do Desenvolvimento Sustentável

A PNRS, estabelecida pela Lei n.º 12.305/2010 demonstrou ser um avanço para a regularização do manuseio dos resíduos sólidos em todos os níveis, notadamente por determinar a criação e implementação de sistemas de logística reversa para os resíduos EEE. Nessa senda, considerando a aplicação dessa legislação, por intermédio de políticas públicas, de tecnologia e os novos conceitos na área de manejo dos resíduos sólidos, a contribuição para o desenvolvimento econômico se traduzirá em desenvolvimento sustentável, meta que deve ser buscada pela administração pública e pela sociedade. Para esse desiderato, conforme destaca o artigo 44 da referida Lei, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências, poderão conceder incentivos fiscais, financeiros e creditícios, desde que, respeitadas as limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal.

As políticas públicas devem ser compreendidas como um conjunto de atuações do Poder Público, e não como meros atos isolados. Como esclarece Fábio Konder Comparato⁴⁸, toda política pública, como programa de agir, envolve uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos (pessoais, institucionais e financeiros), tais como leis, regulamentos, contratos e atos administrativos. Perfilhando entendimento correlato, Cristiane Derani⁴⁹ afirma que política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte, por eles realizadas destinadas a alterar as relações sociais existentes.

Além disso, o aumento significativo do consumo de produtos EEE está prejudicando a sadia qualidade de vida e o bem-estar dos cidadãos. Desse modo, juntamente às normas protetivas-repressivas, é salutar a análise da implementação de normas com caráter promocional, visando à redução da degradação ambiental. Para tanto, é crucial uma eficiente intervenção do Estado a fim de proteger direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, restando estabelecido que a tributação ambiental se mostra como um dos mais eficazes instrumentos para a consecução desse objetivo.

Nessas tintas, resta compreendido que, por meio do uso de incentivos fiscais, o Direito é capaz de direcionar a sociedade, de forma a promover a realização de condutas socialmente desejáveis. Assim, a função estatal deixa de ser exclusivamente protetora e repressiva, passando a assumir papel promocional, mais consentâneo com a realidade e mais eficaz em seus propósitos.

Outrossim, em sintonia com as determinações contidas no Art. 170, inciso VI, c/c Art. 225, ambos da CF/88, é dever do Estado intervir na economia visando à proteção ambiental, e, para tal objetivo, ele poderá se valer de diferentes instrumentos, dentre os quais os tributos ecologicamente dirigidos, cujo objetivo é obrigar os agentes econômicos a suportar as externalidades negativas em razão de suas atividades econômicas poluidoras, e, por outro lado, e não menos importante, estimular por meio de incentivos fiscais, que os agentes econômicos desenvolvam comportamentos que não agridam o meio ambiente. Logo, denota-se que os incentivos fiscais concedidos às cooperativas de reciclagem de REEE se mostram como eficientes estímulos à indução de comportamentos socialmente responsáveis.

Explicitando essa possibilidade, o Art. 8º da Lei n.º 12.305/2010 estabelece, no inciso IX, que os incentivos fiscais, financeiros e creditícios são instrumentos da PNRS, entre outros mencionados no artigo em questão⁵⁰. Inere-se, por conseguinte, que o referido dispositivo possibilita aos entes federativos criarem

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.º 40, p. 72-73.

⁴⁹ DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, 41, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38314>. Acesso: 30 de jun. 2021. p. 22.

⁵⁰ Referido artigo destaca, também, a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, a educação ambiental entre

normas tendentes a ampliar às hipóteses de incentivos fiscais e creditícios voltados para as atividades de reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos produzidos no território nacional, para projetos relacionados à responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos — prioritariamente em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda — e para as empresas dedicadas à limpeza urbana e a atividades a ela relacionadas.

A respeito dos resíduos EEE, as associações, ou cooperativas de catadores desses materiais são fundamentais na sua gestão e gerenciamento, contribuindo para a redução e a quantidade, bem como para o potencial poluidor desses resíduos, seja impedindo o seu descarte em ambiente ou local inadequado — evitando possível contaminação ambiental pela disposição inadequada — ou reinserindo esses resíduos no ciclo produtivo, minimizando a extração de matéria prima. Além do reaproveitamento de uma riqueza em potencial, cujo destino estava fadado ao lixo.

Portanto, considerando a importância da reciclagem dos REEE, sobretudo ligada à proteção do meio ambiente e à geração de emprego e renda para os catadores — resgatando a dignidade dessas pessoas submetidas a situações insalubres e humanamente degradantes — ganha uma especial relevância as associações e cooperativas de catadores desses materiais. Corroborando esse entendimento, J. Amilton de Souza⁵¹ é enfático ao afirmar que:

a organização social dos catadores(as) em cooperativas e associações é uma realidade cada vez mais presente em inúmeras cidades brasileiras, as quais ajudam a colocar em debate a geração de emprego e renda e a questão ambiental dentro de toda a sua complexidade e diversidade, na medida em que reconstitui relações de solidariedade entre os trabalhadores e contribui para conservar e preservar a natureza.

Nesse diapasão, o Distrito Federal e os Municípios, responsáveis pela gestão integrada de resíduos sólidos urbanos produzidos em seus territórios, têm o dever de fomentar, direta ou indiretamente, a criação e o desenvolvimento de associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, restando estabelecido que os incentivos fiscais é um dos principais mecanismos para o cumprimento desse objetivo.

Enfim, conclui-se que as associações e as cooperativas de catadores de REEE são instrumentos fundamentais para o desenvolvimento sustentável do país, já que, além de gerarem emprego e renda a pessoas de baixa renda e socialmente marginalizadas — o que, por si só já justificaria sua existência — ainda são responsáveis por dar destinação ambiental correta a esses resíduos, de modo que o Estado, diante dessa destacada importância, tem o dever de promover criação e o desenvolvimento dessas entidades, sobretudo por meio dos incentivos fiscais, dado o seu forte poder de induzir comportamento ambientalmente responsável.

4 Apontamentos sobre a Política Nacional dos Resíduos Sólidos e a Política Tributária para os Resíduos Sólidos

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos — instituída pela Lei n.º 12.305/10 e regulamentada via Decreto n.º 7.404/10 — representa um marco regulatório deveras importante no trato dos resíduos sólidos no Brasil. “Esses diplomas normativos impuseram aos setores privado e público, bem como à sociedade, uma nova dinâmica de ações, medidas e procedimentos de gerenciamento ambientalmente adequado de resíduos sólidos”⁵². Amplamente debatida no cenário legislativo, essa Lei foi aprovada após muitas discussões, visto

outros instrumentos.

⁵¹ SOUZA, J. Amilton de. *Catadores de lixo: narrativas de vida, políticas públicas e meio ambiente*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011, p. 236.

⁵² SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019, p.22.

envolver interesses muitas vezes antagônicos e que não convergiam aos objetivos a que se propunha alcançar: de um lado, os interesses econômicos da indústria; de outro, os dos ambientalistas e dos organismos internacionais que pressionam os governos locais para preservarem o meio ambiente e promoverem ações que visem à sustentabilidade ambiental.

A Lei se aplica às pessoas física e jurídica de direito público ou privado, desde que responsáveis pela produção de resíduos sólidos. Diante do seu caráter interdisciplinar, ela não deve ser aplicada isoladamente, ao contrário, deve ter um olhar holístico e se coadunar com outros documentos jurídicos que dentro do ordenamento jurídico discutam temas ligados ao meio ambiente, a exemplo da Lei n.º 6.938/81, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente; da Lei n.º 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de atividades lesivas ao meio ambiente; da Lei n.º 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental; da Lei n.º 9.966/00, que aponta as normas estabelecidas nos Sistemas Nacional do Meio Ambiente, Vigilância Sanitária, Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária e Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; da Lei Complementar n.º 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal; da Lei n.º 10.650/03, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente; da Lei n.º 11.445/07, que trata das políticas de saneamento básico; e da Lei n.º 13.874/19, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica, dentre inúmeras outras que tratam de temáticas que tenham relação com o meio ambiente no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nessas tintas, a Lei se refere à responsabilidade compartilhada “pelo ciclo de vida dos produtos, em que todos são responsabilizados, direta ou indiretamente, pela gestão integrada de resíduos sólidos”⁵³, tanto o fabricante, o comerciante, quanto o poder público e o consumidor. Trata-se, portanto, de um sistema de colaboração para o enfrentamento dos problemas gerados pelos resíduos sólidos que, na visão de Silva Filho e Soler⁵⁴, agrega valor econômico e social, pois possui muito potencial para gerar trabalho, renda e, sobretudo, cidadania para as pessoas que lidam com esses materiais diariamente.

Os resíduos sólidos, embora tenham várias definições, podem ser compreendidos:

[...] como material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível⁵⁵.

Partindo dessa concepção, busca-se, por meio deste artigo, compreender como a Lei n.º 12.303/10 traçou, de forma abrangente e detalhada, a política de manejo desses resíduos, quais as obrigações de cada ente federativo, bem como das pessoas físicas e jurídicas, envolvidas diretamente nesse processo.

De uma detida análise de seu texto, observa-se que o manejo dos resíduos deve obedecer a todas as etapas de modo integrado — desde a indústria até o descarte do pós-uso — isso decorre porque não se trata, apenas, de resíduos no pós-uso, mas sim de uma compreensão mais abrangente, envolvendo o processo de fabricação do produto “além de considerar dimensões políticas, econômicas, ambiental, cultural e social, sendo executada sob controle social e com vistas ao desenvolvimento sustentável, o que reitera a necessidade de inclusão das vertentes social, ambiental e econômica”⁵⁶. Essas dimensões estão em consonância com

⁵³ CUNHA, Mateus Almeida. Gestão municipal dos resíduos sólidos: cenários e desafios. In: MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez. *Gestão dos resíduos sólidos: conceitos e perspectivas de atuação*. Curitiba: Appris, 2018, p. 46.

⁵⁴ SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019.

⁵⁵ SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019, p. 29.

⁵⁶ SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019, p. 36.

as legislações existentes em outros países e, também, atendem às diretrizes recomendadas por organismos internacionais.

Ao tratar da coleta seletiva, a Lei aponta para a necessidade de que ela se dê, de forma separada, para que não ocorra a contaminação dos materiais e inviabilização do seu aproveitamento de forma adequada, com o seu reuso e reciclagem, e esta passa a ter um conceito mais abrangente, no qual o processo de reciclagem precisará, necessariamente, incluir a transformação. Assim, a alteração de finalidades e propriedades de utilização como um novo produto, bem como a logística reversa, deixando de ser entendida apenas como um processo de retorno, de um ciclo reverso, para ter uma compreensão:

[...] que abrange as ações de devolução, coleta e retorno de resíduos para o processo produtivo, com vistas à sua valorização. A definição ainda preconiza que tal sistema objetiva promover o desenvolvimento socioeconômico — se assim não o fizer, perde sua sustentação — com expressa menção ao setor empresarial, para o qual devem ser direcionados os resíduos recolhidos pelos sistemas implementados⁵⁷.

Por outro lado, as empresas que têm por obrigação legal de implementar o sistema de logística reversa deverão fazê-lo recolhendo os resíduos produzidos por sua marca e/ou disponibilizando-os às cooperativas que trabalham com coleta seletiva e reciclagem. Nesse sentido, a Lei inova ao integrar as cooperativas como prestadoras de serviço para a política de logística reversa, ou ainda promovendo outra destinação, a depender de sua política interna.

Igualmente, a Lei aponta, ainda, o respeito às diferenças e desigualdades regionais quando os entes da federação forem tratar dos resíduos sólidos, sendo esse um aspecto muito importante a ser observado quanto à tributação que incide sobre os resíduos e as atividades a eles relacionadas. Segundo Rocha⁵⁸, para o direito tributário o resíduo acaba sendo classificado em subproduto, sucata ou lixo, e o subproduto pode ser compreendido como sendo a possibilidade da geração de novos produtos de forma natural, incidental e automática não planejada; a sucata, os materiais recicláveis por adaptação, conserto ou reparo e o lixo, o produto sem valor, com data de validade vencida e que será conduzido para aterro sanitário.

Por fim, cada Estado da Federação, ao legislar sobre os resíduos sólidos e a incidência de impostos sobre eles, a exemplo do Imposto sobre Circulação, Mercadoria e Serviço (ICMS), acaba dando uma interpretação diferenciada para caracterizá-lo, o que ocorre muito no trato do resíduo sólido (eletroeletrônico).

4.1 A Incidência do Imposto sobre Circulação, Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os resíduos sólidos: os exemplos dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Ceará

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da tributação e do Orçamento, em seu Art. 155, I, “b”, assegurou aos Estados e Distrito Federal a competência para instituir impostos sobre mercadorias e serviços, bem como o seu transporte e, dentre outras coisas, previu no § 2º, II, a possibilidade da isenção ou não incidência, salvo alguma legislação em sentido contrário.

Por sua vez, a Lei n.º 12.305/10 assegura, em seu art. 8º, IX, os incentivos fiscais, financeiros e creditícios como parte dos instrumentos da política nacional, bem como o Art. 44, em seus três incisos, asseguram à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios instituir normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, respeitadas as limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal n.º 101/00.

⁵⁷ SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019, p. 38.

⁵⁸ ROCHA, Agamen Suesdek. *Tributos que remanescem nos resíduos sólidos e sobras industriais: reflexões, conseqüências e perspectivas*. São Paulo. 2017. Xx f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Como seu corolário, os entes mencionados poderão instituir ICMS ou outro imposto no âmbito estadual, conforme políticas locais para o setor de mercadorias, serviços, transportes. Enfim, atendendo as necessidades e especificidades de cada um.

No âmbito do tratamento dado aos resíduos sólidos, cada Estado tem autonomia para fazer sua interpretação de toda a cadeia, desde o consumo, descarte, logística reversa, coleta seletiva e processos de reciclagem, definindo a incidência ou não do ICMS de acordo com sua política tributária.

A análise da incidência do ICMS para o resíduo sólido no âmbito dos Estados Indicados — São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Ceará — aponta no seguinte sentido:

1. no Estado de São Paulo, em resposta à Consulta n.º 5785/2015, publicada no Diário Oficial do Estado (DOE) em 01/06/16, caracterizou o resíduo eletroeletrônico como lixo, não incidindo, desta forma, o imposto, a não ser no seu transporte intermunicipal e interestadual;
2. em Santa Catarina, referente à Consulta de n.º 74/2010, as obrigações tributárias, principal e acessória, a respeito do lixo eletrônico, se dividem em dois momentos: antes da segregação das sucatas; se o lixo for separado para venda, será considerado mercadoria e estará sujeito à incidência de ICMS; se for entregue de forma gratuita ao reciclador, não incidirá, ou seja, sobre sucatas e resíduos que se destinarem à reciclagem ou ao reaproveitamento incidirá o imposto, os rejeitos destinados à destruição não estarão sujeitos à incidência deste;
3. no Estado do Rio de Janeiro, a Consulta n.º 86/2016 decidiu, com base na Lei n.º 2.657/96, assegurando que, se os resíduos sólidos forem utilizados como fonte energética, incidirá o ICMS, pois será enquadrado como mercadoria; por outro lado, se forem destinados a aterros sanitários, não possuirão natureza de mercadoria. Dessa forma, não haverá a incidência do imposto. No mesmo caso, se ocorrer a prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, de resíduos que serão aproveitados na indústria para posterior comercialização, incidirá o ICMS. Ainda, por intermédio da aprovação do PL 3344/10, aprovado em 2010 e que isenta de ICMS a reciclagem e transporte de resíduo sólido proveniente da construção civil, o PL não fez referência ao resíduo de eletroeletrônico;
4. em Minas Gerais, a resposta à Consulta de n.º 183/2016 foi consubstanciada no art. 219 do anexo IX do RICMS/2002-MG. Segundo esse dispositivo, “para efeitos tributários, considera-se sucata, apara, resíduo ou fragmento, a mercadoria, ou parcela desta, que não se preste para a mesma finalidade para a qual foi produzida”, desta forma, a saída de sucata ou de subproduto, caracteriza fato gerador do ICMS;
5. no Ceará⁵⁹, a Política Estadual de Resíduo Sólido é definida pela Lei n.º 16.032, a qual traça as diretrizes estaduais para o enfrentamento dos problemas gerados pelos resíduos sólidos, inclusive, processos como coleta seletiva, reciclagem, logística reversa e outros. E, em seu art. 33, assegura que os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de eletroeletrônicos são obrigados a implementar os sistemas de logística reversa dentre outros.

Em relação à incidência do ICMS sobre os resíduos sólidos, a Lei assegura, em seu art. 45:

o Estado do Ceará, mediante lei específica, adotará mecanismos de desoneração total ou parcial da carga tributária, com a finalidade de estimular atividades econômicas relacionadas à reciclagem de resíduos sólidos, atendida a função extrafiscal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Na cadeia de reciclagem de resíduos sólidos, o Estado do Ceará reduziu o ICMS para a reciclagem de resíduos sólidos por meio do Programa Selo Verde⁶⁰, também conhecido como ICMS socioambiental:

⁵⁹ CEARÁ. Editoração Casa Civil. Diário Oficial do Estado. Poder Executivo. *Lei n.º 16.032, de 20 de junho de 2016*. Institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos no âmbito do Estado do Ceará.

⁶⁰ CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria das Cidades. *Política Estadual de Resíduos Sólidos*. 2020.

[...] criado através da Lei Estadual n. 15.086/2011, alterada pela Lei n. 15.813/2015, e regulamentado pelo Decreto n. 31.854/2015. O Selo Verde é uma certificação voluntária solicitada junto à SEMACE e possibilita uma redução de 10% (passando de 17% para 7%) na alíquota praticada em nível estadual para o empresário individual ou sociedade empresarial que utilize, em seu processo produtivo, insumos resultantes da reciclagem de resíduos sólidos.

Diante dos dados levantados acerca da incidência ou não do ICMS para os resíduos sólidos, em especial os EEE, no Estado de São Paulo, como o resíduo eletroeletrônico foi classificado como lixo, não incide sobre ele o ICMS, o que ocorre, apenas, e tão somente em seu transporte.

Em Santa Catarina, o ICMS incidirá no caso do resíduo eletrônico ser separado para venda e, caso seja separado para doação às cooperativas de reciclagem, não haverá a incidência. No Rio de Janeiro, o tratamento dado ao ICMS para os resíduos sólidos depende da sua destinação, acaso o resíduo se destine a fontes energéticas, incidirá o ICMS; diferentemente, se se destinar a aterro sanitário, não haverá incidência. O mesmo ocorre com o transporte dos resíduos — caso sejam para aproveitamento na indústria — incidirá o imposto; caso seja para reciclagem, ficará isento.

No Estado de Minas Gerais, por sua vez, para efeitos tributários de incidência do ICMS, considera-se o fato gerador a saída de sucatas ou de subprodutos, que são considerados resíduos sólidos.

O Ceará adotou a Lei de Desoneração, total ou parcial da carga tributária, para estimular atividade econômica relacionada à reciclagem, atendendo a função extrafiscal do ICMS. Para esse desiderato, de forma inovadora, o Estado criou o Selo Verde, também conhecido como ICMS socioambiental, possibilitando a redução de 10% na alíquota para as empresas que utilizam, em seus processos produtivos, insumos provenientes de processos de reciclagem de resíduos sólidos.

Nesse sentido, depreende-se que, em relação aos Estados abordados nesse estudo, há alguns aspectos tributários que convergem, e outros que divergem. Há distinção entre o que é considerado resíduo, sucata e lixo, e acaba-se dando tratamento diferenciado com isenção total ou parcial quando se tratar de lixo, em alguns deles incidindo o ICMS no transporte desse material para os aterros sanitários.

Observa-se que, no Estado do Ceará, há legislação expressa tratando da questão do resíduo sólido eletroeletrônico, não para os casos de incidência ou não de ICMS, mas sim de logística reversa dos produtos descartados. No que tange ao ICMS, o Ceará inovou quando concedeu redução de 10% na alíquota para estimular o uso de matéria-prima reciclada nos processos produtivos.

Logo, a despeito de incipientes legislações tratando sobre o assunto nos Estados analisados, para que esses entes possam verdadeiramente incentivar a EC, tal como preconizado na Lei n.º 12.305/10 e na Agenda 2030, alinhado aos objetivos do desenvolvimento sustentável, faz-se necessária uma regulação mais específica e ousada para o setor dos resíduos sólidos, notadamente com uma maior definição acerca de cada tipo de resíduo, e de que forma poderá ou não incidir o ICMS.

Fato incontroverso é que o descarte inadequado do resíduo eletroeletrônico, para além de gerar grandes prejuízos para a indústria, poderia utilizar a matéria-prima reciclada, produz uma enorme pressão ambiental — seja pela extração dos recursos naturais ou pela contaminação oriunda de metais pesados —, o que torna fundamental pensar numa regulação que contemple, de modo satisfatório, o setor de resíduo EEE, visto que o avanço tecnológico, a despeito de seus reconhecidos benefícios ao bem estar da população humana, de modo concomitante proporcionou um significativo aumento do descarte desses produtos, precocemente considerados obsoletos por essa nova sociedade de consumo.

Em vista disso, forçoso apontar a urgência e a necessidade de uma regulação — ou ao menos ajustes nas legislações já existentes — de modo satisfatório, que, a um só tempo, contemple o setor e que promova incentivos que visem suplantiar a ideia do descarte prematuro do produto, estimulando, também, o reuso via processos de reciclagem.

Firme nessas premissas, após análise pormenorizada nos Estados pesquisados, restou demonstrado que, grosso modo, a política tributária existente nesses entes federativos, com um pequeno grau de variação, no que tange ao ICMS, é insuficiente para dar conta da demanda dos resíduos sólidos, em especial os resíduos dos EEE.

5 Afinal, há no Brasil uma verdadeira Política de Incentivos Fiscais para os Resíduos Sólidos Eletroeletrônicos (EEE)?

A Magna Carta de 1988 assegurou, em seu artigo 155, §2º, II, que os Estados e o Distrito Federal poderão conceder a isenção ou não incidência do ICMS — salvo disposição em contrário expressa em lei — bem como o inciso XII, “g”, do mencionado artigo, que faz alusão à necessidade de lei complementar regular a forma como serão concedidas ou revogadas as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais, garantindo, para tanto, os preceitos da livre concorrência insculpidos no art. 146-A.

Na busca pela promoção do desenvolvimento regional, desde a década de 1970, sempre esteve em discussão no Brasil a intervenção do Estado por meio de incentivos fiscais⁶¹. Por essa razão, a depender do incentivo ofertado, algumas regiões receberam um volume maior e diversificado de empresas, viabilizando um desenvolvimento mais expressivo que outras.

Entretanto, trilhando caminho inverso, no que concerne aos resíduos sólidos, principalmente para o setor de EEE, observa-se pouca regulação para esse nicho do mercado. Essa regulação incipiente não se mostra justificável, dado que esse setor, tanto no Brasil como em outros países, movimenta um volume muito grande de recursos. Segundo informa Weetman⁶², somente em 2013 as vendas superaram 1 (um) trilhão de dólares.

Conforme dito alhures, o grande avanço das tecnologias digitais, bem como outras inovações, aliado à sua maior acessibilidade, contribuiu, de modo significativo, para esse resultado. Outro fator importante é a obsolescência programada que faz acelerar a “necessidade” em adquirir novos e modernos objetos, o que, por sua vez, aumenta, sobremaneira, a produção de resíduos. Consequentemente:

[...] o crescimento do lixo eletrônico e a complexidade da legislação estão obrigando os fabricantes de equipamentos a gerenciar os retornos [...] os consumidores estão exigindo produtos com menos materiais perigosos e menor pegada de embalagem, esperando que o descarte seguro do produto seja incluído no contrato de venda⁶³.

Diante da crise ambiental pela qual o planeta atravessa, e da qual o Brasil, infelizmente, não foge à regra, mais que nunca os aspectos de logística reversa e sustentabilidade dos EEE têm contribuído para uma reflexão acerca da necessidade de reciclagem, reuso, reaproveitamento na cadeia produtiva, em consonância com a PNRS que assegura a obrigação compartilhada entre todos os entes, bem como o fabricante.

Nessa perspectiva, indispensável pensar na extrafiscalidade da função tributária, e em que aspecto ela poderá ser incentivada, dado possuir o potencial de incentivar ou desincentivar determinadas condutas, interferindo, decisivamente, nos comportamentos sociais, promovendo uma baliza entre essas relações.

E é justamente na condição de ferramenta de indução de comportamentos, consubstanciado na noção de responsabilidade social e de consecução de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento social

⁶¹ BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. Série Doutrina Tributária. Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 41.

⁶² WEETMAN, Catherine. *Economia circular – Conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019.

⁶³ WEETMAN, Catherine. *Economia circular – Conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019, p. 264.

sustentável que se insere, no âmbito do poder de tributar, a ideia da extrafiscalidade tributária em favor da proteção do meio ambiente⁶⁴.

Diante desse novo marco de realidade, muitos Estados criaram sua Política Estadual de Resíduo Sólido com previsão de expressa redução da carga tributária para o setor, em especial a redução do ICMS para os processos de reciclagem e de transporte. Contudo, mister que sejam observados alguns critérios fundamentais:

[...] a criação de incentivos fiscais como instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos é limitada em dois aspectos, apenas. O primeiro deles é o respeito à competência tributária de cada ente federado, porquanto no direito brasileiro não são admissíveis as chamadas isenções heterônomas. A outra condição é que os incentivos criados respeitem a Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), nos termos do seu art.14⁶⁵.

Entretanto, curial que esses critérios não impliquem pretexto para que o gestor público não dê efetividade, dentro das condições impostas por lei, a uma política de incentivos e fomentos de atividades que visem o tratamento dos resíduos sólidos, sob pena de esvaziar por completo o seu conteúdo.

Importante salientar que, a despeito dos esforços empenhados nessa pesquisa, não foi possível vislumbrar, no Brasil, uma política assecuratória de maneira mais efetiva e clara acerca do tema, a fim de contribuir, de modo mais incisivo, para o processo de transição para a EC. Na prática, esse tema começa a dar seus primeiros passos no país “ao sabor da onda”, como um “modismo”, baseado em novas abordagens à gestão de resíduos, mas ainda necessitando avançar muito mais.

Nada obstante, observa-se que é possível que todos os Estados e Municípios da Federação implementem, com base em sua realidade fiscal, uma política de incentivos para os processos de logística reversa, coleta seletiva, transporte e reciclagem dos resíduos sólidos EEE.

Nesse diapasão, resta compreendido que, para o sucesso desse objetivo, consoante sustentado por Juarez Freitas⁶⁶, entende-se ser necessária uma política séria e comprometida de incentivos fiscais para as iniciativas que objetivem trabalhar com os resíduos sólidos, viabilizando a sua existência. Segundo o autor:

[...] o sistema tributário solicita revisão adaptativa corajosa. Não se trata de postular, aqui e ali, vaga e engenhosa extrafiscalidade ou saídas fáceis típicas do populismo fiscal, mas de reconfigurar o conteúdo finalístico do modelo, a partir do escrutínio de qualidade dos impactos diretos e indiretos nos campos sociais, econômicos e ambientais⁶⁷.

Firme nessas premissas, depreende-se que esses incentivos poderão impulsionar, em médio e longo prazos, novos modelos de negócios, na medida em que poderão fomentar vários setores da EC e servir, ainda, para “cumprir este papel de conformidade entre tributação, desenvolvimento e estabilidade da ordem econômica”⁶⁸, aspectos que devem estar associados para que haja um mínimo de equilíbrio social.

⁶⁴ CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade ambiental: A extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, p. 1-14, out./dez. 2014, p. 6.

⁶⁵ GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado. *Incentivos fiscais no direito ambiental e a efetivação do princípio do protetor-recebedor na política nacional de resíduos sólidos* (Lei n.º 12.305/2010). Porto Alegre: Buqui, 2012, p. 37.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. O Tributo e o desenvolvimento sustentável. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 21, n. 03, p. 825-845, set./dez. 2016.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. O Tributo e o desenvolvimento sustentável. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 21, n. 03, p. 825-845, set./dez. 2016, p. 827.

⁶⁸ TORRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. *VIDERE*, Dourados, MS, v. 3, n. 6, p. 11-52, jul./dez. 2011, p. 19.

6 Considerações finais

O estudo sobre a EC possibilitou percorrer um caminho pelo desenvolvimento sustentável, que é seu objetivo central, bem como analisar os processos necessários para o seu implemento e a mudança de paradigma dos modelos de economia linear e o que ela representa do ponto de vista do acúmulo e concentração de riquezas, bem como do processo de extrativismo de matéria-prima e da enorme quantidade de resíduos sólidos provenientes dos processos de descarte.

Nesse aspecto, considerando que a EC é um modelo de economia que busca a sustentabilidade, ela encontrou terreno fértil em alguns países, a exemplo da Holanda, que propõe uma transição de 100% no seu modelo de economia até 2050.

Compreende-se que, para sua viabilidade no Brasil, são necessários o desenvolvimento dos processos de logística reversa, coleta seletiva e a reciclagem, dentre outros e que, somente a partir da efetiva garantia desses processos, a EC conseguirá se efetivar na prática. Acima de tudo, é preciso apostar na educação ambiental em todos os níveis de ensino para que atitudes e comportamentos menos utilitaristas com respeito ao meio ambiente possam despontar.

Identifica-se que a Constituição de 1988 optou por um desenvolvimento sustentável que considera em seu processo, além do crescimento econômico, os interesses maiores ligados aos valores sociais e à proteção ambiental. Essa opção deve nortear a formulação e a execução das políticas públicas, bem como as decisões judiciais e administrativas.

Nesse sentido, é possível afirmar a importância da intervenção do Estado brasileiro no processo de definição de políticas para a destinação dos resíduos sólidos. A edição da Lei n.º 12.305/10, que instituiu a PNRS, foi um marco importante no trato do tema, uma vez que assegurou, de forma clara, aos Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de cada ente criar sua política de acordo com as suas necessidades e especificidades, respeitando a Lei de Responsabilidade Fiscal n.º 101/00.

De igual modo, o Brasil carece de uma política fiscal mais arrojada acerca dos incentivos fiscais para subsidiar a política nacional com os resíduos sólidos, em especial os EEE, foco deste estudo, por entender que o avanço tecnológico trouxe — a despeito dos benefícios amplamente conhecidos em diversas áreas — os malefícios do seu uso indiscriminado, provocado, muitas vezes, pela obsolescência planejada. O volume de resíduos produzidos com o descarte desses objetos, precocemente descartados, tem promovido uma perda elevada de recursos que poderiam ser reinvestidos no setor por meio da EC, bem como danos irreversíveis ao meio ambiente.

Grosso modo, alguns Estados têm, ainda, de forma incipiente, promovido algum incentivo no setor de reciclagem dos resíduos sólidos. Todavia, não se identificou sua incidência para os EEE, o que promove um processo de acúmulo desses resíduos em locais, muitas vezes, inadequados, contribuindo para a degradação do meio ambiente e malefícios diretos à saúde, já que muitos eletroeletrônicos utilizam metais pesados em sua fabricação.

Diante dessas ponderações, acredita-se ser a política de incentivos fiscais primordial para o processo de logística reversa e fomento da EC, uma vez que ela caminha *pari passu* com os interesses de um modelo econômico que favorece novos modelos de negócios sustentáveis e inclusivos, contribuindo para a manutenção da qualidade de vida no planeta, para essa e as futuras gerações.

Nada obstante, salienta-se que, nos Estados, objeto deste estudo, há uma política fiscal que não privilegia, de forma satisfatória, a política de resíduo sólido, tratando-o de modo diverso e tacanho, sem dar a devida importância aos processos de reciclagem desses resíduos para fomentar os processos produtivos. Dessa forma, tais Estados precisam, urgentemente, adequar suas legislações, priorizando políticas de incentivos fiscais como estímulos às atividades econômicas relacionadas à reciclagem.

Referências

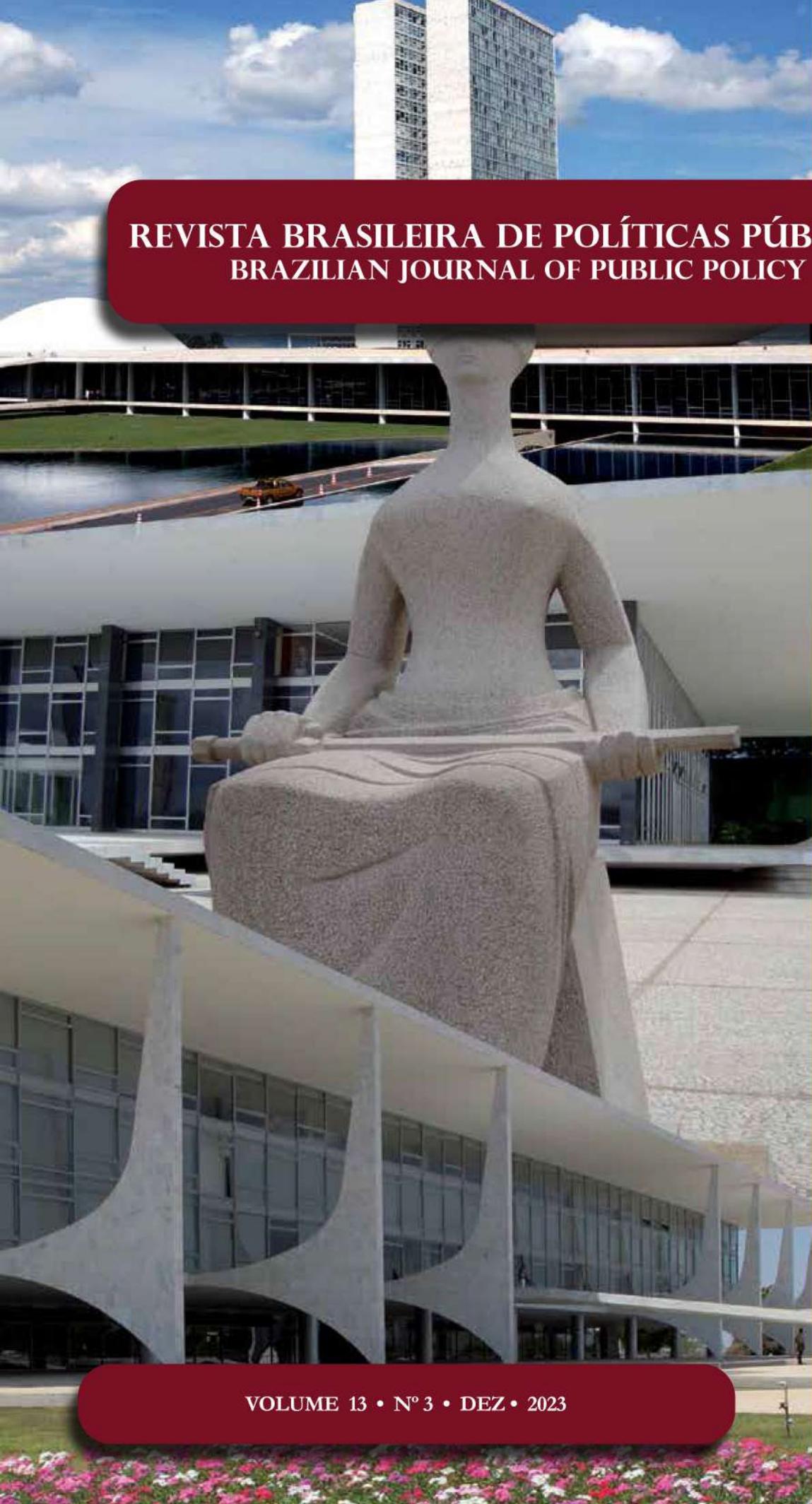
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AZEVEDO, Juliana Laboissière de. *A economia circular aplicada no Brasil: uma análise a partir dos instrumentos legais existentes para a logística reversa*. p. 01-16. In: XI Congresso Nacional de Excelência em Gestão. ISSN1984 9354. 2015. Disponível em: https://www.inovarse.org/sites/default/files/T_15_036M.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.
- BANKS, Ian; PARKIN, Emma. *Uma economia circular no Brasil: uma abordagem exploratória inicial*. 2017. Disponível em: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/Uma-Economia-Circular-no-Brasil-Uma-Exploracao-Inicial.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BALDÉ, C. P., et. al. *The Global E-waste Monitor – 2017*, Bonn/Geneva/Vienna: United Nations University (UNU), International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA), 2017.
- BASEL CONVENTION. *Basel Convention on the control of transboundary movements of hazardous wastes and their disposal*. 1989. Disponível em: <http://www.basel.int/TheConvention/Overview/tabid/1271/Default.aspx>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro, 1995.
- BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. Série Doutrina Tributária. Vol. IX. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BRASIL. Governo Federal. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Logística Reversa de Equipamentos Eletroeletrônicos – Análise de Viabilidade Técnica e Econômica*. Brasília: MDICE, 2013.
- CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade ambiental: A extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, p. 1-14, out./dez. 2014.
- CEARÁ. Editoração Casa Civil. Diário Oficial do Estado. Poder Executivo. *Lei n.º 16.032, de 20 de junho de 2016*. Institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos no âmbito do Estado do Ceará. Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20160629/do20160629p01.pdf#page=1https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=325428>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria das Cidades. *Política Estadual de Resíduos Sólidos*. 2020. Disponível em: <https://www.cidades.ce.gov.br/politica-estadual-de-residuossolidos/>. Acesso em: 07 de jun. 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 40. p. 67-89. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1214>. Acesso: 30 de jun. 2021.
- CUNHA, Mateus Almeida. Gestão municipal dos resíduos sólidos: cenários e desafios. In: MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez. *Gestão dos resíduos sólidos: conceitos e perspectivas de atuação*. Curitiba: Appris, 2018.
- DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, 41, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38314>. Acesso: 30 de jun. 2021. p. 19-28.

- EMF - ELLEN MACARTHUR FOUNDATION. *Rumo a Economia Circular: O Racional de Negócio para Acelerar a Transição*. EMF, 2015. Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/Rumo-a%CC%80-economia-circular_Updated_08-12-15.pdf. Acesso: 30 de jun. 2021.
- FORTI, Vanessa; CORNELIS, Peter Baldé; RUEDIGER, Kuehr; GARAM, Bel. *The global e-waste monitor*. 2020. Disponível em: <https://globalewaste.org/>. Acesso em: 12 de jun. 2021.
- FREITAS, Juarez. O Tributo e o desenvolvimento sustentável. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 21, n. 03, p. 825-845, set./dez. 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9682>. Acesso: 30 de jun. 2021.
- GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado. *Incentivos fiscais no direito ambiental e a efetivação do princípio do protetor-recebedor na política nacional de resíduos sólidos* (Lei nº 12.305/2010). Porto Alegre: Buqui, 2012.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dec. 1968.
- HENRIQUE, Manoel de Almeida. *O impacto desnecessário do ICMS sobre a logística reversa*. 2018. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/artigos/4911/o-impactodesnecessario-do-icms-sobre-a-logistica-reversa/>. Acesso em: 30 de jun. 2021.
- HUANG, J. et. al. E-waste disposal effects on the aquatic environment: Accra, Ghana. *Reviews of Environmental Contamination and Toxicology*. Volume 229, 2014, p.19-34. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24515808/>. Acesso: 24 de jun. 2021.
- LEGNAIOLI, Stella. *Economia linear: o que é e porque é preciso mudar*. 2020. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/7073-economia-linear.html>. Acesso em: 23 de jun. 2021.
- LEITÃO, Alexandra. *Economia circular: uma nova filosofia de gestão para o séc. XXI*. *Portuguese Journal of Finance, Management and Accounting*, v. 1, n. 2, p. 149-171, sep. 2015.
- LEONTIEF, W. (2007). A economia como processo circular [tradução José Antonio Ortega & Antonio Cláudio Sochaczewski]. *Revista Economia Contemporânea*, 11(1), 119-176, jan./abr. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250990971_Biblioteca_de_economia_a_economia_como_processo_circular. Acesso. 5 de ago. 2021.
- MACARTHUR, Ellen. *O que é economia circular*. 2020. Disponível em: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-economy/what-is-the-circular-economy>. Acesso em: 26 de jun. 2021.
- MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. São Paulo: Perspectiva AS, 1973.
- MORAES, Kamila Guimarães. *Obsolescência planejada de qualidade: fundamentos e perspectivas jurídicas de enfrentamento*. Florianópolis, 2014. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2014.
- NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 de jun. 2021.
- NAÇÕES UNIDAS. *Volume de resíduos eletrônicos aumenta mais de 21% em 5 anos no mundo*. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/volume-de-residuos-eletronicosaumenta-mais-de-21-em-5-anos-no-mundo/>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- NUSDEO, Ana Maria. *Direito ambiental & economia*. Curitiba: Juruá, 2018.
- PACE. Platform for Accelerating the Circular Economy. 2019. *A new circular vision for electronics*. Time for a global reboot. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/a-new-circular-vision-for-electronics-time-for-a-global-reboot>. Acesso: 24 de jun. 2021.

- PEARCE, D. W.; TURNER, R.K. *Economics of natural resources and environment*. Londres: Harvester Wheatsheaf, 1990.
- ROCHA, Agamen Suesdek. *Tributos que remanescem nos resíduos sólidos e sobras industriais: reflexões, consequências e perspectivas*. São Paulo. 2017. Xx f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20496/2/Agamenon%20Suesdek%20da%20Rocha.pdf> . Acesso em: 01 de jun. de 2021.
- SACHS, Jeffrey D. *A era do desenvolvimento sustentável*. Lisboa-Portugal: Actual Almedina, 2017.
- SANTOS, Kauê Lopes dos. *Uma nova pobreza urbana: financeirização do consumo e novos espaços periféricos em São Paulo*. São Paulo: Alameda, 2017.
- SAUVÉ, Sébastien; BERNARD, Sophie; SLOAN, Pamela. Environmental sciences, sustainable development and circular economy: Alternative concepts for trans-disciplinary research. *Environmental Development*, v. 17, p. 48-56, jan. 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2211464515300099>. Acesso: 24 de jun. 2021.
- SCHIETTEKATTE, Nico; BAKKER, Ernst-Jan. Uma Holanda circular até 2050. In: LUZ, Beatriz (org.). *Economia circular Holanda-Brasil: da teoria à prática*. Rio de Janeiro: Exchange 4 Change Brasil, 2017.
- SEHNEM, S.; PEREIRA, S. C. F. Rumo à economia circular: sinergia existente entre as definições conceituais correlatas e apropriação para a literatura brasileira. IBEPES – Curitiba/PR. *RECADM*, v.18, n. 1, p. 35-62. 2019.
- SILVA FILHO, Carlos Roberto; SOLER, Fabrício Dorado. *Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Trevisan, 2019.
- SIMÕES, Ana Filipa Batista Seabra. *Economia circular na indústria cerâmica: Proposta de classificação do resíduo “caco cozido como subproduto”*. Coimbra: Instituto Politécnico de Coimbra. Escola Superior Agrária de Coimbra, 2017.
- SOUZA, J. Amilton de. *Catadores de lixo: narrativas de vida, políticas públicas e meio ambiente*. Jundiá: Paco Editorial, 2011.
- TORRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. *VIDERE*, Douros, MS, v. 3, n. 6, p. 11-52, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/2255>. Acesso: 24 de jun. 2021.
- UNEP. United Nations Environment Programme. 2015. *Chemicals and waste*. Disponível em: <https://www.unep.org/explore-topics/chemicals-waste>. Acesso: 24 de jun. 2021.
- WEBSTER, K. *The Circular Economy: A wealth of flows*. Isle of Wight. 2015. Ellen MacArthur Foundation. Disponível em: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/publications/the-circular-economy-a-wealth-of-flows-2nd-edition>. Acesso: 5 de ago. 2021.
- WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e dos desastres)*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- WEETMAN, Catherine. *Economia circular – Conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa*. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019.

WELLE, Deutsche. *Montanha de lixo eletrônico não para de crescer no mundo*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/07/05/montanha-de-lixo-eletroniconao-para-de-crescer-no-mundo.ghml>. Acesso em: 29 de jun. 2021.

**II. POLÍTICAS PÚBLICAS
EM DIREITO DIGITAL**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O Brasil em meio à corrida
regulatória pela governança da
economia digital**

**Brazil in the midst of the digital
economy regulatory competition**

Lucas da Silva Tasquetto

Fábio Costa Morosini

Lucas Cardoso Martini

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

O Brasil em meio à corrida regulatória pela governança da economia digital*

Brazil in the midst of the digital economy regulatory competition

Lucas da Silva Tasquetto**

Fábio Costa Morosini***

Lucas Cardoso Martini****

Resumo

Investiga-se, neste artigo, como o governo brasileiro participa das negociações envolvendo comércio digital com vista a sua regulação nas esferas multilateral, regional e bilateral, à sombra dos principais modelos regulatórios estrangeiros em competição. O artigo documenta como a posição brasileira é constituída e reconstituída e quais fatores determinam tais mudanças. Argumenta-se que a abordagem brasileira à regulação de comércio digital mudou substancialmente depois de 2018. Se, até 2018, a abordagem brasileira era defensiva e fortemente determinada por sua agenda de governança nacional de Internet, atualmente, a posição do Brasil é substituída por uma abordagem mais liberal à regulação do comércio digital, mais próxima do modelo regulatório dos Estados Unidos. Essa nova abordagem inspirou o Brasil a aprovar dois novos acordos de comércio: o Acordo de Livre Comércio entre Brasil e Chile e o Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul. Trabalha-se com a hipótese de que essa mudança de posição está calcada em uma orientação deliberada de política externa do governo brasileiro de alinhamento aos Estados Unidos, sob a liderança do Ministério da Economia do Brasil, afetando as estratégias de negociação de regras de comércio, inclusive digital, e induzindo reformas nacionais no setor. Este artigo combina revisão de literatura especializada e de *policy papers*, análise de documentos primários e entrevistas com representantes do governo brasileiro.

Palavras-chave: Brasil; economia digital; comércio digital; regulação.

Abstract

This article investigates how the Brazilian government has engaged in the negotiations of digital trade at the multilateral, regional and bilateral spheres, in the shadow of the main regulatory models. The article documents how the Brazilian position is constituted and reconstituted and which factors have driven changes. We argue that the Brazilian approach to digital trade regulation changed substantially after 2018. Whereas until 2018 the Brazilian approach was rather defensive and strongly determined by its domestic Internet governance agenda, after 2018 Brazil shifted to an offensive approach, characterized by a more liberal versions of digital trade regulation closer

* Recebido em: 06/06/2022

Aprovado em: 14/12/2022

** Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo (USP). Professor adjunto do Bacharelado e do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal do ABC (UFABC). Coordenador do grupo de trabalho sobre comércio, negócios e investimentos do Módulo Jean Monnet, sediado pelo Instituto Brasil-União Europeia da FECAP, e do grupo de trabalho sobre comércio internacional do Observatório de Política Externa e da Inserção Internacional do Brasil (OPEB), na UFABC.
E-mail: lucas.tasquetto@ufabc.edu.br

*** Ph.D. em Direito Internacional pela University of Texas at Austin, mestrado em Master of Laws pela University of Texas at Austin e mestrado em D.E.S.S. Droit et Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po). Professor Associado e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível E).
E-mail: Fabio.morosini@ufrgs.br

**** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Servidor público da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS).
E-mail: lucas-martini@pge.rs.gov.br

to the United States regulatory model. This new approach inspired Brazil to approve two new trade agreements: the Brazil-Chile free trade agreement and the Mercosur e-commerce agreement. We suggest that these changes are grounded on a deliberate intention of Brazil's foreign policy to align with the United States, under the leadership of the Brazilian Ministry of Economics, which affects the country's trade-negotiation strategies, including digital trade, and induces domestic law reforms. Our methodology combines review of the specialized literature and policy papers with primary documents and interviews with representatives of the Brazilian government.

Keywords: Brazil; digital economy; digital trade; regulation.

1 Introdução

O processo de transformação digital da economia global avança de maneira exponencial, gerado por um conjunto de novas tecnologias, como big data, inteligência artificial, impressão 3D, computação em nuvem, blockchain e internet das coisas. Em uma nova era da economia, vislumbram-se impactos sobre como bens e serviços são desenvolvidos, produzidos, comercializados através das fronteiras, distribuídos e consumidos.¹ Os dados aparecem como um insumo fundamental para as atividades econômicas e para as atividades governamentais. Em menos de 10 anos, o fluxo de dados se multiplicou 45 vezes², enquanto o valor global do comércio eletrônico alcançou 26,7 trilhões de dólares em 2019, o equivalente a 30% do PIB mundial.³

O comércio digital ainda é um termo muito vagamente definido e as implicações das regras do comércio digital igualmente não são bem compreendidas.⁴ Inicialmente, não há uma definição compartilhada de “comércio eletrônico” ou “comércio digital”. Ambas as expressões são frequentemente usadas de forma intercambiável, ainda que a adoção de “comércio digital” busque evitar parte da confusão causada pelo uso coloquial de “comércio eletrônico” para compras online.⁵ O conceito remete à definição de comércio eletrônico dada pelo Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico da Organização Mundial do Comércio (OMC), de 1998. Segundo este, o comércio eletrônico envolveria a “produção, distribuição, comercialização, venda ou fornecimento de bens e serviços por meios eletrônicos”⁶. Já o comércio digital extrapola a noção de comércio eletrônico e abarca também novos serviços baseados em dados.⁷ Enquanto para a UNCTAD⁸, o mais adequado seria se referir a esse fenômeno como comércio na economia digital em vez de comércio digital. Para fins do presente artigo, não faremos a diferenciação entre comércio eletrônico e comércio digital. Apesar da diferença conceitual, como a OMC e muitos acordos de livre comércio ainda utilizam o termo comércio eletrônico, este será usado às vezes como sinônimo de comércio digital quando o artigo se refira a documentos que façam uso expresso dessa terminologia. É fundamental compreender, nesse sentido, o amplo alcance das regras negociadas sobre a arquitetura da economia digital. Muito além do corriqueiro comércio eletrônico em *marketplaces*, esses dispositivos incidem sobre o fluxo transfronteiriço de dados e seu

¹ CIURIK, Dan. Digital trade is data treaty-ready? *CIGI Papers*, Waterloo, n. 162, fev. 2018.

² MCKINSEY. *Digital globalization: The New Era of Global Flows*. McKinsey Global Institute, 2016.

³ UNCTAD. *Global e-commerce jumps to \$26.7 trillion, COVID-19 boosts online sales*. 2021. Disponível em: <https://unctad.org/news/global-e-commerce-jumps-267-trillion-covid-19-boosts-online-sales>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁴ FOSTER, Christopher; AZMEH, Shamel. The digital trade agenda and Africa. *Bridges Africa*, [S. l.], v. 7, n. 2, mar. 2018.

⁵ STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

⁶ OMC. Work Programme on Electronic Commerce. *WT/L/274*, 30 set. 2014. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/274.pdf&Open=True>. Acesso: 05 fev. 2022.

⁷ AARONSON, Susan Ariel. Data is different: why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 197, nov. 2018.

⁸ UNCTAD. *The value and role of data in electronic commerce and the digital economy and its implications for inclusive trade and development*. New York; Geneva: United Nations, 2019.

papel em tecnologias ainda em desenvolvimento, potencialmente restringindo a capacidade dos estados de regular essas novas fronteiras tecnológicas.

Por meio de conceitos e da linguagem técnica do comércio internacional, com a regulação do comércio digital, o regime de comércio avança sobre questões de governança da Internet, de proteção de dados pessoais e privacidade, direitos do consumidor on-line e cyber segurança. Temas tradicionalmente tratados em outros regimes, em um contexto distinto de negociações, e que apresentam políticas de interesse público passíveis de serem lidas como barreiras ao comércio internacional a partir de sua inclusão em acordos comerciais, com implicações para a privacidade, a segurança e a inovação, entre outros pontos. A regulação do comércio digital possui uma natureza estrutural, com aplicação a diferentes formas de regulação de dados e implicações para outras áreas mesmo dos acordos de comércio, como telecomunicações e propriedade intelectual.

São muitas as razões pelas quais os países podem querer regular os fluxos de dados. Para a OCDE, uma é salvar a privacidade dos indivíduos e de seus dados pessoais, considerando que as abordagens podem variar entre diferentes culturas. Os países também podem restringir o fluxo de dados ou exigir que os dados sejam armazenados localmente com o intuito de responder a outros objetivos regulatórios, como o acesso a informações. Ao mesmo tempo, as restrições aos fluxos de dados também podem ser colocadas para a proteção de informações consideradas sensíveis do ponto de vista da segurança nacional ou para permitir que os serviços de segurança nacional acessem e revisem os dados. Mas também alguns países têm usado cada vez mais a regulação de dados com o objetivo de ajudar a desenvolver a capacidade doméstica em setores de tecnologia, como uma forma de política industrial digital.⁹ Sob a perspectiva de países em desenvolvimento, embora sejam ricos em dados, muitas autoridades domésticas ainda não os veem como um recurso. Sem uma maior compreensão do uso econômico e político dos dados, esses países podem perder a oportunidade de usá-los como alavanca para o financiamento do desenvolvimento ou diversificação econômica.¹⁰

A relevância dos fluxos de dados transfronteiriços para o comércio internacional conduz a demandas para que os países internacionalizem os regimes de políticas para comércio digital e fluxo de dados. Mesmo que o tema remonte ao Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico da OMC (WPEC), referente ao ano de 1998, não há ainda um sistema de regras universal ou mesmo plurilateral para governar os fluxos transfronteiriços de dados. A organização conta com diversos acordos que abrangem questões que afetam dados e o comércio digital, como o Acordo Geral Sobre o Comércio de Serviços (GATS), o Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) e o Acordo Sobre Tecnologia da Informação (ITA). O GATS possui capítulos sobre serviços financeiros, telecomunicações e serviços computacionais, mas antecede à Internet como a conhecemos hoje e não trata explicitamente de fluxos transfronteiriços de dados. No entanto, muitos têm interpretado o acordo como aplicável a vários serviços computacionais e de telecomunicação, sob o argumento de que o GATS é tecnicamente neutro, no sentido de que foi redigido para tratar de tecnologias que poderiam mudar ao longo do tempo.¹¹ Ao longo dos anos, a cada Conferência Ministerial, renovou-se a moratória sobre a cobrança de direitos aduaneiros de transmissões eletrônicas.¹²

⁹ OECD. *Trade in the Digital Era*. OECD Going Digital Policy Note. 2019. Disponível em: www.oecd.org/going-digital/trade-in-the-digital-era.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁰ AARONSON, Susan Ariel. Data is a development issue. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 223, jul. 2019.

¹¹ AARONSON, Susan Ariel. Data is different: why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 197, nov. 2018.

¹² O comércio online de produtos digitalizáveis é denominado como transmissões eletrônicas, que são entregues online, por exemplo, de músicas, e-books, filmes, softwares e videogames. É provável que o comércio de transmissões eletrônicas apresente um crescimento exponencial. Tecnologias digitais como impressão 3D, robótica e análise de Big Data dependem fortemente de transmissões eletrônicas. Nesse cenário, a pesquisa de Banga para a UNCTAD identifica que “a perda potencial de receita tarifária anual após uma moratória será muito maior para os países em desenvolvimento em comparação com os países desenvolvidos, que têm taxas alfandegárias muito baixas sobre os produtos digitalizáveis. Por outro lado, as transmissões eletrônicas podem fornecer uma importante fonte crescente de receita tarifária para os países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos”. BANGA, Rashmi. Growing trade in electronic transmissions and implications for the south. *UNCTAD Research Paper*, Genebra, n. 29, fev. 2019.

O comércio eletrônico volta ao centro das negociações na OMC em 2016, no contexto da preparação para a 11ª Conferência Ministerial (MC11), em Buenos Aires. Em dezembro de 2017, ao final da MC11, 71 membros da organização, incluindo o Brasil, foram signatários de uma Declaração Conjunta sobre Comércio Eletrônico, voltada ao início de trabalhos exploratórios para futuras negociações da OMC sobre os aspectos relacionados ao comércio eletrônico. Ausente nesse primeiro documento, o mandato negocial para novas regras iria aparecer em uma segunda declaração, de janeiro de 2019, durante o encontro anual do Fórum Econômico Mundial, em Davos. Por meio de uma iniciativa plurilateral, os signatários deram início às negociações na OMC sobre comércio eletrônico. Enquanto o WPEC e a declaração conjunta de 2017 mantinham o caráter exploratório e informativo, a Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico (*WTO Joint Statement Initiative on e-commerce – JSI*) envolve um subconjunto de membros da OMC e visa alcançar um resultado negocial ambicioso. Entre os 88 membros que vêm participando do JSI, algumas regiões continuam notavelmente sub-representadas, caso da África, com seis participantes, e do Caribe, ausente das negociações.¹³

As regras sobre comércio digital em negociação na OMC se desenvolveram a partir dos acordos regionais de comércio. Em relação aos 354 acordos assinados entre 2000 e 2021, 185 contêm provisões relevantes para a área.¹⁴ A posição de um país sobre regulação da Internet e de dados em acordos de comércio é geralmente influenciada por sua abordagem regulatória doméstica. Os Estados Unidos (EUA) historicamente procuraram consolidar sua posição de liderança na economia digital. Defensores de um mercado digital aberto, para garantir e aumentar os ganhos de escala de suas empresas, têm hoje uma proposta extensiva a partir do modelo da Parceria Transpacífica (TPP), aprofundado no Acordo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA). A União Europeia (UE) compartilha da posição dos EUA com princípios de livre mercado, mas busca conciliá-la com preocupações de tentativas de proteção da regulação doméstica, principalmente de dados pessoais, a partir do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR). Por sua vez, a China compete com os EUA pela liderança na economia digital e aproveita as vantagens do seu enorme mercado interno e do elevado volume de dados que este gera. Busca garantir uma política industrial digital ativa com segurança nacional e ordem interna. Tradicionalmente, para os chineses isso tem se traduzido em um foco nos acordos de comércio em aspectos relacionados à facilitação do comércio eletrônico, aos pagamentos eletrônicos, e ao destaque a questões de desenvolvimento e do hiato digital. A força econômica e política de EUA, UE¹⁵ e China faz com que os demais países majoritariamente orbitem e façam escolhas em torno dessas três abordagens regulatórias principais ao comércio digital.¹⁶

¹³ Ainda antes e durante a MC11, de 2017, não foi possível considerar os países em desenvolvimento como um todo em relação a suas posições particulares nas negociações de comércio eletrônico. De um lado, Chile e Paraguai, junto com Austrália, Canadá, União Europeia, Coreia e Noruega (JOB/GC/140) defenderam a criação de um grupo de trabalho a começar logo após a Ministerial com o objetivo de conduzir os preparativos e iniciar negociações sobre comércio eletrônico. Por outro lado, o Grupo Africano não concordou em ir além do quadro do Programa de Trabalho sobre o comércio eletrônico. Entre as duas posições opostas, a China se concentrou nas regras de facilitação do comércio (JOB/GC/142); enquanto a Costa Rica trouxe a proposta de estabelecer uma 'Agenda de Comércio Eletrônico para o Desenvolvimento', supostamente para levar em consideração as necessidades dos países em desenvolvimento em relação ao comércio eletrônico, em um esforço conjunto da OMC, UNCTAD, ITC e Banco Mundial (JOB/CG/139). Ao final da Reunião Ministerial, junto com outros 44 membros da OMC, o Brasil assinou a Declaração Conjunta sobre Comércio Eletrônico, incluindo China, Nigéria, Rússia e mais dez países latino-americanos.

¹⁴ BURRI, Mira. Approaches to digital trade and data flow regulation across jurisdictions: implications for the future EU-ASEAN agreement. *Legal Issues of Economic Integration*, [S. l.], v. 49, n. 2, p. 149-168, mar. 2022.

¹⁵ O status de modelo regulatório da União Europeia se justifica pela sua abordagem única em relação à privacidade e à proteção de dados pessoais, considerados por ela direitos fundamentais. Como o bloco é um grande mercado consumidor para o comércio digital e exige a adequação de empresas e estados ao seu nível de proteção à privacidade e aos dados pessoais, vários países do mundo estão se adequando ao modelo europeu justamente para poderem acessar a esse mercado. AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide: the rise of data realms and its implications for the WTO. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 245-272, jun. 2018.

¹⁶ Algumas razões justificam o protagonismo desses dois países e bloco. China e Estados Unidos compreendem 90% do valor de capitalização de mercado das setenta maiores plataformas digitais do mundo. A Europa vem bem atrás com 3,6% da fatia. Ainda, os dois países detêm 75% de todas as patentes relacionadas às tecnologias de *blockchain*, são responsáveis por 50% do gasto global com Internet das Coisas (IoT) e representam mais de 75% do mercado de computação em nuvem (UNCTAD. *Digital Economy Report*

Fora dos três principais domínios no campo da tecnologia, a América Latina se tornou um dos mercados de crescimento mais rápido no mundo para o comércio digital¹⁷. Juntamente à Argentina, o Brasil é um dos principais motores da região que impulsionam o desenvolvimento da economia digital regional. Ao longo dos anos e, em particular durante a pandemia, o comércio eletrônico se intensificou. “66% dos usuários de Internet afirmaram que compraram produtos ou serviços pela Internet, proporção que era de 44% em 2018”¹⁸. Em 2019, o comércio eletrônico, segundo dados do e-Bit, apresentou um faturamento de R\$ 61,9 bilhões, com um crescimento de 16,3% em relação a 2018¹⁹. “Faturou 56,8% a mais nos oito primeiros meses de 2020 em comparação com igual período de 2019”²⁰. De modo geral, o uso da Internet no Brasil praticamente dobrou a partir de 2010. No período anterior à pandemia, segundo dados da TIC Domicílios 2019, havia 127 milhões de usuários da rede, o que correspondia a 74% da população brasileira.²¹

Este artigo investiga como o governo brasileiro participa das negociações envolvendo o comércio digital com vista a sua regulação nas esferas multilateral, regional e bilateral entre a tensão dos principais modelos em competição. Nesse processo, o artigo documenta como a posição brasileira é reconstituída e quais os fatores determinantes de mudança. Argumenta-se que a abordagem brasileira à regulação do comércio digital alterou-se substancialmente depois de 2018. Antes de 2018, a abordagem brasileira era defensiva e fortemente determinada por sua agenda de governança doméstica de Internet. A partir de 2018, substituiu-se essa posição por uma abordagem mais liberal à regulação de comércio digital inspirada pelo CPTPP, conduzindo o Brasil a aprovar dois novos acordos de comércio: o Acordo de Livre Comércio entre Brasil e Chile, e o Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul. Trabalha-se com a hipótese de que tal mudança de posição está calcada em uma orientação deliberada de política externa do governo brasileiro de alinhamento aos EUA (e seus modelos regulatórios), sob a liderança do Ministério da Economia do Brasil, afetando as estratégias de negociação de regras de comércio, inclusive digital, e induzindo reformas domésticas no setor.

A pesquisa realizada para a redação do presente artigo combina revisão de literatura especializada e de *policy papers*, análise de documentos primários e entrevistas com representantes do governo brasileiro. O texto está estruturado em duas partes principais. A primeira enfrenta a proliferação de modelos regulatórios com base nos três principais domínios no campo do comércio digital: EUA, UE e China. Estudam-se os atributos centrais de cada abordagem, seus impulsionadores domésticos e suas posições nas negociações internacionais sobre comércio digital. A segunda parte abrange o papel do Brasil relativo à regulação do comércio digital e como o país se situa entre os principais modelos regulatórios. Para tanto, apresentam-se as posições brasileiras na retomada das negociações multilaterais sobre comércio digital, com a mudança de

2019: Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries. 2019. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.).

¹⁷ WU, Mark. Chapter 11: comments. In: SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*. Geneva: WTO Publications, 2021. p. 250-252.

¹⁸ SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR; COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Painel TIC COVID-19: pesquisa sobre o uso da internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/painel-tic-covid-19-pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-no-brasil-durante-a-pandemia-do-novo-coronavirus-1-edicao/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁹ E-COMMERCE BRASIL. *E-commerce cresce 12% e fatura R\$ 53,2 bilhões em 2018, diz Ebit/Nielsen*. 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-fatura-2018-ebit-nielsen/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁰ Pesquisa realizada pelo Movimento Compre&Confie em parceria com a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm). Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/tendencias-no-e-commerce-no-pos-pandemia/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

²¹ “No entanto, profundas desigualdades que marcam a sociedade brasileira também se reproduzem no ambiente on-line, com menor proporção de uso da Internet em áreas rurais, entre indivíduos com menor renda e escolaridade, bem como entre os mais velhos. Além disso, há também desigualdades no acesso à Internet de qualidade nos domicílios e nos dispositivos utilizados para acesso à rede – para a maioria dos brasileiros, o único dispositivo conectado é o telefone celular?”. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR; COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Painel TIC COVID-19: pesquisa sobre o uso da internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/painel-tic-covid-19-pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-no-brasil-durante-a-pandemia-do-novo-coronavirus-1-edicao/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

uma abordagem defensiva para uma abordagem ofensiva, bem como nas negociações bilaterais e regionais de comércio.

2 A proliferação de modelos regulatórios para o comércio digital

EUA, UE e China apresentam diferentes abordagens domésticas acerca do comércio digital, o que reflete as suas posições nas negociações plurilaterais sobre a regulação do comércio eletrônico na OMC. Domesticamente, enquanto a China regula fortemente a Internet, os EUA defendem a sua desregulação. De outra parte, a UE se preocupa com a proteção ao consumidor e à privacidade. Nos acordos de comércio, os EUA vão além das propostas da OMC sobre o comércio eletrônico. A China tende a se ater a esclarecer as obrigações existentes. A UE é mais reticente em abordar o comércio digital em seus acordos.²²

Esses três modelos de regulação do comércio digital já foram chamados de “reinos de dados” em alusão ao ativo mais valioso do comércio digital. Segundo essa classificação, a abordagem estadunidense é marcada pelo uso deliberado de acordos de comércio para regular a matéria e por colocar poucos limites aos fluxos de dados (voltados majoritariamente aos interesses comerciais das empresas de tecnologia). Os europeus, ao seu turno, fazem da proteção aos dados pessoais e à privacidade a sua prioridade principal, o que pode ser comprovado pela aprovação de legislações domésticas sobre o assunto como a Diretiva 95/46/CE de 1995 e o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD) de 2018. Já a abordagem chinesa restringiu inicialmente o livre fluxo de dados e informações dentro e fora da China com a justificativa da segurança nacional e defendeu a bandeira da facilitação do comércio a fim de beneficiar grandes *players* nacionais, como a gigante Alibaba.²³

2.1 A abordagem dos Estados Unidos

Desde a assinatura do Acordo de Livre Comércio com a Jordânia em 2000, os EUA incluem capítulos de comércio eletrônico em todos os seus acordos de livre comércio. Assinaram-se acordos bilaterais sobre a matéria com os seguintes países (dispostos em ordem cronológica): Cingapura (2003), Chile (2003), Austrália (2004), República Dominicana-América Central (2004), Marrocos (2004), Bahrein (2004), Omã (2006), Peru (2006), Colômbia (2006), Panamá (2007), e Coreia do Sul (2007).²⁴ Em um processo que culminará no desenho do capítulo de comércio eletrônico do TPP, primeiro introduziu-se linguagem sobre comércio eletrônico; depois sobre fluxo de dados; e, ao final, dispositivos com linguagem vinculante sobre o tema.

O acordo de livre comércio dos EUA com a Jordânia introduziu a abordagem dos EUA à regulação do comércio eletrônico, concentrando-a em apenas um artigo.²⁵ Reconhecendo o crescimento econômico e a oportunidade concedida pelo comércio eletrônico e a importância de evitar barreiras ao seu uso e desenvolvimento, as partes se comprometiam a evitar impor tarifas aduaneiras e barreiras desnecessárias às transmissões eletrônicas, e abstiveram-se de impedir o fornecimento de serviços por meios eletrônicos.

Diante da dimensão da economia digital doméstica e de seus interesses exportadores, o recurso apenas à técnica de obrigações negativas tornou-se insuficiente, o que se refletiu nos acordos de livre comércio

²² WILLEMYNS, Ines. Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 221–244, 2020.

²³ AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide: the rise of data realms and its implications for the WTO. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 245–272, jun. 2018.

²⁴ GAO, Henry. Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation. *Legal Issues of Economic Integration*, Leiden, v. 45, n. 1, p. 47–70, 2018.

²⁵ AGREEMENT between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area. 2000. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/Jordan%20FTA.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

seguintes firmados pelos EUA. A partir do acordo com Cingapura de 2003, os acordos passaram a dedicar um capítulo próprio ao tema do comércio eletrônico e a apresentar exigências positivas para os governos em relação ao comércio eletrônico.²⁶

Esses acordos de livre comércio seguem basicamente o mesmo modelo de regulação do comércio digital.²⁷ Entre os dispositivos comuns estão as regras sobre fornecimento eletrônico de serviços, proibição da cobrança de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas e a não discriminação de produtos digitais. Com o passar do tempo, esses acordos passaram a prever outros temas. Os tratados com Chile, Panamá e República Dominicana-América Central abordam cooperação, a qual faz menção à segurança cibernética.²⁸ Os acordos com Austrália e Peru trazem autenticação e certificados digitais, proteção *on-line* ao consumidor (também presente no acordo com Omã²⁹) e administração do comércio sem papel.³⁰ Os tratados com Peru e República Dominicana-América Central dispõem sobre transparência.³¹ Esse conjunto de acordos consolida um primeiro momento da abordagem dos EUA ao comércio digital, caracterizado pelo adensamento dos temas e o aprimoramento da linguagem de comércio digital.

O Acordo de Livre Comércio EUA-Coreia inova ao incluir um dispositivo sobre o livre fluxo transfronteiriços de informações. Nele as partes reconhecem a importância do livre fluxo para facilitar o comércio e estabelecem que devem esforçar-se para evitar impor ou manter barreiras desnecessárias aos fluxos de informações eletrônicas através das fronteiras. Nesse estágio de desenvolvimento, ainda não havia uma obrigação vinculante para permitir os fluxos transfronteiriços de dados.³²

Os esforços dos EUA em regular o comércio eletrônico por meio dos seus acordos de livre comércio não foram suficientes para acompanhar a rápida evolução da internet e a crescente competitividade com outros países. Depois da entrada em vigor do Acordo de Livre Comércio EUA-Coreia em 2012, os EUA decidiram tornar vinculante a linguagem sobre comércio digital em seus futuros acordos e sujeitar eventuais conflitos aos mecanismos de solução de controvérsias. Tal objetivo concretizou-se com a assinatura da Parceria Transpacífica (TPP), em 2016.³³

O capítulo do TPP dedicado ao comércio eletrônico vai além do acordo com a Coreia e traz novos dispositivos. A primeira diferença é a exigência de que as Partes mantenham um quadro legal regulando transações eletrônicas consistente com os princípios da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico³⁴ ou com a Convenção das Nações Unidas sobre o Uso das Comunicações Eletrônicas em Contratos

²⁶ GAO, Henry. Digital or trade? the contrasting approaches of China and US to digital trade. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 297–321, jun. 2018.

²⁷ GAO, Henry. Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation. *Legal Issues of Economic Integration*, Leiden, v. 45, n. 1. p. 47-70, 2018.

²⁸ UNITED STATES. *Chile Free Trade Agreement*. 2003. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file415_4009.pdf. Acesso em: 06 maio 2020; PANAMA. *United States Trade Promotion Agreement*. 2007. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file423_10399.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.; THE DOMINICAN REPUBLIC. *United States Free Trade Agreement*. 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file783_3934.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

²⁹ OMAN. *United States Free Trade Agreement*. 2006. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/oman/asset_upload_file650_8842.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

³⁰ AUSTRALIA. *United States Free Trade Agreement*. 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.; UNITED STATES. *Peru Trade Promotion Agreement*. 2006. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file876_9540.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

³¹ THE DOMINICAN REPUBLIC. *United States Free Trade Agreement*. 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file783_3934.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

³² UNITED STATES. *Korea Free Trade Agreement*. 2007. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file816_12714.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

³³ AARONSON, Susan Ariel. The digital trade imbalance and its implications for internet governance. *Paper Series*, Waterloo, n. 25, 2016.

³⁴ UNCITRAL. *Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998*. 1996. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf. Acesso em:

Internacionais. A segunda inovação é um artigo dedicado à proteção de informações pessoais. O artigo sobre transferência transfronteiriça de informação por meios eletrônicos é uma mudança emblemática em relação ao acordo anterior. O TPP estabelece o dever das Partes permitirem a transferência de informações por meios eletrônicos, incluindo informações pessoais, quando a atividade se destina à condução dos negócios de uma Parte. Outro dispositivo relevante é a proibição de obrigar o fornecedor de uma Parte a usar ou localizar instalações de computação no território de outra Parte como condição para fazer negócios naquele território, a chamada localização de servidores, que está intimamente ligada ao livre fluxo de dados. O TPP apresenta ainda novos artigos sobre *spams*, cooperação em segurança cibernética e código-fonte. Segundo esse último, uma Parte somente pode requerer acesso ao código-fonte do *software* de outra Parte quando este for utilizado em infraestrutura crítica.³⁵

As regras do TPP para a economia digital são consequência da agenda de comércio digital estadunidense. Parte da literatura entende que sua origem pode ser buscada no *Framework for Global Electronic Commerce*, lançado em 1997 pelo governo Clinton.³⁶ Outra parte entende que o início da agenda digital ocorreu a partir do *Bipartisan Trade Promotion Authority Act*, de 2002, que concedeu *fast track authority*³⁷ ao Presidente George W. Bush.³⁸ Além de acelerar o trâmite de aprovação dos acordos pré-TPP, essa lei estabeleceu os objetivos principais de negociação dos EUA a respeito do comércio eletrônico que visavam, basicamente, evitar o surgimento de novas barreiras.³⁹ Já nessa época, a agenda de comércio digital era ditada por associações de empresas de tecnologia como o *Information Technology Industry Council*.⁴⁰ Por fim, alguns autores afirmam que o começo da agenda se deu durante o governo Obama com os chamados “acordos de comércio do século XXI” – especialmente o TTP e a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP).⁴¹

Em particular, a Administração de Barack Obama coincide com o aumento vertiginoso do *lobby* das empresas de tecnologia na última década⁴² e a proliferação de relatórios de associações e empresas, demandando do governo estadunidense a abordagem de questões de comércio digital por meio do regime de comércio.⁴³ Nesse sentido, o *White Paper* do Google de 2010 é claro ao afirmar que a política da Internet e o comércio digital não devem ser tratados separadamente.⁴⁴ Da mesma forma, um relatório de 2012 da *BSA | The Software Alliance* (BSA)⁴⁵ sugeriu que eliminar barreiras ao comércio digital deveria ser parte central da

27 abr. 2021.

³⁵ UNITED STATES. *Trans-Pacific Partnership*. 2015. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Electronic-Commerce.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

³⁶ STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

³⁷ *Fast track authority* é a autoridade do Presidente dos Estados Unidos para negociar acordos internacionais que o Congresso pode aprovar ou negar, mas não pode alterar ou obstruir a transmissão.

³⁸ WUNSCH-VICENT, Sacha. The Digital Trade Agenda of the U.S.: Parallel Tracks of Bilateral, Regional e Multilateral Liberalization. *Aussemwirtschaft*, Wien, v. 58, n. 1, p. 7-46, 2003.

³⁹ UNITED STATES. *Public Law 107-210*. Division B – Bipartisan Trade Promotion Authority. Section 2102(b)(9) Electronic Commerce, 2002.

⁴⁰ WUNSCH-VICENT, Sacha. The Digital Trade Agenda of the U.S.: Parallel Tracks of Bilateral, Regional e Multilateral Liberalization. *Aussemwirtschaft*, Wien, v. 58, n. 1, p. 7-46, 2003.

⁴¹ AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 671-672, set. 2020.

⁴² AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 671-672, set. 2020.

⁴³ AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 1-22, set. 2020.; VAIDHYANATHAN, Siva. *Was Obama Silicon Valley's President?* The Nation, 2016. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/was-obama-silicon-valleys-president/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

⁴⁴ GOOGLE. *Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information*. White Paper. Mountain View: Google Inc., 2010.

⁴⁵ A *BSA | The Software Alliance* foi estabelecida em 1998 pela Microsoft para representar os fabricantes comerciais de software. Com sede em Washington e operações em mais de 60 países, atua globalmente perante governos e no mercado mundial. Entre seus membros estão companhias como Adobe, Cisco, Dropbox, IBM, Intel, Microsoft, Oracle, SAP, Siemens, entre outras.

agenda no comércio bilateral, multilateral e regional.⁴⁶ Ainda, outro relatório da BSA, publicado em 2015, destaca o rápido crescimento do comércio digital e propõe uma nova agenda de comércio digital.⁴⁷

Representativa do conjunto de demandas do setor privado dos EUA, tal agenda é conduzida ao Escritório do Representante de Comércio dos EUA (USTR) e transposta por meio de um documento chamado de *Digital2Dozen* como o caminho a se perseguir para a economia digital global. Listam-se, neste documento, vinte e quatro objetivos alegadamente perseguidos nos dispositivos de comércio eletrônico do TPP e que constituem uma explicação oficial do governo sobre tais cláusulas no contexto das relações na Ásia-Pacífico.⁴⁸ O *Digital2Dozen* sistematiza as demandas da indústria de tecnologia. Pode-se observar que os interesses das empresas são dispostos em termos positivos e quaisquer políticas públicas ou regulações que interferem nesses interesses são tratados com linguagem negativa, como “barreiras”, “protecionismo”, “discriminação” ou “localização forçada”.⁴⁹ Responsável por desenvolver e avançar o *Digital2Dozen* no USTR, o Representante de Comércio dos EUA entre 2014 e 2017, o Embaixador Robert Holleyman, foi antes presidente e CEO da *BSA/The Software Alliance* entre 1990 e 2013.

Posteriormente à posse, o Presidente Donald Trump retirou os EUA do TPP. Os onze países restantes do TPP assinaram o Acordo Abrangente e Progressivo para a Parceria Transpacífica (CPTPP). Não houve mudanças substanciais em relação às cláusulas sobre comércio eletrônico do TPP, ainda que as maiores interessadas na sua adoção fossem as empresas de tecnologia estadunidenses.⁵⁰ Não obstante as mudanças na política de comércio dos EUA, mantiveram-se seus interesses ofensivos na regulação do comércio digital, inclusive aprofundados por meio do Acordo EUA-México-Canadá (USMCA), quando se renegociou o antigo NAFTA, e incorporaram-se novas demandas das empresas e associações de tecnologia. O USMCA inclui várias das cláusulas sobre comércio eletrônico do TPP, mas vai além. No novo acordo, por exemplo, o banimento de revelação de código-fonte se estende também aos algoritmos expressos naquele código-fonte. Além disso, enquanto o capítulo do TPP intitula-se “comércio eletrônico”, no USMCA o mesmo recebeu a denominação de “comércio digital” para refletir sua perspectiva mais ampla.⁵¹

Portanto, a abordagem de questões da economia digital por meio de acordos de comércio é um exemplo de continuidade de política comercial do governo Obama para o governo Trump. Apesar de Donald Trump não manter a proximidade de Obama com o Vale do Silício, a entrega de serviços online das empresas de tecnologia estadunidenses no exterior cria um excedente comercial que estabelece um contrabalanço ao déficit comercial dos EUA no comércio de bens. A balança comercial era tida como uma questão de grande importância pelo governo Trump.⁵² No poder desde janeiro de 2021, a Administração de Joseph Biden é pressionada por legisladores e grupos empresariais a intensificar o engajamento econômico na região da Ásia-Pacífico, com foco em um acordo digital que seja ainda mais robusto do que o CPTPP.⁵³ Em maio de

⁴⁶ HOLLEYMAN, Robert. *Lockout: how a new wave of trade protectionism is spreading through the world's fastest-growing IT markets: and what to do about it*. Washington, 2012.

⁴⁷ BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE. *Powering the digital economy: a trade agenda to drive growth*. Business software alliance. Washington, 2015.

⁴⁸ STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

⁴⁹ KELSEY, Jane. *Digital trade rules and big tech: surrendering public good to private power*. Ferney-Voltaire: Public Services International, 2020.

⁵⁰ STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

⁵¹ AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 671-672, set. 2020.

⁵² STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

⁵³ HALPERT, Madeline; FORTNAM, Brett. Eyeing an Indo-Pacific framework: Waiting for more 'flesh on the bones'. *Inside U.S. Trade*, 24 nov. 2021. Disponível em <https://insidetrade.com/daily-news/eyeing-indo-pacific-framework-waiting-more>

2022, com mais 12 parceiros na região (Austrália, Brunei, Cingapura, Coreia do Sul, Filipinas, Índia, Indonésia, Japão, Malásia, Nova Zelândia, Tailândia e Vietnã), o país anunciou o *Indo-Pacific Economic Framework for Prosperity* (IPEF). Entre seus objetivos, a busca deliberada pelo desenho de regras de alto nível sobre a economia digital, incluindo padrões sobre fluxos de dados transfronteiriços e localização de dados, e o tratamento de questões como a privacidade online e o uso discriminatório e antiético de Inteligência Artificial.⁵⁴

Na OMC, os EUA começaram a ter uma atuação ativa a partir de 2010 refletindo a então emergente agenda de comércio digital. Defenderam a atualização da moratória sobre comércio eletrônico para um compromisso permanente e pressionaram a OMC a mudar o mandato do Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico de 1998 de discussão para negociação.⁵⁵ Nas negociações plurilaterais em relação à Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico de 2019 da OMC, os EUA reafirmaram os princípios da sua agenda de comércio digital presentes no CPTPP e no USMCA.⁵⁶

2.2 A abordagem da União Europeia

A UE foi a primeira a fazer referência a um termo relacionado ao comércio eletrônico em um acordo regional de comércio quando aprovou em 1994 o acordo do Espaço Econômico Europeu. Apesar disso, cláusulas substantivas sobre comércio digital somente passaram a figurar na política comercial europeia a partir da aprovação do Acordo de Parceria Econômica entre UE e o Fórum do Caribe, em 2008. De acordo com o estudo de Willemyns, no total, até 2020, a UE concluiu dezoito acordos regionais de comércio com cláusulas de comércio eletrônico.⁵⁷ Esse número supera os EUA, que conta com treze acordos, e a China, com seis. Entretanto, em relação ao universo total de acordos assinados pela UE, somente em 40% destes é abordado o comércio digital, bem abaixo dos EUA, que incluíram a matéria em 93% de seus tratados. Ainda, os EUA consolidam muito mais obrigações vinculantes do que UE e China. Esse mesmo estudo também qualifica a peculiaridade da abordagem europeia aos capítulos de comércio eletrônico. Alguns de seus acordos não os contêm; outros incluem capítulos específicos sobre comércio eletrônico; enquanto um terceiro grupo dispõe de seções específicas sobre comércio eletrônico, como parte dos capítulos sobre “comércio de serviços, estabelecimento e comércio eletrônico”.⁵⁸

O modelo europeu de regulação do comércio digital é caracterizado pela centralidade da proteção de dados pessoais e privacidade, tal como se observa desde muito cedo nas legislações domésticas da UE. Em 1981, aprovou-se a Convenção nº 108 do Conselho da Europa, o primeiro instrumento internacional vinculante a trazer os princípios fundamentais da proteção de dados pessoais. Apesar da importante evolução trazida pela Convenção, até o início da década de 1990, poucos países da UE a haviam ratificado. Ainda, muitos países não tinham sequer leis nacionais de proteção de dados. Para solucionar essas falhas, foi aprovada, em 1995, a Diretiva 95/46/CE.⁵⁹ Nela previu-se o Princípio do Nível de Proteção Adequado como regra geral, segundo o qual as transferências de dados pessoais para fora do Espaço Econômico Europeu (EEE) somente poderiam ser realizadas se o país de destino dos dados garantisse um nível adequado de proteção.⁶⁰

⁵⁴ [https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/23/20220523-statement-on-indo-pacific-economic-framework-for-prosperity/](#). Acesso em: 03 mar. 2021.

⁵⁵ THE WHITE HOUSE. Fact sheet: in Asia, President Biden and a Dozen Indo-Pacific Partners Launch the Indo-Pacific Economic Framework for Prosperity. *Statements and Releases*, 23 maio 2022.

⁵⁶ AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 671-672, set. 2020.

⁵⁷ WILLEMYNS, Ines. Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 221-244, 2020.

⁵⁸ WILLEMYNS, Ines. Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 221-244, 2020.

⁵⁹ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso em: 9 jan. 2021.

⁶⁰ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As transferências transatlânticas de dados pessoais: o nível de proteção adequado depois

Até 2022, a UE considerou adequado o nível de proteção de um número muito limitado de países.⁶¹ Os EUA obtiveram dois acordos *sui generis* para possibilitar transferências de dados para empresas que cumprissem os termos desses acordos, mas ambos foram posteriormente invalidados pelo Tribunal de Justiça da UE (TJUE). O julgamento do último deles, chamado *Privacy Shield*, elevou de tal forma o nível de dificuldade de se obter uma decisão de adequação que foi visto como uma possibilidade de exigência de localização de dados.⁶²

Invalidou-se o *Privacy Shield* em 2020 já na vigência do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (GDPR), que entrou em vigor em 2018. Uma primeira mudança que trouxe o Regulamento foi a aplicabilidade direta a todos os países da UE, sem a necessidade de internalização pelos países-membros. Em relação à transferência internacional de dados, estabeleceu-se que esta somente pode acontecer quando o país terceiro ou organismo internacional aos quais se destinam os dados proporcionem o mesmo nível de proteção aos dados pessoais garantido pela UE e pelo GDPR.⁶³

Em 2019, em relação à Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico, publicou-se a Proposta da UE para as Disciplinas e Compromissos da OMC relacionados ao Comércio Eletrônico. A UE aceita um núcleo básico de comércio eletrônico, subscrevendo vários dos pontos da agenda dos EUA.⁶⁴ Entretanto, a proximidade das agendas dos modelos regulatórios estadunidense e europeu não necessariamente significa uma completa harmonia entre os valores e interesses das duas modelos. Um ponto crítico que divide ambos é justamente a proteção de dados pessoais e a privacidade. Enquanto os EUA, na sua abordagem para o comércio digital, aceitam qualquer quadro legal protegendo a proteção de dados pessoais independentemente de sua profundidade⁶⁵, a UE reconhece a proteção de dados pessoais e a privacidade como direitos fundamentais⁶⁶ e condiciona a transferência de dados pessoais sem a necessidade de garantias para um país terceiro ou organismo internacional ao referido exame de adequação previsto pelo GDPR.⁶⁷

Até recentemente a UE confiava unicamente na exceção do artigo XIV(c)(ii) do GATS a fim de manter sua liberdade para legislar sobre privacidade e proteção de dados pessoais.⁶⁸ Nesse sentido é a sua Comunicação em conjunto com os EUA no Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico da OMC, em 2011.⁶⁹

de Schrems. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, v. 5, n. 9, p. 201-236, jan./jun. 2017.

⁶¹ O nível de proteção dos seguintes países foi considerado adequado para transferências pela União Europeia: Andorra, Argentina, Canadá (organizações comerciais), Guernsey, Ilha de Man, Ilhas Faroé, Israel, Japão, Jersey, Nova Zelândia, Suíça e Uruguai. EUROPEAN COMMISSION. *Adequacy decisions how the EU determines if a non-EU country has an adequate level of data protection*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en Acesso em: 15 jan. 2021.

⁶² CHANDER, Anupam. Is data localization a solution for Schrems II? *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 771-784, set. 2020.; UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão C-311/18 (Schrems II)*. 16 jul. 2021. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5CF22DCB44F3A2E8A8022844284EB561?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2824670>. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁶³ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As transferências transatlânticas de dados pessoais: o nível de proteção adequado depois de Schrems. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, v. 5, n. 9, p. 201-236, jan./jun. 2017.

⁶⁴ Na proposta europeia, constam, entre outros, dispositivos sobre: contratos eletrônicos; autenticação eletrônica e assinaturas eletrônicas; proteção ao consumidor; *spams*; não imposição de tarifas aduaneiras em transmissões eletrônicas; proibição de transferência ou acesso ao código-fonte pertencente a pessoas jurídicas ou naturais de outros Membros; fluxos transfronteiriços de dados; proteção aos dados pessoais e à privacidade; e acesso aberto à internet. O artigo da proposta sobre fluxos transfronteiriços de dados ainda proíbe a localização de dados e de servidores como requisitos para a transferência de dados. OMC. Joint Statement on Electronic Commerce (Communication from the European Union, 2019). INF/ECOM/22, 2019.

⁶⁵ “Article 7: Personal Information Protection 1. Each part shall adopt or maintain a legal framework that provides for the protection of the personal information of the users of digital trade.” OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from the United States, 2019). INF/ECOM/23, 26 abr. 2019.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN> Acesso em: 09 set. 2020.

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do Conselho*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁶⁸ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

⁶⁹ OMC. Contribution to the Work Programme on Electronic Commerce (Communication from the European Union and the

Nela previam-se os Princípios TIC (Princípios Comerciais para os Serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação), dentre os quais recomendava-se que governos não impedissem os fluxos transfronteiriços de informações. Porém, estava ausente qualquer contrapartida referente à privacidade e à proteção de dados pessoais.⁷⁰

Em 2015 e 2016, no contexto das negociações em torno do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e do Acordo de Comércio de Serviços (TiSA), o Parlamento Europeu manifestou-se, demandando uma alternativa mais robusta à exceção do artigo XIV(c)(ii) do GATS. Em 2018, após debates com o Parlamento, a Comissão Europeia lançou as Cláusulas Horizontais para o Fluxo Transfronteiriço de Dados e para a Proteção de Dados Pessoais (em Acordos de Comércio e Investimentos da UE).⁷¹ O documento, que deve guiar os acordos de comércio e investimento futuros da UE, prevê cláusulas sobre os fluxos transfronteiriços de dados e sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais, apresentada como um direito fundamental, facultando às partes adotarem as salvaguardas que considerem apropriadas para proteger esses direitos e assegurando o direito de regular na matéria. Nessa prerrogativa inclui-se a possibilidade de adoção e aplicação de regras para a transferência transfronteiriça de dados pessoais.⁷² Com isso, a UE deu um passo significativo para garantir o cumprimento de sua legislação interna sobre proteção de dados e privacidade no campo dos acordos internacionais de comércio e investimento, indo além da exceção prevista pelo GATS. Em termos práticos, a exceção das salvaguardas sobre a proteção de dados pessoais e privacidade restringe a atuação dos negociadores comerciais europeus. Além de atuar como um meio de alcançar consistência interna, ao mesmo tempo, desvincula as medidas de proteção de dados europeias de sua política externa de comércio.⁷³

As novas cláusulas já estão sendo implementadas pela Comissão Europeia nas negociações comerciais com Austrália, Chile, Indonésia, México, Nova Zelândia e Tunísia. A Comissão também planeja substituir a cláusula *rendez-vous*⁷⁴ sobre fluxos transfronteiriços de dados no Acordo de Parceria Econômica (EPA) entre UE e Japão.⁷⁵ As Cláusulas Horizontais para o Fluxo Transfronteiriço de Dados e para a Proteção de Dados Pessoais também foram incorporadas à Comunicação Europeia no âmbito da Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico de 2019 da OMC.⁷⁶

2.3 A abordagem chinesa

A regulação do comércio digital pela China tem sido apresentada majoritariamente pela literatura como marcada pela chamada Muralha ou Barreira Digital da China, um sistema de censura, filtragem e exigências tecnológicas implementado pelo Partido Comunista.⁷⁷ Esse sistema, cuja existência não tem nem uma base legal ou é oficialmente admitida pelo governo chinês, se transformou em um regime de licenças para

United States). *S/C/W/338*, 2011.

⁷⁰ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

⁷¹ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

⁷² EUROPEAN COMMISSION. *Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection (in EU trade and investment agreements)*. 2018. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/may/tradoc_156884.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

⁷³ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

⁷⁴ Uma cláusula *rendez-vous* é introduzida em um texto político ou legislativo de modo a fixar um prazo até o qual a decisão ou norma em vigor pode ser revista. No acordo em questão, a cláusula permite que as partes reavaliem o tema três anos depois do acordo entrar em vigor (EUROPEAN UNION. *Agreement between the European Union and Japan for an economic partnership*. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc_157228.pdf#page=185. Acesso em: 14 out. 2020.).

⁷⁵ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

⁷⁶ OMC. Joint Statement on Electronic Commerce (Communication from the European Union 2019). *INF/ECOM/22*, 2019.

⁷⁷ AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide: the rise of data realms and its implications for the WTO. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 245-272, jun. 2018.

controlar o conteúdo de sítios eletrônicos domésticos e estrangeiros com o objetivo de impedir conteúdos considerados inapropriados de circularem no país.⁷⁸ A ideia de “soberania cibernética”, afirmando a jurisdição nacional sobre a Internet, é central para o regime de governança de dados da China.⁷⁹ Nesse quadro regulatório, o objetivo primário de proteção da segurança nacional se coloca ao lado da promoção do crescimento econômico.

O regime chinês de governança dos dados está em constante desenvolvimento e tem na Lei de Segurança Cibernética sua legislação principal. Em vigor desde 2017, tem como critério central a territorialidade do armazenamento e processamento de dados. A lei estabelece que operadores que coletam ou produzem informações pessoais ou dados importantes durante sua atuação dentro da China, devem armazená-los no território chinês. Ainda, se for realmente necessária a saída desses dados para propósitos comerciais, devem ser seguidas medidas formuladas pelos departamentos estatais de cibersegurança e informação, sob pena de sanções em caso de descumprimento dessas regras.⁸⁰ A partir da Lei de Segurança Cibernética, a regulação foi complementada por legislações desenvolvidas nos anos subsequentes. No início de 2021, entrou em vigor o Código Civil⁸¹, o primeiro da China, especificando que informações pessoais são protegidas pela lei, seguido da aprovação da Lei de Segurança de Dados⁸², em junho, e da Lei de Proteção de Dados Pessoais⁸³, em agosto do mesmo ano.

Em relação à política comercial chinesa sobre o comércio eletrônico, somente três acordos de livre comércio bilaterais dos vinte assinados até 2022 tratam sobre o tema. Dois assinados em 2015, com a Coreia do Sul⁸⁴ e a Austrália⁸⁵; e um atualizado em 2019 (com o Chile⁸⁶). Nesses acordos, a China não adota regras vinculantes sobre o livre fluxo transfronteiriço de dados e sobre a proibição de requisitos de localização, tampouco submete os capítulos sobre comércio eletrônico aos mecanismos próprios de solução de controvérsias desses acordos. Em comum, em virtude da competitividade de empresas como Alibaba e JD.com,⁸⁷ esses acordos apresentam regras sobre facilitação do comércio eletrônico, tais como: cooperação em comércio eletrônico, autenticação e assinaturas eletrônicas, e proteção de informações pessoais no comércio eletrônico e ao “comércio sem papel”. A regra sobre não imposição de tarifas aduaneiras em transmissões eletrônicas adotada nesses acordos está condicionada à regulação do tema na OMC.

Em 2021, a China ratificou a Parceria Econômica Regional Abrangente (RCEP), assinada com os dez estados membros da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) e quatro dos parceiros do acordo de livre comércio da ASEAN (Austrália, China, Japão, Nova Zelândia e Coreia do Sul). Para entrar em vigor,

⁷⁸ FERRACANE, Martina; LEE-MAKIYAMA, Hosuk. *China's technology protectionism and its non-negotiable rationales*. European Centre for International Political Economy. 2017. Disponível em: <http://ecipe.org/publications/chinas-technology-protectionism/>. Acesso em: 08 maio 2020.

⁷⁹ ERIE, Matthew Steven; STREINZ, Thomas. The Beijing effect: China's 'Digital Silk Road' as transnational data governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 54, n. 1, p. 1-92, 2021.

⁸⁰ CHINA. *Cyber Security Law of the People's Republic of China*. 2017. Disponível em: <https://www.dezshira.com/library/legal/cyber-security-law-china-8013.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁸¹ CHINA. *Civil code of the people's republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁸² CHINA. *Data security law of the people's republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁸³ CHINA. *Personal Information Protection Law of the People's Republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁸⁴ FREE Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and The Government of the Republic of Korea. 2015. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

⁸⁵ FREE Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and The Government of the Republic of Korea. 2015. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

⁸⁶ PROTOCOL to Amend the Free Trade Agreement and the Supplementary Agreement on Trade in Services of the Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and The Government of the Republic of Chile. 2019. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/chile/xieyi/bcyds_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

⁸⁷ AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide: the rise of data realms and its implications for the WTO. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 245-272, jun. 2018.

o acordo deve ser ratificado por três quintos dos quinze países membros, sendo seis países da ASEAN e três países de fora da ASEAN. No RCEP, há um capítulo reservado ao comércio eletrônico, que promete impulsionar esse tipo de comércio entre a China e os países asiáticos signatários do acordo.⁸⁸ Seis dos países que assinaram o acordo são também signatários do CPTPP, a versão atualizada da Parceria Transpacífica, sem os EUA. Apesar do capítulo sobre comércio eletrônico do RCEP não ser vinculante, a alteração e a omissão de vários elementos centrais do capítulo correspondente no CPTPP demonstram uma reflexão maior sobre como essas regras impactam no espaço dos governos de promoverem políticas públicas no âmbito digital. As principais diferenças do CPTPP e do RCEP são cinco: 1) como já dito, o capítulo do RCEP não é vinculante; 2) ainda, não há cláusula sobre código-fonte; 3) é reconhecido que cada parte pode ter sua própria regulação sobre transferência de dados e localização de servidores; 4) também, as partes podem descumprir tais cláusulas em razão de “qualquer medida que considerem necessária para a proteção de seus interesses de segurança”; 5) e, por fim, a moratória sobre a imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas não é permanente.⁸⁹

Na OMC, a China fez sua primeira Comunicação sobre comércio eletrônico em 2016 no âmbito do Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico, visando à 11ª Conferência Ministerial, de 2017. Tal manifestação se deu no contexto da acelerada evolução do *e-commerce* na China e o aumento de sua confiança como *rule-maker* no tema.⁹⁰ Na Comunicação, a China basicamente ressaltou regras de transparência e de facilitação de comércio, em clara conformidade com sua agenda voltada para o *e-commerce* de suas companhias.⁹¹ A comunicação chinesa de 2019 na OMC discute outros pontos, todavia mantém a agenda de facilitação do comércio.⁹²

A exportação do modelo chinês para outros países não é tão clara como no caso dos EUA, por meio dos seus tratados de livre comércio, e da UE, com sua forte legislação sobre privacidade e proteção de dados pessoais. Por essa razão, parte da literatura debate a própria existência de um modelo chinês. O regime de governança de dados da China não apresenta as características que têm sido instrumento para a transformação da GDPR em uma regulação global de proteção de dados pessoais.⁹³ Para além disso, na esfera comercial, com suas recentes candidaturas para aceder formalmente ao CPTPP⁹⁴, em setembro de 2021, e ao *Digital Economy Partnership Agreement* (DEPA)⁹⁵, em novembro do mesmo ano, a China se mostra flexível para participar de iniciativas existentes que podem conduzir ao aprofundamento de reformas domésticas.

Contudo, há mecanismos pelos quais a China exerce influência internacionalmente. Aspectos do seu conceito de “soberania de dados” são reproduzidos em alguns governos que buscam replicar o modelo chinês mesmo sem uma pressão explícita da China. Ainda, a demanda por infraestruturas digitais, as quais

⁸⁸ ZHANG, Zoey. *What is the Ratification Status of the RCEP Agreement and When Will it Come into Effect?* China Briefing. 2021. Disponível em: <https://www.china-briefing.com/news/ratification-status-rcep-expected-timeline-china-thailand-already-ratified/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁸⁹ KELSEY, Jane. *Important differences between the final RCEP electronic commerce chapter and the TPPA and lessons for e-commerce in the WTO*. 2020. Disponível em: <https://www.bilaterals.org/?important-differences-between-the&lang=en>. Acesso em: 15 out. de 2020.

⁹⁰ GAO, Henry. Digital or trade? the contrasting approaches of China and US to digital trade. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 297–321, jun. 2018.

⁹¹ OMC. Work Programme on Electronic Commerce: Aiming at the 11th Ministerial Conference. Communication from the People's Republic of China and Pakistan, Revision. *JOB/GC/110/Rev.1; JOB/CTG/2/Rev.1; JOB/SERV/243/Rev.1; JOB/DEV/39/Rev.1*, 2016.

⁹² OMC. Joint Statement on Electronic Commerce (Communication from China, 2019). *INF/ECOM/19*, 2019.

⁹³ ERIE, Matthew Steven; STREINZ, Thomas. The Beijing effect: China's 'Digital Silk Road' as transnational data governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 54, n. 1, p. 1-92, 2021.

⁹⁴ MINISTRY OF COMMERCE. *People's Republic of China*: China officially applies to join the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP). 2021. Disponível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202109/20210903201113.shtml>. Acesso em: 04 maio 2020.

⁹⁵ MINISTRY OF COMMERCE. *People's Republic of China*: China has submitted an official application to join the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA). 2021. Disponível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202111/20211103214781.shtml>. Acesso em: 04 maio 2020.

empresas chinesas fornecem globalmente, insere a China em diversos mercados.⁹⁶ Nesse contexto, destaca-se a “Rota da Seda Digital” (DSR), que faz parte da “Iniciativa do Cinturão e da Rota” (BRI), liderada pelas empresas de telecomunicação e de comércio eletrônico chinesas. É interessante notar que, como ocorre no BRI, no âmbito da DSR, não são utilizados tratados formais de direito internacional com os países parceiros, mas apenas instrumentos não vinculantes como memorandos de entendimento.⁹⁷

3 O Brasil na regulação do comércio digital

As revelações de Edward Snowden, em 2013, sobre as atividades de espionagem eletrônica levadas à cabo por órgãos do governo estadunidense sobre autoridades e empresas estrangeiras, incluindo a presidenta brasileira, Dilma Rousseff, fizeram com que o Brasil levantasse a demanda pela regulação internacional da espionagem eletrônica.⁹⁸ Para tanto, naquele contexto, a democratização do processo de tomada de decisões, afastando-o dos EUA, aparecia como condição necessária para coibir a vigilância em massa.⁹⁹ A partir de então, entre 2013 e 2014, o Brasil trabalhou em conjunto com outros países e copatrocinou duas resoluções na Assembleia Geral da ONU (69/166 e 68/167), ambas intituladas “O direito à privacidade na era digital”.¹⁰⁰ Em 2014 e 2015, o Brasil realizou duas importantes conferências multissetoriais sobre o assunto - o NETMundial e o Fórum de Governança da Internet. Domesticamente, a articulação de redes políticas que advogavam por novas leis de regulação da Internet conduziu à aprovação do Marco Civil da Internet, uma legislação nacional inovadora que se tornou a base das posições que os diplomatas brasileiros propunham no nível multilateral.¹⁰¹

Tomadas em conjunto, as ações do país compuseram um quadro de protagonismo do Brasil na proposição de soluções para a democratização da governança da Internet. Para Santoro e Borges, as resoluções copatrocinadas pelo Brasil foram de fato importantes e estabeleceram o governo brasileiro como “líder em governança da Internet”, uma posição incomum para um país em desenvolvimento.¹⁰² Por sua vez, Abdenur e Gama propõem a análise do Brasil na governança da Internet como um “empreendedor de normas” nos debates globais, em sua estratégia de pressionar pela regulação internacional da Internet para conter a vigilância eletrônica.¹⁰³ O papel de formulador de regras passa pela decisão da diplomacia brasileira de enquadrar a vigilância em massa como uma questão global relativa à interseção da segurança, desenvolvimento e

⁹⁶ ERIE, Matthew Steven; STREINZ, Thomas. The Beijing effect: China’s ‘Digital Silk Road’ as transnational data governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 54, n. 1, p. 1-92, 2021.

⁹⁷ ERIE, Matthew Steven; STREINZ, Thomas. The Beijing effect: China’s ‘Digital Silk Road’ as transnational data governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 54, n. 1, p. 1-92, 2021.

⁹⁸ A governança da Internet compõe os temas de interesse da política externa brasileira ao menos desde 2006, quando, por meio do Fórum de Diálogo Índia-Brasil-África do Sul (IBAS), o Brasil começou a fazer lobby pelas negociações em torno da governança da Internet centradas na ONU. ABDENUR, Adriana Erthal; GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. Triggering the norms cascade: Brazil’s initiatives for curbing electronic espionage. *Global Governance*, Leiden, v. 21, n. 3, p. 455-474, jul./set. 2015. Diplomatas e ativistas do país pressionavam pela neutralidade da rede e para a criação de um Fórum de Governança da Internet (IGV) amigável e aberto à sociedade civil (SANTORO, Maurício; BORGES, Bruno. Brazilian foreign policy towards internet governance. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 60, n. 1, p. 1-16, 2016).

⁹⁹ ABDENUR, Adriana Erthal; GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. Triggering the norms cascade: Brazil’s initiatives for curbing electronic espionage. *Global Governance*, Leiden, v. 21, n. 3, p. 455-474, jul./set. 2015.

¹⁰⁰ ONU. Assembleia Geral da ONU. Resolução 68/167 (AG Index: A/RES/68/167, 18 dez. 2013). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/764407>. Acesso em: 05 fev. 2022.; ONU. Assembleia Geral da ONU. Resolução 69/166 (AG Index: A/RES/69/166, 18 dez. 2014). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/788140>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹⁰¹ SANTORO, Maurício; BORGES, Bruno. Brazilian foreign policy towards internet governance. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 60, n. 1, p. 1-16, 2016.

¹⁰² SANTORO, Maurício; BORGES, Bruno. Brazilian foreign policy towards internet governance. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 60, n. 1, p. 1-16, 2016.

¹⁰³ ABDENUR, Adriana Erthal; GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. Triggering the norms cascade: Brazil’s initiatives for curbing electronic espionage. *Global Governance*, Leiden, v. 21, n. 3, p. 455-474, jul./set. 2015.

direitos humanos, exigindo uma solução multilateral, tendo a ONU como plataforma legítima para qualquer novo regime.¹⁰⁴

Sob a linguagem da liberalização do comércio digital¹⁰⁵, uma série de medidas domésticas relativas a esses dispositivos pode ser desafiada no campo do comércio internacional. Em seus comentários ao comitê de política comercial para subsidiar a preparação do 2020 *National Trade Estimate Report* pelo Escritório do Representante de Comércio dos EUA (USTR), a *Internet Association*¹⁰⁶ enumera barreiras de acesso ao comércio digital que ameaçariam o crescimento da Internet e o potencial de exportação. Na defesa dos interesses estadunidenses, na parte dedicada ao Brasil, incluem-se as medidas domésticas que a associação entende como barreiras comerciais: divergências das melhores práticas de privacidade; barreiras alfandegárias para o crescimento do comércio eletrônico; restrições de fluxo de dados e bloqueios de serviço; filtragem, censura e bloqueio de serviço; restrições a provedores de serviços em nuvem; regulamentação de serviços online baseados em infraestrutura; e barreiras relacionadas a direitos autorais e restrições de responsabilidade do intermediário.¹⁰⁷

Com o escopo cada vez mais amplo concedido às regras sobre comércio digital, políticas centrais para o Brasil pensadas fora do eixo comercial podem ser postas em questão. Ainda assim, o protagonismo e as linhas da política externa brasileira nos campos da governança da Internet e do comércio internacional, em especial na segunda década do Século XXI, levam a uma dificuldade na compreensão de como o Brasil se situa entre as diferentes abordagens de regulação da economia digital. Para Wu, juntamente à Argentina, o país procuraria se engajar no comércio digital “sob seus próprios termos”.¹⁰⁸ Se não se engajou em formas cruas de protecionismo digital para fechar efetivamente seu mercado e construir campeãs nacionais, tampouco teria se alinhado às iniciativas de comércio digital lideradas por Austrália, EUA, Japão e outros, ou cedido seus mercados às plataformas estadunidenses ou chinesas. De outro lado, Shaffer coloca o Brasil ao lado de Índia e Indonésia, como países que, a partir do sucesso das empresas chinesas de internet, “são atraídos pelas exigências da China de localização de dados para criar campeões nacionais”.¹⁰⁹

Na verdade, não há uma linearidade nas posições brasileiras sobre a regulação da economia digital. Na OMC, desde os trabalhos preparatórios da 11ª Conferência Ministerial de Buenos Aires, de 2017, a delegação brasileira apresentou 10 documentos até 2022.¹¹⁰ As mudanças na orientação da política comercial do Brasil, intensificadas após 2016, impactaram o desenho de suas propostas multilaterais e negociações bilate-

¹⁰⁴ ABDENUR, Adriana Erthal; GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. Triggering the norms cascade: Brazil's initiatives for curbing electronic espionage. *Global Governance*, Leiden, v. 21, n. 3, p. 455-474, jul./set. 2015.

¹⁰⁵ As preocupações sobre soberania, direitos humanos, domínio da Internet pelos EUA e a dominação corporativa da governança da Internet têm levado ao questionamento se os acordos de comércio são o melhor veículo para tratar estas questões. AARONSON, Susan Ariel. Why trade agreements are not setting information free: the lost history and reinvigorated debate over cross-border data flows, human rights, and national security. *World Trade Review*, Cambridge, v. 14, n. 4, p. 671-700, abr. 2015.

¹⁰⁶ Criada em 2012, a *Internet Association* foi um grupo de lobby dos Estados Unidos que descrevia a si mesma como a “voz unificada da economia da internet”. Até o seu fechamento no final de 2021, foi o grupo de comércio do Vale Silício mais influente em Washington. Entre seus membros estavam companhias como Airbnb, Amazon, Dropbox, Ebay, Etsy, Expedia, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, PayPal, Rakuten, Uber, entre outras.

¹⁰⁷ Isso inclui certos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), como o novo tipo de regime de adequação para permitir transferência de dados para fora do país; projetos de lei e decisões sobre o “direito ao esquecimento”; taxas para importação de produtos acima de US\$ 50; e barreiras de localização, como incentivos fiscais para bens e equipamentos de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC); preferências de compras governamentais para hardware e software locais; não reconhecimento dos resultados de avaliação de conformidade feitos fora do país para equipamentos conectados a redes de telecomunicações; e medidas de localização de dados governamentais. INTERNET ASSOCIATION. *Submission For The 2020 USTR National Trade Estimate Report*. Docket No. USTR-2019-0012. Washington: Internet Association, 2019.

¹⁰⁸ WU, Mark. Chapter 11: comments. In: SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*. Geneva: WTO Publications, 2021. p. 250-252.

¹⁰⁹ SHAFER, Gregory. Trade Law in a Data-Driven Economy: The Need for Modesty and Resilience. *World Trade Review*, Cambridge, v. 20, p. 259-281, 2021.

¹¹⁰ O primeiro deles ainda apresentado durante a saída de Dilma da Presidência, outros 5 originalmente durante o mandato do Presidente Michel Temer – 3 deles circularam novamente em 2019 – e os demais já durante o governo de Jair Bolsonaro e no contexto das negociações plurilaterais de comércio eletrônico na Organização.

rais sobre comércio eletrônico e sua permeabilidade à agenda brasileira de privacidade e proteção de dados pessoais. Relativamente rápido, o Brasil passou de uma posição defensiva na negociação de novas regras sobre comércio eletrônico para uma postura mais próxima à agenda de comércio eletrônico nos termos daquela posta originalmente pelos EUA, no modelo TPP. Finalmente, em 25 de janeiro de 2019, paralelamente ao Fórum Econômico Mundial, o Brasil assinou a Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico (WT/L/1056), dando início às negociações plurilaterais de comércio eletrônico na OMC.

Na perspectiva da negociadora sul-africana na OMC, Vahini Naidu, as pressões dos países do Norte global sobre os países do Sul para adotarem regras multilaterais sobre comércio digital exemplificam as redes de produção e disseminação do conhecimento sob a guia da agenda do desenvolvimento.¹¹¹ Para a diplomata, foi justamente o ímpeto negociador dos atores centrais do comércio internacional que deu ensejo à retomada das discussões sobre comércio eletrônico na organização, em julho de 2016. O programa de trabalho da OMC passou a ser reorientado a partir de supostas correlações positivas entre comércio digital e desenvolvimento econômico, com medidas que extrapolavam a agenda de comércio propriamente dita, como questões de governança da Internet ou de tecnologia da informação e comunicação, à margem da *expertise* dos negociadores comerciais. Não obstante, rapidamente outros países se somaram à iniciativa dos EUA e em poucos meses uma série de submissões entrou no fluxo de trabalho da OMC. O desenvolvimento de regras de comércio eletrônico era parte de um pacote comercial mais amplo negociado pelos EUA e pela UE, em um modelo já desenvolvido durante as negociações do TPP.¹¹²

3.1 Brasil 1.0: uma abordagem reativa para regulação de comércio digital

Para o Brasil, com o referido protagonismo de sua política externa nos debates globais sobre a governança da Internet e no multilateralismo comercial, a preparação para a Conferência Ministerial de Buenos Aires fez com que se estabelecessem pontos de contato entre suas posições digitais e comerciais domésticas. Em 2016, a delegação brasileira entregou um documento ao Conselho Geral da OMC¹¹³ que procurava equilibrar uma Internet livre e aberta para todos os fins comerciais legítimos e objetivos de desenvolvimento com garantias ao direito dos governos de adotarem políticas públicas com objetivos legítimos. Com grande contribuição das discussões brasileiras sobre o Marco Civil da Internet, o país defendia estruturas regulatórias para proteção do consumidor, proteção da privacidade e de dados pessoais, com proteções obrigatórias aos usuários; e sugeria uma disposição de neutralidade da rede, com linguagem vinculante para não permitir que as operadoras de telecomunicações discriminem pacotes de dados. O GATS era apontado como o principal instrumento para regular o comércio eletrônico, com o país reforçando a necessidade de garantir a transferência de tecnologia e a preocupação em assegurar espaço para políticas públicas – proteções obrigatórias para usuários e flexibilidades para o estado.

A proposta apresentada inicialmente refletia uma posição do Brasil mais reativa, na medida em que não era um proponente nas negociações, e cautelosa, considerando que o país não é um dos grandes atores no comércio eletrônico e tampouco é um grande exportador de bens e serviços em comércio eletrônico.¹¹⁴ O setor produtivo, em especial o varejo brasileiro de bens¹¹⁵, tinha uma agenda prioritariamente voltada

¹¹¹ NAIDU, Vahini. *Knowledge production in international trade negotiations is a high stakes game*. 2019. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/africaatlse/2019/06/14/knowledge-production-international-trade-digital/>. Acesso em: 18 maio 2022.

¹¹² NAIDU, Vahini. *Knowledge production in international trade negotiations is a high stakes game*. 2019. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/africaatlse/2019/06/14/knowledge-production-international-trade-digital/>. Acesso em: 18 maio 2022.

¹¹³ OMC. Work Programme on Electronic Commerce. *WT/L/274*, 30 set. 2014. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/274.pdf&Open=True>. Acesso: 05 fev. 2022.

¹¹⁴ Entrevista por meio virtual concedida por Diplomata do Brasil. Entrevista I. [out. 2019]. Entrevistadores: Fabio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

¹¹⁵ O Mercado Livre tem se manifestado pela discussão dos pontos que circulam nos grupos de trabalho da OMC e, particularmente, pela moratória sobre direitos aduaneiros sobre as transmissões eletrônicas e pelo desenvolvimento de um sistema que ateste a confiabilidade das transações internacionais. Posições como essas estão expressas no documento com as principais demandas do

para o mercado doméstico, receoso dos principais *marketsplaces* globais. As exceções estão em nichos de exportação de softwares, plataformas, direitos de autor, setor financeiro e campo das *fintechs*.¹¹⁶ Redigida inicialmente como minuta na Missão do Brasil junto à OMC e depois circulada e discutida pelos ministérios interessados em Brasília, a proposta considerava as complexidades políticas do tema e olhava atentamente às leis domésticas de proteção de dados pessoais, direitos do consumidor e concorrência, particularmente a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, e o Decreto no 7.962/2012, que regulamenta a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), para dispor sobre a contratação específica no comércio eletrônico.¹¹⁷¹¹⁸

Na sequência, outros dois documentos destacaram três áreas de possível convergência para a OMC em relação à implementação dos direitos autorais e do ambiente digital, buscando construir um entendimento compartilhado entre os Estados membros sobre transparência, equilíbrio de direitos e obrigações e territorialidade dos direitos autorais.¹¹⁹ Um terceiro, juntamente a Argentina e Paraguai, compartilhou com os Membros a Resolução GMC 37/06, que tratava de assinaturas eletrônicas no MERCOSUL e reforçava a assinatura eletrônica como uma questão fundamental do comércio eletrônico.¹²⁰

empresariado nacional depois de reunião promovida pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), em parceria com o então Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC). Pelo empresariado nacional, além do Mercado Livre, estiveram presentes representantes do Ingresso.com; Visa; Mercado Livre; Via Varejo; Grupo Daffiti; e Peixe Urbano. O encontro contou ainda com a participação de representantes institucionais: Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL Rio); Fecomércio-SP; Associação Brasileira de Franquias (ABF); Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC); e Porto Digital. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. Economia digital e comércio eletrônico: pautas e propostas do setor produtivo. Brasília: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2018. Já em setembro de 2020, junto com outras contrapartes estadunidenses, a Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (ITIC) e de Tecnologias Digitais (Brasscom) subscreveu uma petição ao Ministro das Relações Exteriores do Brasil e ao Representante de Comércio dos EUA solicitando que ambos os países garantissem compromissos específicos de comércio digital, incluindo aqueles relacionados ao livre fluxo de dados, a proibição de localização de dados, a proibição da imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas, a vedação de exigências para divulgar código-fonte, algoritmos e informações proprietárias relacionadas à criptografia, entre outras medidas. Atuante desde 2004, a Brasscom tem como companhias fundadoras a Accenture, a BRQ, a Capgemini, a IBM, a Microsoft, a Tivit, a Totvs e a Unisys. BRASSCOM *et al.* *Brazil digital trade letter*. 2020. Disponível em: <https://www.itic.org/policy/ITIMultiassociationUSBrazilDigitalTradeLetter.pdf>.

¹¹⁶ Entrevista por meio virtual concedida por Diplomata do Brasil. Entrevista I. [out. 2019]. Entrevistadores: Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Taschetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

¹¹⁷ Entrevista por meio virtual concedida por Diplomata do Brasil. Entrevista II. [out. 2019]. Entrevistadores: Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Taschetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

¹¹⁸ Normas setoriais de proteção de dados já estavam presentes no ordenamento jurídico doméstico, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei do Cadastro Positivo, de 2011. Contudo, a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em 2018, foi um marco legislativo histórico para o direito brasileiro. A relevância da nova lei reside no fato de que é vocacionada unicamente para lidar com a proteção de dados pessoais. Ainda assim, apesar de constituírem dois temas distintos, a proteção de dados pessoais e a defesa do consumidor estão intimamente ligados. Não é por acaso que, já no artigo 2º, a LGPD prevê como um de seus fundamentos a defesa do consumidor. Para Mendes e Doneda, trata-se de claro diálogo entre as normas promovido pelo Legislador. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018. O CDC, ao estabelecer no artigo 43 uma série de direitos e garantias sobre as informações pessoais do consumidor em bancos de dados e cadastros, era tido como o “marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro”. DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. A maior especificidade trazida pela Lei do Cadastro Positivo de 2011 foi fundamental, no sentido de consolidar no direito brasileiro o conceito de autodeterminação informativa ao facultar ao indivíduo a possibilidade de formar ou não seu histórico e promover seu cancelamento. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Em uma perspectiva mais ampla, Doneda pontua que limitar o tratamento de dados pessoais não se traduz somente em uma restrição à liberdade das empresas e um custo a elas, mas também na construção de uma relação comercial segura que atrai o consumidor por meio do respeito aos seus dados pessoais. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹⁹ OMC. Electronic Commerce and Copyright (communication from Brazil and Argentina, 2017). *JOB/GC/113Rev.1*, 07 mar. 2017.; OMC. Joint Statement on Electronic Commerce - Electronic Commerce and Copyright (Communication from Brazil and Argentina, 2019). *INF/ECOM/16Rev.1*, 25 mar. 2019.

¹²⁰ OMC. Work programme on Electronic Commerce (Communication from Argentina, Brazil and Paraguay, 2016). *JOB/GC/115*, 21 dez. 2016.

3.2 Brasil 2.0: uma abordagem ofensiva na regulação de comércio digital

Entre as quatro comunicações enviadas pela delegação brasileira após a Declaração Conjunta de Davos sobre Comércio Eletrônico, de 2019, três trouxeram contribuições para uma vasta gama de questões sobre comércio eletrônico. Em uma mudança de postura quanto à negociação de regras vinculantes sobre o tema, o país abandonou sua posição defensiva em relação à regulação do comércio eletrônico e assumiu um papel de destaque nas negociações¹²¹, em um crescente alinhamento às propostas dos EUA.¹²² Esse alinhamento não se ateve somente à agenda digital, mas foi um movimento coordenado que envolveu a agenda econômica como um todo, conforme os governos de Jair Bolsonaro e Donald Trump se aproximavam.¹²³ As referidas submissões brasileiras já se deram sob a presidência de Bolsonaro, que havia prometido dar um passo além na liberalização do comércio para a negociação de acordos mais amplos de livre comércio.¹²⁴ O secretário de Comércio Exterior do Ministério da Economia, Lucas Ferraz, destacou a importância de uma “abordagem holística, mais global, de abertura de mercado na era da digitalização, como forma de melhorar o acesso a bens e serviços modernos a custos menores.”¹²⁵ Perspectiva que, para o Secretário, significa o engajamento do Brasil nas negociações de acordos de última geração, com dispositivos relacionados a temas como comércio de serviços, comércio digital, compras governamentais e facilitação de investimento.

O Embaixador Alexandre Parola, Representante Permanente do Brasil juntamente à OMC, anunciou que o Brasil tinha uma “nova agenda de transformação” no trato com a economia digital e que estava comprometido com uma negociação de forma construtiva, visando um possível desfecho sobre comércio eletrônico a ser adotado na 12ª Conferência Ministerial, depois adiada em decorrência da pandemia de Covid-19.¹²⁶ Na mesma ocasião, segundo Ferraz, o Brasil já estaria “totalmente alinhado” com as discussões em curso na OMC e também com alguns dos acordos comerciais concluídos pelo país recentemente.¹²⁷ Isso valeria para as questões relativas a direitos não aduaneiros, fluxos de dados, requisitos de localização para instalações de computação, compromisso de não exigir transferência ou acesso ao código-fonte e compromissos de proteção de dados pessoais, assinaturas eletrônicas, contratos eletrônicos e proteção ao consumidor.

A orientação liberal muito marcada no Ministério da Economia, incluindo a predileção por medidas de abertura unilateral da economia, contrapunha a preocupação anterior do Ministério das Relações Exteriores de maior cautela e de uma visão mais complexa sobre a política externa e a regulação nesse campo. A maior influência do novo Ministério e a mudança dos negociadores estão por trás da guinada para o modelo regulatório do CPTPP.¹²⁸ A alteração no governo tornou a liberalização do comércio eletrônico uma prioridade na

¹²¹ “Surprisingly, some of the developing countries – Brazil, Argentina and Colombia among others – which hitherto championed the cause of credible reforms in global farm trade, have now become the new messiahs of the digital trade, said a South American trade envoy” [...]. KANTH, Ravi. *US and allies circulated proposals on e-com pluri-accord*. Third World Network Info Service on WTO and Trade issues, 2019. Disponível em: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2019/ti190315.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

¹²² OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from the United States, 2019). *INF/ECOM/23*, 26 abr. 2019.

¹²³ TASQUETTO, Lucas; RORIZ, João. Deus em davos: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 120-137, 2020.

¹²⁴ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso Nacional (2019)*. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/02/04/mensagem-presidencial>. Acesso em: 30 maio 2022.

¹²⁵ SISCOMEX. *Secretário do Ministério da Economia mostra nova visão do Brasil para o comércio exterior*. 2019. Disponível em: <http://siscomex.gov.br/secretario-do-ministerio-da-economia-mostra-nova-visao-do-brasil-para-o-comercio-exterior/>. Acesso em: 20 maio 2022.

¹²⁶ OMC. *WTO Public Forum 2019*. Session: The impacts of the industry 4.0 on the manufacturing sector and national states: An emerging perspective regarding digitalization, mass customization and taxation. Organizer: Federation of the Industries of the State of Sao Paulo (FIESP). 2019. Disponível em: <https://www.wto.org/audio/pf19session72.mp3>; <https://dig.watch/resources/impacts-industry-40-manufacturing-sector-and-national-states-emerging-perspective>. Acesso em: 20 maio 2022.

¹²⁷ OMC. *WTO Public Forum 2019*. Session: The impacts of the industry 4.0 on the manufacturing sector and national states: An emerging perspective regarding digitalization, mass customization and taxation. Organizer: Federation of the Industries of the State of Sao Paulo (FIESP). 2019. Disponível em: <https://www.wto.org/audio/pf19session72.mp3>; <https://dig.watch/resources/impacts-industry-40-manufacturing-sector-and-national-states-emerging-perspective>. Acesso em: 20 maio 2022.

¹²⁸ Entrevista por meio virtual concedida por Diplomata do Brasil. Entrevista II. [out. 2019]. Entrevistadores: Fabio Costa Morosini e Lucas da Silva Taschetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) e, se antes o Brasil era reativo, a partir daquele momento buscou ser mais ofensivo nas negociações internacionais.¹²⁹

Nesse sentido, o documento INF/ECOM/3¹³⁰, originalmente JOB/GC/176, de 12 de abril de 2018, sugeriu quatro pilares de negociação que incluíam “acesso ao mercado” nos setores de serviços e não serviços relacionados a novos modelos de negócios baseados no ambiente digital e à infraestrutura do ambiente digital¹³¹, “facilitação do comércio eletrônico”, “desenvolvimento do comércio eletrônico” e um “documento de referência sobre comércio eletrônico”.¹³² No que diz respeito ao papel historicamente desempenhado pelo Brasil como defensor das principais posições dos países em desenvolvimento no multilateralismo comercial, alguns pontos se destacam no documento, principalmente relacionados aos conceitos de “flexibilidade” e “desenvolvimento”. O país advogou uma abordagem flexível em relação a qualquer possível resultado da OMC sobre o assunto, em uma combinação que pudesse permitir um nível de ambição adequado aos países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos, sem reduzir o nível geral de ambição na negociação como um todo.

Apresentou-se a noção de “desenvolvimento” como um elemento central das discussões sobre comércio eletrônico, de forma horizontal, tendo como base a Agenda de Comércio Eletrônico para o Desenvolvimento sugerida pela Costa Rica (JOB/GC/139).¹³³ Ao assim fazer, o Brasil deliberadamente subscreve uma leitura de economia digital e desenvolvimento estrategicamente formulada de início pelos países desenvolvidos e depois encampada por um grupo de países em desenvolvimento. Justamente estes tendem a ter os maiores problemas na adaptação à economia baseada em dados. Ainda que a pressão por regras uniformes internacionais seja cada vez mais forte, os desafios da economia digital e a capacidade dos diferentes países se valerem da sua expansão ainda são muito díspares. Em muitos lugares do Sul global, os formuladores de políticas ainda lidam com os desafios do fornecimento básico de conectividade digital. Poucos têm considerado as implicações mais amplas da economia digital e da digitalização e as dificuldades para efetivamente advogarem por seus interesses de curto e longo prazo na economia baseada em dados.^{134 135}

Reapresentado no mesmo dia, o INF/ECOM/17¹³⁶, originalmente JOB/GC/203, de 30 de outubro de 2018, introduziu sugestões mais profundas sobre contratos eletrônicos, sistemas de pagamento, concorrência, proteção do consumidor, ambiente regulatório e transferência transfronteiriça de informações

¹²⁹ Entrevista por meio virtual concedida por representante do Ministério da Economia do Brasil. Entrevista III. [out. 2019]. Entrevistadores: Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

¹³⁰ OMC. Exploratory work on Electronic Commerce (Non-Paper from Brazil, 2019). *INF/ECOM/3*, 25 mar. 2019.

¹³¹ Sob as duas categorias postas, propõe-se a discussão sobre neutralidade tecnológica do GATS, neutralidade da rede, transferência e/ou acesso ao código fonte, transmissões eletrônicas transfronteiriças e moratória sobre direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas de forma permanente. De acordo com a proposta, o trabalho sobre essas questões seria realizado sob as regras existentes do GATT e do GATS e não exigiria, em princípio, novas regras.

¹³² O último pilar incluiria os principais tópicos do comércio eletrônico que exigiriam a elaboração de novas regras, uma vez que não são explicitamente abordados nos acordos existentes da OMC.

¹³³ A Costa Rica propôs uma agenda baseada em seis áreas: infraestrutura e serviços de tecnologia da informação e comunicação (TIC); logística comercial; soluções de pagamento; marcos legais e regulatórios; desenvolvimento de habilidades de comércio eletrônico e assistência técnica; e acesso a financiamento. Em reação a isso, o Grupo Africano apresentou um documento indicando a “Agenda de Comércio Eletrônico para o Desenvolvimento” como uma “Agenda de Liberalização do Comércio”. Entre várias questões e críticas, em particular, os países apontaram as seis áreas identificadas pela Costa Rica como totalmente divorciadas das discussões sobre desenvolvimento que alguns Membros, como os países do Grupo Africano vêm defendendo. OMC. The work programme on Electronic Commerce (Statement by the African Group, 2017). *JOB/GC/144*, 20 out. 2017.

¹³⁴ FOSTER, Christopher; AZMEH, Shamel. The digital trade agenda and Africa. *Bridges Africa*, [S. l.], v. 7, n. 2, mar. 2018.

¹³⁵ O discurso sobre a necessidade de novas regras é construído em torno do imperativo do livre fluxo de informações e dados através das fronteiras. De acordo com essa história, por exemplo, as pequenas empresas na África podem aceder mais facilmente aos mercados de exportação através de tecnologias e plataformas digitais. O que não é dito é o nível extremo de poder de mercado e concentração por grandes plataformas e empresas digitais devido aos efeitos de rede, e os desequilíbrios de poder e rendas que são extraídos de pequenos atores que vendem nessas plataformas. NAIDU, Vahini. *Knowledge production in international trade negotiations is a high stakes game*. 2019. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/africaatlse/2019/06/14/knowledge-production-international-trade-digital/>. Acesso em: 18 maio 2022.

¹³⁶ OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/17*, 25 mar. 2019.

por meios eletrônicos. Particularmente em relação ao último tópico, o Brasil se apresentou, na OMC, pela primeira vez, disposto a assegurar a transferência transfronteiriça de dados com linguagem vinculante.

Juntamente a outras propostas amplamente alinhadas aos tópicos apontados pelos EUA como essenciais para um acordo, o Brasil apresentou uma proposta final¹³⁷, com a exclusão de pontos significativos ao documento anterior, como o dispositivo sobre direito de regular; os dispositivos sobre neutralidade da rede; a menção expressa sobre os casos em que se permitiria a transferência internacional de dados pessoais – que elencava *ipsis litteris* o previsto no Art. 33, com exceção do inciso IX, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); e o dispositivo sobre proteção de dados desde a concepção e por padrão, igualmente inspirado na LGPD. Ainda que não houvesse qualquer disposição sobre a localização de servidores e sobre o acesso ou a transferência de código-fonte, o documento trazia as mesmas disposições estadunidenses sobre transferência transfronteiriça de informações e sobre a proibição da imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas, não incluindo expressamente o conteúdo transmitido eletronicamente. No entanto, diferentemente da proposta dos EUA, a cláusula sobre transferência transfronteiriça de informações do documento brasileiro não previu a condição de não impor restrições à transferência de informações maiores do que o necessário para alcançar os objetivos de política pública.¹³⁸

Em julho de 2019, o Brasil apresentou uma nova proposta geral sobre comércio eletrônico, com uma estrutura semelhante à proposta anterior, mas mudando de abordagem na questão da imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas, que se apresenta de maneira mais taxativa, e com menos exceções.¹³⁹ Posteriormente, em outubro de 2019, o país faz circular um adendo ao documento INF/ECOM/27/Rev.1, com outras propostas sobre aspectos relacionados à facilitação do comércio digital.¹⁴⁰ Trataram-se questões relacionadas a documentos de administração de comércio eletrônico, troca de dados de janela única e interoperabilidade do sistema, disponibilidade eletrônica de informações relacionadas ao comércio, e uso de tecnologia para liberação de mercadorias.

O Brasil é um dos países mais engajados nas negociações na OMC. Depois da UE, do Canadá e da Nova Zelândia, ao lado de Austrália, Cingapura e EUA é um dos membros com o maior número de comunicações sobre comércio eletrônico submetidas à organização.¹⁴¹ Além das propostas gerais sobre comércio eletrônico, o país apresentou, também, propostas de facilitação do comércio eletrônico. No entanto, isso não significa de nenhuma forma que hoje o Brasil tenha uma proposta original sobre o tema na mesa. Como visto, ainda que se reafirme a orientação das propostas brasileiras pelo marco jurídico interno, em especial pelo Marco Civil e pela LGPD¹⁴², paulatinamente o país foi retirando de suas propostas elementos advindos da

¹³⁷ OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27*, 30 abr. 2019.

¹³⁸ A proposta considera que a proibição da cobrança de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas “não impedirá uma Parte de impor direitos aduaneiros, tarifas domésticas, taxas ou outros encargos sobre o conteúdo transmitido eletronicamente, desde que esses impostos, taxas ou encargos sejam impostos de maneira consistente com este Acordo/Documento de Referência e de forma não discriminatória”; e que, “sujeitos às condições estabelecidas em suas respectivas leis domésticas, os Membros têm direito a cobrar impostos sobre o comércio digital sobre receitas e lucros gerados em seu território, mesmo que plataformas ou fornecedores eletrônicos não possuam presença comercial em seu território”. OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27*, 30 abr. 2019.

¹³⁹ OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27/Rev.1*, 09 jul. 2019.

¹⁴⁰ OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27/Rev.1/Add.1*, 07 out. 2019.

¹⁴¹ AARONSON, Susan Ariel; STRUETT, Thomas. Data is divisive: a history of public communications on e-commerce, 1998–2020. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 247, dec. 2020.; ISMAIL, Yasmim. *E-commerce in the World Trade Organization*. History and latest developments in the negotiations under the Joint Statement. Geneva: The International Institute for Sustainable Development and CUTS Internacional, 2020.

¹⁴² Segundo Miriam Wimmer: “nós somos sempre orientados pelo nosso marco jurídico interno, que tem duas normas muito relevantes nesse contexto. De um lado, o Marco Civil da Internet, que estabelece regras sobre a neutralidade de rede, remoção de conteúdo, liberdade de expressão on-line; e, de outro, a LGPD, que nesse momento ainda possui uma grande incerteza acerca da data de sua entrada em vigor e da constituição da sua autoridade nacional de dados, que vai desempenhar um papel superimportante na conformação desses fluxos internacionais de dados”. WITCAST: Digital Trade. Entrevistadoras: Verônica Prates e Marina Carvalho. Entrevistadas: Daniela Matos e Miriam Wimmer. [S. l.]: Women Inside Trade, ago. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://>

legislação doméstica de governança da Internet e de proteção de dados pessoais, bem como as flexibilidades para políticas de desenvolvimento. Tal posicionamento do governo brasileiro se sustenta na percepção de que a linguagem das exceções seria suficiente para salvaguardar os seus interesses não-comerciais, apesar de evidências empíricas contrárias.¹⁴³

Nas palavras de Daniela Mattos, então assessora no Gabinete da Secretaria de Comércio Exterior e representante do Ministério da Economia nas negociações comerciais de comércio eletrônico, o Brasil “não vai se furtrar e não se furta a discutir nenhum dos assuntos que estão sendo apresentados” e, entre as principais abordagens sobre comércio eletrônico, estaria “um pouco mais alinhado com a posição norte-americana”, mas ao mesmo tempo com “algumas similaridades com a posição da UE, principalmente no que tange à importação da proteção de dados pessoais”.¹⁴⁴ Ao contrário do que parece indicar Mattos, essas posições não são absolutamente compatíveis, sobretudo quanto ao ponto da proteção de dados pessoais. Assim, no que diz respeito ao Brasil, os limites do modelo CPTPP sobre a capacidade do estado de implementar restrições sobre transferências de dados se apresentam como potencialmente contraditórios e de difícil conciliação com eventuais demandas por tais restrições advindas da legislação doméstica, em particular da LGPD, ou por parte da UE para manter uma decisão de adequação.¹⁴⁵

3.3 O Brasil e as negociações de comércio digital bilaterais e regionais

A profunda alteração na postura negocial sobre comércio eletrônico na OMC corresponde também às posições que o Brasil passa a adotar em suas negociações comerciais bilaterais e regionais. Brasil e Chile assinaram, em 21 de novembro de 2018, um acordo bilateral de livre comércio que será incorporado ao Acordo de Complementação Econômica n. 35, assinado anteriormente entre o Chile e os Estados Partes do Mercosul. Sob o novo acordo, os dois países assumem compromissos em 24 áreas não tarifárias. Pela primeira vez, o Brasil negociou acordos bilaterais com questões como comércio eletrônico, boas práticas regulatórias, cadeias de valor regionais e globais, além de comércio e gênero, meio ambiente e trabalho. A negociação sobre comércio eletrônico estabelece um precedente sobre o tema e dá conta da flexibilidade dos negociadores comerciais brasileiros.¹⁴⁶

No campo do comércio eletrônico, com um capítulo específico, o acordo adotou como referência a estrutura e a linguagem do CPTPP¹⁴⁷, incluindo a promoção do livre fluxo transfronteiriço de informações (Artigo 10.12), a não exigência de localização de servidores da outra parte no território nacional (Artigo 10.13) e compromissos de não imposição de direitos aduaneiros sobre as transmissões eletrônicas por pessoas de ambos os países (Artigo 10.3), embora não preveja nenhuma disciplina para proibir a divulgação do código-fonte. O modelo TPP também foi seguido no capítulo de telecomunicações com a disposição sobre

open.spotify.com/episode/4p1VRNAQBZkSnGCI9FDSfq?si=f35681e647e041bc. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹⁴³ PUBLIC CITIZEN. *Only One of 40 Attempts to Use the GATT Article XX/GATS Article XIV “General Exception” Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct Will Not Provide for an Effective TPP General Exception*. Washington: Public Citizen’s Global Trade Watch. 2019. Disponível em: <https://www.citizen.org/article/only-one-of-44-attempts-to-use-the-wtos-general-exception-to-only-one-of-44-attempts-to-use-the-gatt-article-xx-gats-article-xiv-general-exception-has-ever/>. Acesso em: 05 maio 2022.

¹⁴⁴ WITCAST: Digital Trade. Entrevistadoras: Verônica Prates e Marina Carvalho. Entrevistadas: Daniela Matos e Miriam Wimmer. [S. l.]: Women Inside Trade, ago. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4p1VRNAQBZkSnGCI9FDSfq?si=f35681e647e041bc>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹⁴⁵ GEIST, Michael. Data Rules in Modern Trade Agreements: Toward Reconciling an Open Internet with Privacy and Security Safeguards. In: CIGI. *Data Governance in the Digital Age: a CIGI Essay Series*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2018. p. 108-113.

¹⁴⁶ Entrevista por meio virtual concedida por representante do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Entrevista IV. [out. 2019]. Entrevistadores: Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto. A entrevista na íntegra encontra-se arquivada com os autores.

¹⁴⁷ Para uma discussão sobre os impactos de acordos megarregionais, mesmo para países terceiros, ver: BENVENISTI, Eyal. Democracy captured: the mega-regional agreements and the future of global public law. *Constellations*, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 58-70, mar. 2016. Para uma discussão sobre os potenciais efeitos de um acordo tipo-TPP no Brasil, veja Trubek, Morosini e Sanchez-Badin...

neutralidade de rede.¹⁴⁸ O Artigo 11.11 não cria nenhuma obrigação legal. Diferentemente do que o Brasil propôs, em seus documentos, na OMC, a disposição sobre neutralidade da rede implicou uma linguagem de melhores esforços (*best-efforts*), não vinculante.

Por outro lado, se com o Chile o Brasil se vinculou ao modelo regulatório do CPTPP, no contexto da conclusão das negociações sobre o Acordo de Associação UE-Mercosul adaptou-se à proposta europeia. De forma mais singela, em subseções específicas, adotaram-se disciplinas relativas à regulamentação de telecomunicações e comércio eletrônico. A UE tem um papel fundamental na governança global da proteção de dados pessoais e privacidade, e, desde 2015, a estratégia de comércio e investimentos da Comissão Europeia reconhece o livre fluxo transfronteiriço de dados como um interesse ofensivo para o bloco.¹⁴⁹ A subseção 6 sobre comércio eletrônico do Capítulo sobre ‘Comércio de Serviços e Estabelecimento’ apresenta um conjunto ainda limitado de regras que se aplicam a todos os setores. Adotaram-se dispositivos vinculantes que proíbem a imposição de direitos aduaneiros sobre as transmissões eletrônicas e promovem o reconhecimento de documentos e assinaturas eletrônicas, além do compromisso das Partes de trabalharem conjuntamente no combate ao *spam* e na proteção ao consumidor.

Em seu Artigo 51, a subseção sobre comércio eletrônico adota o “entendimento sobre serviços de informática”. Promovido desde o início dos anos 2000 pela UE na OMC e em seus acordos de livre comércio, o “entendimento” expande sutilmente a classificação de serviços de informática em acordos sobre comércio de serviços. A adesão a essa definição aberta da UE garante acesso, praticamente irrestrito, às empresas de infraestrutura digital e direitos de operação com regulamentação muito limitada. Compromissos plenos com as regras de acesso ao mercado e com as obrigações de tratamento nacional aprofundariam esse quadro e dificultariam o desenvolvimento de concorrentes locais. Nas palavras de J. Kelsey, o “entendimento” pode funcionar como um “cavalo de Tróia” para regras de comércio eletrônico às quais alguns países em desenvolvimento ainda resistem em acordos comerciais.¹⁵⁰

Por fim, no dia 29 de abril de 2021, em Montevideu, assinou-se o Acordo sobre Comércio Eletrônico do MERCOSUL. Apresentado pela Chancelaria brasileira como o acordo “mais ambicioso já concluído pelo Brasil em matéria de Comércio Eletrônico”, aprofunda o tratamento do tema, já incluído pelo país no Acordo de Livre Comércio com o Chile e nas negociações extrarregionais do Acordo de Associação MERCOSUL-UE. Seu conteúdo corresponde, na perspectiva dos negociadores brasileiros, aos compromissos pactuados nos acordos de comércio mais abrangentes sobre comércio eletrônico e representaria uma contribuição aos atuais esforços de negociação de regras multilaterais sobre o tema.¹⁵¹

No âmbito do bloco regional, o Acordo se soma à iniciativa MERCOSUL Digital e ao Acordo de Reconhecimento Mútuo de Certificados de Assinatura Digital do MERCOSUL, assinado em dezembro de 2019. Com um “forte impulso” da então Presidência argentina do MERCOSUL¹⁵², em dezembro de 2017, o Conselho do Mercado Comum estabeleceu o Grupo Agenda Digital do MERCOSUL (GAD), com o objetivo de “promover o desenvolvimento de um MERCOSUL Digital”. A iniciativa reuniu, em relação ao GAD, tópicos relacionados à economia digital, até então não coordenados entre si e dispersos em foros independentes. No primeiro semestre do ano seguinte, o GAD chegou ao seu primeiro Plano de Ação (2018-20),

¹⁴⁸ NEERA, R. S. Trade rules for the digital economy: charting new waters at the WTO. *World Trade Review*, Cambridge, v. 18, p. 121-141, jan. 2019.

¹⁴⁹ YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

¹⁵⁰ KELSEY, Jane. *Understanding the European Union's understanding on computer and related services*. Penang: Third World Network, 2019.

¹⁵¹ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Assinado acordo sobre comércio eletrônico do MERCOSUL*: nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. Nota à imprensa n. 50, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/assinado-acordo-sobre-comercio-eletronico-do-mercosul-nota-conjunta-mre-mecon. Acesso em: 04 jul. 2021.

¹⁵² MERCOSUL. *Avança a agenda digital no MERCOSUL*. 2019. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/avanca-a-agenda-digital-no-mercosul/>. Acesso em 05 out. 2020.

com a negociação de compromissos sobre infraestrutura digital e conectividade; segurança e confiança no ambiente digital; economia digital; habilidades digitais; governo digital, governo aberto e inovação pública; aspectos técnicos e regulatórios; e coordenação em foros internacionais.¹⁵³

Em seus dezessete artigos, o Acordo abarca a “proibição de imposição de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas; a aceitação de assinaturas digitais; o alinhamento das normas nacionais de proteção ao consumidor “online” com as normas sobre a matéria vigentes no MERCOSUL; a adoção e a manutenção de marcos legais relativos à proteção de dados pessoais¹⁵⁴; a livre transferência de informações por meios eletrônicos para fins comerciais; a proibição da exigência de instalação de servidores dentro do próprio território como contrapartida para realização de negócios; a proteção contra mensagens comerciais não solicitadas (“*anti-spam*”); a facilitação do comércio por meios eletrônicos; e a cooperação por meio da troca de experiências, informações e dados, com o objetivo de maximizar oportunidades proporcionadas pelo comércio eletrônico para micro, pequenas e médias empresas.”¹⁵⁵ A estrutura geral do Acordo e o conteúdo de suas cláusulas deixam transparecer a inspiração no modelo CPTPP.

Além do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai também estão entre os 88 países que participam das negociações plurilaterais na OMC. Ainda em 2017, Argentina e Uruguai já compunham o grupo “*Friends of E-commerce for Development*”. Nas comunicações públicas da *Joint Statement Initiative*, por exemplo, Brasil e Uruguai já argumentavam pela moratória de direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas; enquanto Brasil e Paraguai também se juntavam a países desenvolvidos no esboço de uma linguagem sobre governança dos dados, incluindo a governança de fluxos transfronteiriços de dados e a proibição de requisitos de localização.¹⁵⁶

De modo geral, os países em desenvolvimento enfrentam assimetrias de informação e poder vis-à-vis os países mais avançados em termos de negociação. Em um processo em que ainda não se tem nenhuma forma estabelecida de avaliar a proposta de valor de compromissos em dados, esses países sofrem pressões de alinhamento às principais abordagens de regulação da economia digital, inclusive por meio de capítulos de comércio digital em acordos comerciais.¹⁵⁷ Isso a despeito do fato de que muitos países em desenvolvimento ainda não estão prontos para tal tomada de decisão. Dificuldades como infraestrutura precária, financiamento restrito, baixo número de pesquisadores, ausência de estratégias para dados públicos e proteção de dados pessoais se colocam à frente.¹⁵⁸ Nesse sentido, o modelo originário do CPTPP rapidamente emerge como a abordagem padrão nos acordos sobre comércio digital. No Brasil, em particular, a pressa na assinatura desses instrumentos traduziu um esforço do governo Bolsonaro em consolidar um marco regulatório mais liberal.

¹⁵³ MERCOSUL. *Agenda digital*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/agenda-digital/>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁵⁴ A garantia da livre circulação transfronteiriça de dados, que, “para maior certeza”, fica sujeita à aplicação de um “nível de proteção adequado” aos dados pessoais que as Partes recebem de outro Parte, nos termos do Artigo 6.7. Contudo, dá-se grande amplitude ao que se pode considerar proteção adequada aos dados pessoais na medida em que esta pode ser aplicada “mediante norma geral ou regulamentação específica autônoma ou por acordos mútuos, gerais ou específicos ou em marcos internacionais mais amplos, admitindo-se para o setor privado a implementação de contratos ou autorregulação.”

¹⁵⁵ MERCOSUL. *Assinado acordo sobre comércio eletrônico do MERCOSUL*. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/canal_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2021/Abril/assinado-acordo-sobre-comercio-eletronico-do-mercosul. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁵⁶ AARONSON, Susan Ariel; STRUETTI, Thomas. Data is divisive: a history of public communications on e-commerce, 1998–2020. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 247, dec. 2020.

¹⁵⁷ CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria. Leveraging the digital transformation for development: a Global South strategy for the the data-driven economy. *Policy Brief*, Waterloo, n. 148, abr. 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/static/documents/documents/PB%20no.148%20web.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁵⁸ AARONSON, Susan Ariel. Data is different: why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 197, nov. 2018.

4 Considerações finais

Em um contexto de digitalização exponencial da economia, para que os ganhos da transformação digital sejam mais inclusivos, é necessário observar como os países em diferentes estágios de desenvolvimento se envolvem nas transações comerciais digitais.¹⁵⁹ Embora a pressão por regras internacionais uniformes seja cada vez mais forte, os desafios da economia digital e as capacidades de diferentes países desfrutarem de sua expansão ainda são muito díspares. A menos que sejam enfrentadas de maneira adequada, as brechas digitais entre e dentro dos países irão aumentar, exacerbando as desigualdades existentes.¹⁶⁰ Na economia digital, os brasileiros “são puramente consumidores, em vez de protagonistas”¹⁶¹, o que coloca o país em uma posição de vulnerabilidade econômica e política. Em paralelo, rareiam os investimentos em ciência, tecnologia e inovação. Como está, a agenda de comércio digital não aborda questões básicas fundamentais de disparidade de infraestrutura, acesso à rede e espaço para inovação.

Sob a égide do comércio digital, rompeu-se a resistência brasileira em assumir compromissos vinculantes sobre livre fluxo transfronteiriço de dados e outros aspectos da esfera digital. Por meio da abordagem comercial, as questões relacionadas à governança da Internet e ao comércio eletrônico passaram a ser “áreas periféricas”, prontas para serem incluídas como *trade-offs* em novos acordos comerciais.

As primeiras manifestações do Brasil sobre o tema na OMC refletiram explicitamente a necessidade de flexibilidades para os países em desenvolvimento nas negociações, medidas para garantir a transferência de tecnologia, regras vinculantes sobre marcos regulatórios para a proteção do consumidor, proteção de dados pessoais e privacidade, com proteções obrigatórias aos usuários. Além disso, sugeriam disposições de neutralidade da rede com linguagem vinculante, proibindo que as operadoras de telecomunicações discriminassem pacotes de dados. Naquele momento, foram incorporadas às propostas contribuições significativas, tanto de regulações domésticas sobre proteção do consumidor, proteção de dados pessoais e privacidade, quanto da participação brasileira em fóruns internacionais de governança da Internet. Esperava-se que a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados, em 2018, reforçasse a permeabilidade entre a agenda digital e a comercial.

No entanto, o acordo de livre comércio firmado com o Chile, também em 2018, o acordo sobre comércio eletrônico do MERCOSUL, de 2021, e os últimos documentos apresentados na OMC durante as negociações plurilaterais sobre comércio eletrônico, mais próximos aos principais pontos trazidos pela agenda de comércio eletrônico dos EUA, sinalizam outro rumo. Considerando o que tem sido apontado como os principais marcos regulatórios da economia digital, seria como se domesticamente o Brasil tivesse adotado uma abordagem europeia sobre proteção de dados pessoais e privacidade, com base no GDPR, da UE, ao mesmo tempo em que, nas negociações comerciais internacionais, parece consolidar compromissos seguindo o modelo estadunidense sobre comércio digital e sua abordagem sobre proteção de dados pessoais e privacidade em acordos de comércio. As razões para tanto apontam para as mudanças nos rumos da política comercial do país a partir de 2016, com maior peso da área comercial na definição de posições relacionadas também às questões não-comerciais; o foco das negociações comerciais nas relações Norte-Sul e nos países da Aliança do Pacífico na América Latina; e, por fim, um maior alinhamento político e comercial com os EUA refletindo sobre as posições do Brasil na OMC.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ, J. López; JOUANJEAN, M. Digital trade: developing a framework for analysis. *OECD Trade Policy Papers n. 205*. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁶⁰ UNCTAD. *The value and role of data in electronic commerce and the digital economy and its implications for inclusive trade and development*. New York; Geneva: United Nations, 2019.

¹⁶¹ ABRAMOVAY, Ricardo. *Na economia digital, somos puramente consumidores, em vez de protagonistas*. 2019. Disponível em: <https://m.cbn.globoradio.globo.com/media/audio/258785/na-economia-digital-somos-puramente-consumidores-e.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

Referências

- AARONSON, Susan Ariel. Data is a development issue. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 223, jul. 2019.
- AARONSON, Susan Ariel. Data is different: why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 197, nov. 2018.
- AARONSON, Susan Ariel. The digital trade imbalance and its implications for internet governance. *Paper Series*, Waterloo, n. 25, 2016.
- AARONSON, Susan Ariel. Why trade agreements are not setting information free: the lost history and reinvigorated debate over cross-border data flows, human rights, and national security. *World Trade Review*, Cambridge, v. 14, n. 4, p. 671-700, abr. 2015.
- AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide: the rise of data realms and its implications for the WTO. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 245-272, jun. 2018.
- AARONSON, Susan Ariel; STRUETT, Thomas. Data is divisive: a history of public communications on e-commerce, 1998–2020. *CIGI Papers*, Waterloo, n. 247, Dec. 2020.
- ABDENUR, Adriana Erthal; GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. Triggering the norms cascade: Brazil's initiatives for curbing electronic espionage. *Global Governance*, Leiden, v. 21, n. 3, p. 455-474, jul./set. 2015.
- ABRAMOVAY, Ricardo. *Na economia digital, somos puramente consumidores, em vez de protagonistas*. 2019. Disponível em: <https://m.cbn.globoradio.globo.com/media/audio/258785/na-economia-digital-somos-puramente-consumidores-e.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- AGREEMENT between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area. 2000. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/Jordan%20FTA.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.
- ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As transferências transatlânticas de dados pessoais: o nível de proteção adequado depois de Schrems. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, v. 5, n. 9, p. 201-236, jan./jun. 2017.
- AUSTRALIA. *United States Free Trade Agreement*. 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.
- AZMEH, Shamel; FOSTER, Christopher; ECHAVARRI, Jaime. The international trade regime and the quest for free digital trade. *International Studies Review*, Oxford, v. 22, n. 3, p. 671-672, set. 2020.
- BANGA, Rashmi. Growing trade in electronic transmissions and implications for the south. *UNCTAD Research Paper*, Genebra, n. 29, fev. 2019.
- BENVENISTI, Eyal. Democracy captured: the mega-regional agreements and the future of global public law. *Constellations*, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 58-70, mar. 2016.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Assinado acordo sobre comércio eletrônico do MERCOSUL: nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia*. Nota à imprensa n. 50, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/assinado-acordo-sobre-comercio-eletronico-do-mercosul-nota-conjunta-mre-mecon. Acesso em: 04 jul. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso Nacional (2019)*. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/02/04/mensagem-presidencial>. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASSCOM *et al.* *Brazil digital trade letter*. 2020. Disponível em: <https://www.itic.org/policy/ITIMultiasociationUSBrazilDigitalTradeLetter.pdf>.

BURRI, Mira. Approaches to digital trade and data flow regulation across jurisdictions: implications for the future EU-ASEAN agreement. *Legal Issues of Economic Integration*, [S. l.], v. 49, n. 2, p. 149-168, mar. 2022.

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE. *Powering the digital economy: a trade agenda to drive growth*. Business software alliance. Washington, 2015.

CHANDER, Anupam. Is data localization a solution for Schrems II? *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 771–784, set. 2020.

CHINA. *Civil code of the people's republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CHINA. *Cyber security law of the people's republic of China*. 2017. Disponível em: <https://www.dezshira.com/library/legal/cyber-security-law-china-8013.html>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CHINA. *Data security law of the people's republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CHINA. *Personal information protection law of the people's republic of China*. 2021. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml> (tradução não oficial). Acesso em: 10 abr. 2022.

CIURIAK, Dan. Digital trade is data treaty-ready? *CIGI Papers*, Waterloo, n. 162, fev. 2018.

CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria. Leveraging the digital transformation for development: a Global South strategy for the the data-driven economy. *Policy Brief*, Waterloo, n. 148, abr. 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/static/documents/documents/PB%20no.148%20web.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Economia digital e comércio eletrônico: pautas e propostas do setor produtivo*. Brasília: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2018.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

E-COMMERCE BRASIL. *E-commerce cresce 12% e fatura R\$ 53,2 bilhões em 2018, diz Ebit/Nielsen*. 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-fatura-2018-ebit-nielsen/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

E-COMMERCE BRASIL. *E-commerce no Brasil bate recorde e atinge R\$ 53 bilhões no 1º semestre, mostra Ebit|Nielsen*. 2021. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-no-brasil-bate-recorde-e-atinge-r-53-bilhoes-ebit-nielsen-webshoppers/>. Acesso em: 14 set. 2021.

ERIE, Matthew Steven; STREINZ, Thomas. The Beijing effect: China's 'Digital Silk Road' as transnational data governance. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 54, n. 1, p. 1-92, 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Adequacy decisions how the EU determines if a non-EU country has an adequate level of data protection*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en. Acesso em: 15 jan. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Horizontal provisions for cross-border data flows and for personal data protection (in EU trade and investment agreements)*. 2018. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/may/tradoc_156884.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

EUROPEAN UNION. *Agreement between the European Union and Japan for an economic partnership*. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc_157228.pdf#page=185. Acesso em: 14 out. 2020.

FERRACANE, Martina; LEE-MAKIYAMA, Hosuk. China's technology protectionism and its non-negotiable rationales. European Centre for International Political Economy. 2017. Disponível em: <http://ecipe.org/publications/chinas-technology-protectionism/> Acesso em: 08 maio 2020.

FONSECA, Alexandre Nilo; LOPES, Ludovino. Estudo comparativo sobre comércio eletrônico nas pequenas e médias empresas no Brasil e União Europeia. Brasília: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2016.

FOSTER, Christopher; AZMEH, Shamel. The digital trade agenda and Africa. *Bridges Africa*, [S. l.], v. 7, n. 2, mar. 2018.

FREE Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China. 2015. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/Australia/annex/xdzw_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

FREE Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and The Government of the Republic of Korea. 2015. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

GAO, Henry. Digital or trade? the contrasting approaches of China and US to digital trade. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 297–321, jun. 2018.

GAO, Henry. Regulation of Digital Trade in US Free Trade Agreements: From Trade Regulation to Digital Regulation. *Legal Issues of Economic Integration*, Leiden, v. 45, n. 1, p. 47-70, 2018.

GEIST, Michael. Data Rules in Modern Trade Agreements: Toward Reconciling an Open Internet with Privacy and Security Safeguards. In: CIGI. *Data Governance in the Digital Age: a CIGI Essay Series*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2018. p. 108-113.

GONZÁLEZ, J. López; JOUANJEAN, M. Digital trade: developing a framework for analysis. *OECD Trade Policy Papers n. 205*. Paris: OECD Publishing, 2017.

GOOGLE. *Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information*. White Paper. Mountain View: Google Inc., 2010.

HALPERT, Madeline; FORTNAM, Brett. Eyeing an Indo-Pacific framework: Waiting for more 'flesh on the bones'. *Inside U.S. Trade*, 24 nov. 2021. Disponível em <https://insidetrade.com/daily-news/eyeing-indo-pacific-framework-waiting-more-%E2%80%98flesh-bones%E2%80%99>. Acesso em: 03 mar. 2021.

HOLLEYMAN, Robert. *Lockout: how a new wave of trade protectionism is spreading through the world's fastest-growing TI markets: and what to do about it*. Washington, 2012.

INTERNET ASSOCIATION. *Submission For The 2020 USTR National Trade Estimate Report*. Docket No. USTR-2019-0012. Washington: Internet Association, 2019.

ISMAIL, Yasmim. *E-commerce in the World Trade Organization: History and latest developments in the negotiations under the Joint Statement*. Geneva: The International Institute for Sustainable Development and CUTS Internacional, 2020.

KANTH, Ravi. *US and allies circulated proposals on e-com pluri-accord*. Third World Network Info Service on WTO and Trade issues, 2019. Disponível em: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2019/ti190315.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

KELSEY, Jane. *Digital trade rules and big tech: surrendering public good to private power*. Ferney-Voltaire: Public Services International, 2020.

KELSEY, Jane. *Important differences between the final RCEP electronic commerce chapter and the TPPA and lessons for e-commerce in the WTO*. 2020. Disponível em: <https://www.bilaterals.org/?important-differences-between-the&lang=en>. Acesso em: 15 out. de 2020.

KELSEY, Jane. *Understanding the European Union's understanding on computer and related services*. Penang: Third World Network, 2019.

MCKINSEY. *Digital globalization: The New Era of Global Flows*. McKinsey Global Institute, 2016.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018.

MERCOSUL. *Agenda digital*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/agenda-digital/>. Acesso em: 05 out. 2020.

MERCOSUL. *Assinado acordo sobre comércio eletrônico do MERCOSUL*. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2021/Abril/assinado-acordo-sobre-comercio-eletronico-do-mercosul. Acesso em: 05 out. 2020.

MERCOSUL. *Avança a agenda digital no MERCOSUL*. 2019. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/avanca-a-agenda-digital-no-mercosul/>. Acesso em 05 out. 2020.

MINISTRY OF COMMERCE. *People's Republic of China*: China has submitted an official application to join the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA). 2021. Disponível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202111/20211103214781.shtml>. Acesso em: 04 maio 2020.

MINISTRY OF COMMERCE. *People's Republic of China*: China officially applies to join the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP). 2021. Disponível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/202109/20210903201113.shtml>. Acesso em: 04 maio 2020.

NAIDU, Vahini. *Knowledge production in international trade negotiations is a high stakes game*. 2019. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/africaatlse/2019/06/14/knowledge-production-international-trade-digital/>. Acesso em: 18 maio 2022.

NEERA, R. S. Trade rules for the digital economy: charting new waters at the WTO. *World Trade Review*, Cambridge, v. 18, p. 121-141, jan. 2019.

OECD. *Trade in the Digital Era*. OECD Going Digital Policy Note. 2019. Disponível em: www.oecd.org/going-digital/trade-in-the-digital-era.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

OMAN. *United States Free Trade Agreement*. 2006. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/oman/asset_upload_file650_8842.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

OMC. Joint Statement on Electronic Commerce - Electronic Commerce and Copyright (Communication from Brazil and Argentina, 2019). *INF/ECOM/16Ren.1*, 25 mar. 2019.

OMC. Contribution to the Work Programme on Electronic Commerce (Communication from the European Union and the United States). *S/C/W/338*, 2011.

OMC. Electronic Commerce and Copyright (communication from Brazil and Argentina, 2017). *JOB/GC/113Rev.1*, 07 mar. 2017.

OMC. Exploratory work on Electronic Commerce (Non-Paper from Brazil, 2019). *INF/ECOM/3*, 25 mar. 2019.

OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27/Rev.1/Add.1*, 07 out. 2019.

OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27/Rev.1*, 09 jul. 2019.

OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/17*, 25 mar. 2019.

OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from Brazil, 2019). *INF/ECOM/27*, 30 abr. 2019.

OMC. Joint Statement on Electronic Commerce (Communication from China, 2019). *INF/ECOM/19*, 2019.

OMC. Joint Statement on Electronic Commerce (Communication from the European Union 2019). *INF/ECOM/22*, 2019.

OMC. Joint statement on Electronic Commerce (Communication from the United States, 2019). *INF/ECOM/23*, 26 abr. 2019.

OMC. The work programme on Electronic Commerce (Statement by the African Group, 2017). *JOB/GC/144*, 20 out. 2017.

OMC. Work programme on Electronic Commerce (Communication from Argentina, Brazil and Paraguay, 2016). *JOB/GC/115*, 21 dez. 2016.

OMC. Work programme on Electronic Commerce (Non-Paper from Brazil, 2016). *JOB/GC/98*, 20 jul. 2016.

OMC. Work Programme on Electronic Commerce. *WT/L/274*, 30 set. 2014. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/274.pdf&Open=True>. Acesso: 05 fev. 2022.

OMC. Work Programme on Electronic Commerce: Aiming at the 11th Ministerial Conference. Communication from the People's Republic of China and Pakistan, Revision. *JOB/GC/110/Rev.1; JOB/CTG/2/Rev.1; JOB/SERV/243/Rev.1; JOB/DEV/39/Rev.1*, 2016.

OMC. *WTO Public Forum 2019*. Session: The impacts of the industry 4.0 on the manufacturing sector and national states: An emerging perspective regarding digitalization, mass customization and taxation. Organizer: Federation of the Industries of the State of Sao Paulo (FIESP). 2019. Disponível em: <https://www.wto.org/audio/pf19session72.mp3>; <https://dig.watch/resources/impacts-industry-40-manufacturing-sector-and-national-states-emerging-perspective>. Acesso em: 20 maio 2022.

ONU. Assembléia Geral da ONU. *Resolução 68/167 (AG Index: A/RES/69/166, 18 dez. 2013)*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/764407>. Acesso em: 05 fev. 2022.

ONU. Assembléia Geral da ONU. *Resolução 69/166 (AG Index: A/RES/68/167, 18 dez. 2014)*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/788140>. Acesso em: 05 fev. 2022.

PANAMA. *United States Trade Promotion Agreement*. 2007. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file423_10399.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

PROTOCOL to Amend the Free Trade Agreement and the Supplementary Agreement on Trade in Services of the Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and The Government of the Republic of Chile. 2019. Disponível em: http://fta.mofcom.gov.cn/chile/xieyi/bcyds_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

PUBLIC CITIZEN. *Only One of 40 Attempts to Use the GATT Article XX/GATS Article XIV "General Exception" Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct Will Not Provide for an Effective TPP General Exception*. Washington: Public Citizen's Global Trade Watch. 2019. Disponível em: <https://www.citizen.org/article/only-one-of-44-attempts-to-use-the-wtos-general-exception-to-only-one-of-44-attempts-to-use-the-gatt-article-xx-gats-article-xiv-general-exception-has-ever/>. Acesso em: 05 maio 2022.

SANTORO, Maurício; BORGES, Bruno. Brazilian foreign policy towards internet governance. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 60, n. 1, p. 1-16, 2016.

SHAFFER, Gregory. Trade Law in a Data-Driven Economy: The Need for Modesty and Resilience. *World Trade Review*, Cambridge, v. 20, p. 259-281, 2021.

SISCOMEX. Secretário do Ministério da Economia mostra nova visão do Brasil para o comércio exterior. 2019. Disponível em: <http://siscomex.gov.br/secretario-do-ministerio-da-economia-mostra-nova-visao-do-brasil-para-o-comercio-exterior/>. Acesso em: 20 maio 2022.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR; COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Painel TIC COVID-19: pesquisa sobre o uso da internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/painel-tic-covid-19-pesquisa-sobre-o-uso-da-internet-no-brasil-durante-a-pandemia-do-novo-coronavirus-1-edicao/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

STREINZ, Thomas. Digital megaregulation uncostested? TPP's model for the global digital economy. In: KINGSBURY, Benedict; MALONE, David M.; MERTENSKÖTTER, Paul; STEWART, Richard B.; STREINZ, Thomas; SUNAMI, Atsushi (ed.). *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 312-342.

TASQUETTO, Lucas; RORIZ, João. Deus em davos: o direito internacional entre reacionários e neoliberais no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 120-137, 2020.

THE DOMINICAN REPUBLIC. *United States Free Trade Agreement*. 2004. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file783_3934.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

THE WHITE HOUSE. Fact sheet: in Asia, President Biden and a Dozen Indo-Pacific Partners Launch the Indo-Pacific Economic Framework for Prosperity. *Statements and Releases*, 23 maio 2022.

THORSTENSEN, Vera; DELICH, Valentina. Convergence on e-commerce: the case of Argentina, Brazil and MERCOSUR. In: SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*. Geneva: WTO Publications, 2021. p. 233-248.

U.S., others call for cross-border data flow, no localization in WTO e-commerce talks'. *Inside U.S. Trade*. 05 Mar. 2019. Disponível em: <https://insidetrade.com/daily-news/us-others-call-cross-border-data-flow-no-localization-wto-e-commerce-talks>.

UNCITRAL. *Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998*. 1996. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

UNCTAD. *Data protection regulations and international data flows: implications for trade and development*. New York and Geneva: United Nations, 2016.

UNCTAD. *Digital Economy Report 2019: Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*. 2019. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

UNCTAD. *Global e-commerce jumps to \$26.7 trillion, COVID-19 boosts online sales*. 2021. Disponível em: <https://unctad.org/news/global-e-commerce-jumps-267-trillion-covid-19-boosts-online-sales>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNCTAD. *The value and role of data in electronic commerce and the digital economy and its implications for inclusive trade and development*. New York; Geneva: United Nations, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN> Acesso em: 09 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do Conselho*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 09 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão C-311/18 (Schrems II)*. 16 jul. 2021. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5CF22DCB44F3A2E8A8022844284EB561?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2824670>. Acesso em: 15 abr. 2022.

UNITED STATES. *Chile Free Trade Agreement*. 2003. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file415_4009.pdf Acesso em: 06 maio 2020.

UNITED STATES. *Korea Free Trade Agreement*. 2007. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file816_12714.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNITED STATES. *Peru Trade Promotion Agreement*. 2006. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file876_9540.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

UNITED STATES. *Public Law 107-210*. Division B – Bipartisan Trade Promotion Authority. Section 2102(b)(9) Electronic Commerce, 2002.

UNITED STATES. *Trans-Pacific Partnership*. 2015. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Electronic-Commerce.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Was Obama Silicon Valley's President?* The Nation, 2016. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/was-obama-silicon-valleys-president/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso em: 9 jan. 2021.

WILLEMYS, Ines. Agreement Forthcoming? A Comparison of EU, US, and Chinese RTAs in Times of Plurilateral E-Commerce Negotiations. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 221–244, 2020.

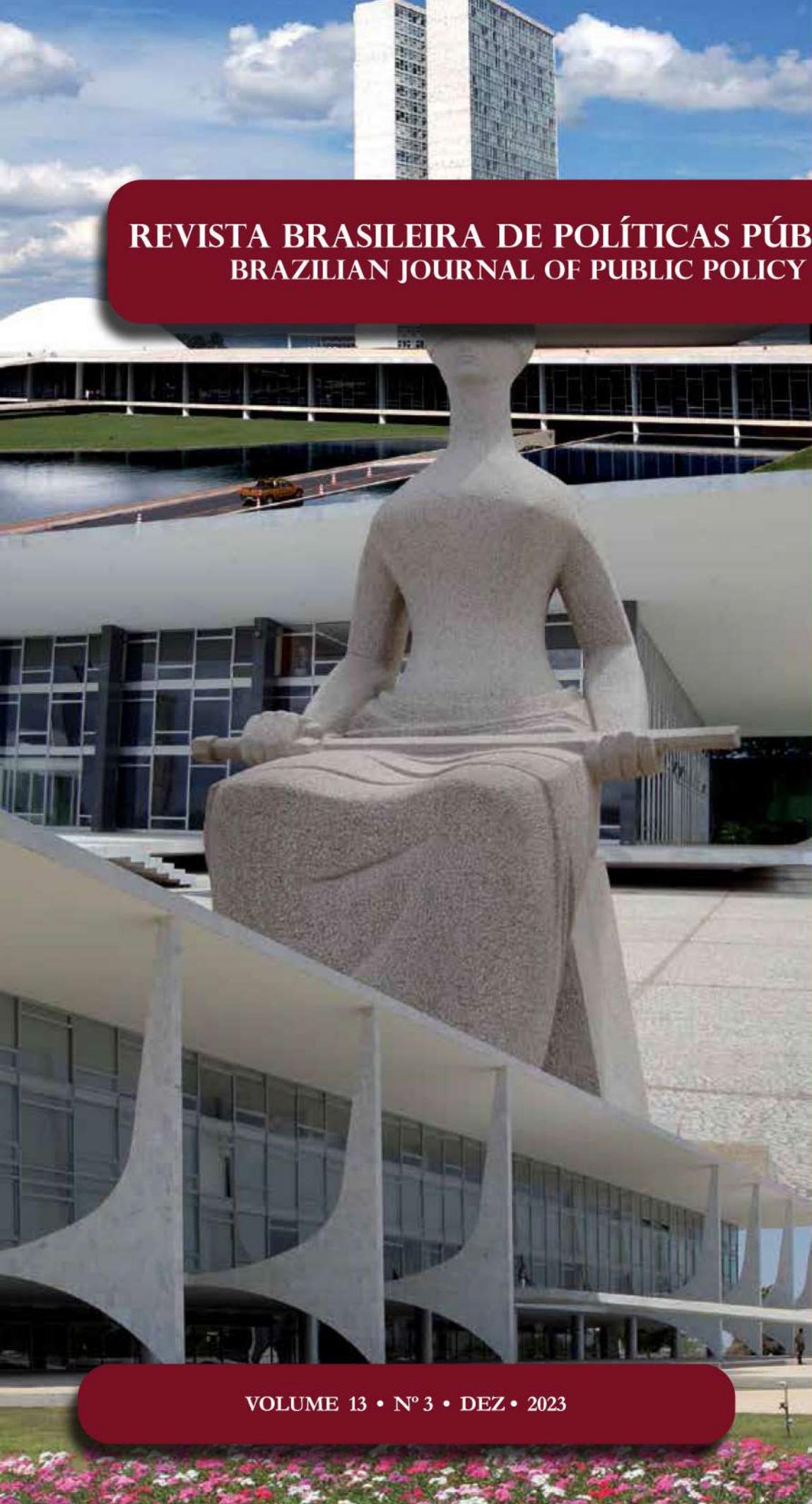
WITCAST: Digital Trade. Entrevistadoras: Verônica Prates e Marina Carvalho. Entrevistadas: Daniela Matos e Miriam Wimmer. [S. l.]: Women Inside Trade, ago. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4p1VRNAQBZkSnGCI9FDSfq?si=f35681e647e041bc>. Acesso em: 22 ago. 2021.

WU, Mark. Chapter 11: comments. In: SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*. Geneva: WTO Publications, 2021. p. 250-252.

WUNSCH-VICENT, Sacha. The Digital Trade Agenda of the U.S.: Parallel Tracks of Bilateral, Regional e Multilateral Liberalization. *Aussenwirtschaft*, Wien, v. 58, n. 1, p. 7-46, 2003.

YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 201-221, ago. 2020.

ZHANG, Zoey. *What is the Ratification Status of the RCEP Agreement and When Will it Come into Effect?* China Briefing. 2021. Disponível em: <https://www.china-briefing.com/news/ratification-status-rcep-expected-timeline-china-thailand-already-ratified/>. Acesso em: 28 abr. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Internet das coisas (IoT) e os direitos à privacidade e à proteção de dados do cidadão: uma necessária aproximação
Internet of things (IoT) and citizens' rights to privacy and data protection: a necessary approach

Têmis Limberger

Gustavo Santana

Demétrio Beck da Silva Giannakos

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Internet das coisas (IoT) e os direitos à privacidade e à proteção de dados do cidadão: uma necessária aproximação*

Internet of things (IoT) and citizens' rights to privacy and data protection: a necessary approach

Têmis Limberger**

Gustavo Santanna***

Demétrio Beck da Silva Giannakos****

* Recebido em: 13/06/2022

Aprovado em: 29/08/2023

** Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona, pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS Avaliadora ad hoc da Revista de Direito do Consumidor, da Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça e da Revista Direito Público e da Revista Interesse Público. Advogada e Procuradora de Justiça Aposentada do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática - FIADI.

E-mail: temisl@unisinis.br.

*** Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor de graduação da Atitus Educação, professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Município de Alvorada/RS.

E-mail: gssantanna@hotmail.com.

**** Doutor em Direito pela UNISINOS como Bolsista da CAPES/PROEX; Mestre em Direito pela UNISINOS, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Autor de artigos científicos; Palestrante; Professor Convitado; Advogado; Professor da Faculdade de Direito da Uniritter. E-mail: demetrio@giannakos.com.br.

Resumo

O presente artigo aborda a relação das novas tecnologias com os direitos à privacidade e à proteção de dados diante da internet das coisas (IoT) e o Big Data. O desenvolvimento e a velocidade das tecnologias de informação e comunicação modificaram sobremaneira o comportamento da sociedade. O ambiente de relacionamento jurídico e social, acesso à informação e exercício de outros direitos, ocorre por meio da internet. Inicialmente, será demonstrado que diversas são as formas de coletar dados dos indivíduos. A coleta pelas “coisas” é uma delas. A partir daí, conceituar-se-á internet das coisas como a capacidade de estas (“coisas”) coletarem, armazenarem e enviarem dados a uma central. Essa centralização de armazenamento de dados comporta uma grande quantidade de informações, o que dá origem ao Big Data. Posteriormente, explicar-se-á o alcance atual do direito à privacidade e, também, dos dados (como direitos autônomos) que, uma vez processados, carregam informações de grande valor econômico. Finalmente, será proposto que a extração de dados pessoais, por meio das coisas, exija consentimento prévio e expresso, além de permanecer vinculada à finalidade predeterminada da coleta, respeitando-se, assim, o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais enquanto integrantes de um novo conceito de personalidade do cidadão. Pautado em pesquisa bibliográfica, o estudo utilizará do método dialético para sua estruturação e possíveis conclusões.

Palavras-chave: *big data*; direito à privacidade; internet das coisas; proteção de dados.

Abstract

This article addresses the relationship of new technologies with the right to privacy and with data protection in its facet, which comprises the Internet of Things (IoT) and Big Data. The development and speed of information and communication technologies have greatly changed the behavior of society. The environment of legal and social relationships, access to informa-

tion and the exercise of other rights, now occurs through the internet. Initially, it will be noted that several are the ways to collect mandatory data. The “things” collection is one of them. From there, the internet of things will be conceptualized as the capacity of “things” to collect, store and send data to a central. This centralization of data storage holds a large amount of information, which gives rise to Big Data. Subsequently, it will be explained that the current scope of privacy must also cover data that, once processed, carries information of great economic value. Finally, it will be proposed that the extraction of personal data through things requires prior and express consent, in addition to remaining specified to the predetermined collection. Thus, the right to privacy is respected as part of the new concept of citizen’s personality. Based on bibliographic research, the study will use the dialectical method for its structuring and possibilities.

Keywords: big data; right to privacy; personality law; internet of things; data protection.

1 Introdução

Os processos de mudança e adaptação afetam, fundamentalmente, toda a sociedade. Com base na digitalização da vida moderna, as pessoas passaram a modificar a sua forma de viver¹. As tecnologias de informação e comunicação alteraram a formatação social e, cada vez mais, as pessoas estão conectadas virtualmente. Essas mudanças veem modificando não somente o comportamento social, mas também da indústria, comércio, serviços, entre outras atividades. Uma dessas inovações foi o início da Indústria 4.0, decorrente da quarta Revolução Industrial. Ressalta-se que a primeira Revolução Industrial foi a mecânica, e substituiu a força humana pela máquina; a segunda foi elétrica, que permitiu a produção de bens em massa, em linha de montagem; a terceira, a da automação, com a introdução de computadores e da robótica; e, atualmente, a quarta advém da aplicação da inteligência artificial, *Big Data*, Internet das Coisas (IoT), realidade aumentada, que “vai além das tecnologias e olha para a cadeia de ponta a ponta, incluindo, por exemplo, armazenagem, logística, reciclagem, energia, trabalhadores, segurança e transporte”².

A Indústria 4.0 tem por desafio otimizar o uso das tecnologias para melhorar a produtividade, qualidade e sustentabilidade dos produtos, e, para tanto, diminuiu o distanciamento entre o “chão da fábrica” (local onde é feita a produção) e os níveis gerenciais³. Para tanto, essa nova modalidade industrial necessitou estabelecer uma comunicação entre equipamentos e operadores e entre os “operários”, e os “gerentes”, trabalhando com uma ideia de “automação totalmente integrada (TIA)”⁴, e, nesse sentido, o estudo acerca da internet das coisas e o *Big Data* torna-se altamente relevante.

Schwab⁵ é categórico ao afirmar que, com a quarta Revolução Industrial, será possível, até 2025, ampla conexão à internet como: condicionadores de ar, televisão, rádio, cafeteira, cortina, carros, tudo funcionando remotamente. Dessa forma, quanto maior a extensão das redes de comunicação, maior a possibilidade de exposição do cidadão. Com isso, todas as coisas serão inteligentes (e com preço acessível), sendo cada produto físico capaz de ser ligado à rede mundial de computadores, isto significa: a internet das coisas. Mas qual é o destino dos dados coletados? O indivíduo/cidadão/consumidor está ciente das informações que estão sendo extraídas? Diante dessas indagações, o direito à privacidade e à proteção de dados surge como um limitador às intromissões ilegítimas que possam surgir no tratamento dos dados dos indivíduos.

¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020. p. 433.

² SACOMANCO, José Benedito; SÁTYRO, Walter Cardoso. Indústria 4.0: conceitos e elementos formadores. In: SACOMANO, José Benedito *et al.* *Indústria 4.0: conceito e fundamentos*. São Paulo: Blucher, 2018. p. 27-45. p. 28.

³ STEVAN JUNIOR, Sergio Luiz; LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. *Industria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018. p. 36-37.

⁴ STEVAN JUNIOR, Sergio Luiz; LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. *Industria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018. p. 63.

⁵ SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018. p. 148.

2 Da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil

O sociólogo das redes Castells⁶ assevera:

[...] o nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia.

O potencial da digitalização e da utilização de grandes volumes de dados está atualmente a ser ampliado pelos avanços da inteligência artificial⁷. Os avanços tecnológicos impulsionam a constante ponderação acerca dos novos, presentes e futuros desafios a serem enfrentados pela sociedade e pela ciência jurídica⁸. Em nosso ordenamento jurídico, essas novas tecnologias afetam, diretamente, a privacidade e a proteção dos dados pessoais dos cidadãos, situações protegidas pela nova Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709) entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020. Posteriormente, o direito à proteção de dados tornou-se preceito fundamental por meio do inciso XII A, do art. 5º da CF⁹, devido à Emenda Constitucional n. 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022. Tais novidades jurídicas, sem sombra de dúvidas, representam um marco importante para a matéria de proteção de dados.

O reconhecimento de um direito fundamental correspondente confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas que lhe são inerentes, no entendimento de Sarlet¹⁰.

Em seu art. 1º, a referida lei já dispõe sobre o seu objetivo principal, qual seja, o de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Tais disposições são cruciais em uma geração de dados em constante crescimento. A cada ato praticado pe-

⁶ CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005. p. 17.

⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020. p. 434. Para criar uma máquina inteligente, é preciso, no mínimo, dois elementos: uma robusta coleção de regras e um aparato que possa processar a informação originária das conclusões obtidas desta base de dados (RAMGE, Thomas. *Who's afraid of AI?* New York: The Experimento, 2019. p. 32). No entanto, para Russel e Norvig's denominada de Artificial Intelligence: A Modern Approach, existem quatro categorias de IA: pensar como um humano, agir como humano, pensar racionalmente e agir racionalmente (RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. New York: Pearson Education Limited, 2016. p. 02). Alan Turing, por sua vez, concentrou seus esforços no potencial de que os computadores replicassem não a forma humana do processo de pensamento, mas sim o resultado externo dessa manifestação. Ou seja, a premissa de Turing é o "jogo da imitação", em que o computador pretende convencer o interrogador de que é humano e não máquina (TURING, Alan M. *Computing machinery and intelligence*. *MIND a Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, v. 59, n. 236, p. 433-460, oct. 1950. p. 433).

⁸ GODINHO, Adriano Marteleto; ROSENVALD, Nelson. Inteligência Artificial e a responsabilidade civil dos robôs e de seus fabricantes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019. p. 21-43. p. 23.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII A – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais e a competência privativa da União para legislar sobre o tema (art. 22, XXX, da CF) (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2022.).

¹⁰ SARLET, Ingo W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na CF/88: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. p. 181.

las pessoas, grandes empresas recebem seus dados: seja uma compra no cartão de crédito/débito, utilização de aplicativo de transporte, navegação na internet e publicações em redes sociais¹¹.

Sobre os fundamentos da lei, o art. 2º¹² é extremamente relevante, considerando-se que elenca, de forma enumerativa, os fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A jurisprudência já tem aplicado a Lei Geral de Proteção de Dados em casos recentes. Por exemplo, em março de 2022, as Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceram a violação de dados pessoais da parte que recebia mensagens SMS de banco que nunca foi correntista. Ou seja, diante da ausência de relação contratual entre as partes, não haveria outra forma de obter os dados pessoais da parte autora senão com a comercialização dos referidos dados¹³.

O caso colacionado e supraanalisado é crucial para compreendermos de que modo a referida legislação tende a ser aplicada pelos Tribunais como forma de coibir as infrações cometidas pelas empresas que processam os dados das pessoas físicas e jurídicas de forma inadequada.

Portanto, diante da entrada em vigor, ainda muito recente, é crucial a atenção de todos para os demais desdobramentos dos casos a serem noticiados.

3 Internet das coisas (IoT) e *big data*: uma introdução ao tema

A internet das coisas – IoT (*internet of things*) – compreende-se como um conjunto de bens, coisas (objetos físicos) conectados à internet, por meio de sensores, e que podem ser controlados por meio dessa rede. Schwab¹⁴ a considera o elemento central da infraestrutura da quarta Revolução Industrial, uma vez que

trata de uma gama de sensores inteligentes conectados que coletam, processam e transformam os dados de acordo com a necessidade; os dados são então enviados para outros dispositivos ou indivíduos para atender aos objetivos de um sistema ou usuário.

A primeira experiência com a IoT deu-se na década de 90, quando uma torradeira foi ligada e desligada por meio da internet.

De lá para cá, os estudos acerca do que pode ser conectado à internet vem aumentando exponencialmente, de carros a eletrodomésticos, praticamente tudo pode ser ligado à rede. Soma-se a isso o baixo custo de implantação e a alta velocidade com que os dados são compartilhados, o processamento mais barato, o armazenamento em nuvem dos dados (*cloud computing*), o que contribui para o desenvolvimento dessa tecnologia¹⁵. Percebe-se, portanto, que não somente as pessoas podem gerar dados, mas as coisas, também. Logo, “quanto maior o número de dispositivos conectados, mais dados são produzidos”¹⁶. Dessa forma, esses objetos são

¹¹ MOURA, Marcel Brasil de Souza. As disposições preliminares da LGPD. In: COMISSÃO DE DIREITO DIGITAL, TECNOLOGIA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo, 2020. p. 6-19. p. 08.

¹² Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.).

¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (Segunda Turma Recursal Cível). *Recurso Cível, n.º 71010330512*. Relatora: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe. Julgado em: 23 fev. 2022.

¹⁴ SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018. p. 148.

¹⁵ DIAS, Renata Rampim de Freitas. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016. [Online]. Local. 308.

¹⁶ MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 21.

capazes de coletar grandes quantidades de dados sobre as pessoas e o ambiente e, assim, podem responder de maneira autônoma a determinadas situações ou disponibilizar informações, que aumentam a percepção das pessoas sobre o contexto ao seu redor¹⁷.

Portanto, a matéria final com a qual a internet das coisas trabalha é a informação.

À medida que se amplia o número de coisas conectadas, eleva-se, também, a quantidade de dados gerados, unindo-se, nesse ponto, o estudo da IoT ao *Big Data*. Pode-se compreender o *Big Data* como uma grande capacidade de armazenamento de dados e com velocidade de processamento reduzida e, ainda que sucinto, esse conceito já exige alguns cuidados. Normativamente, o Decreto Federal n.º 8.777¹⁸ conceituou “dado” como a “sequência de símbolos ou valores, representados em qualquer meio, produzidos como resultado de um processo natural ou artificial”. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁹, em seu artigo 5º, também estabeleceu conceituações e distinções acerca de dados²⁰.

Hoffmann-Riem²¹, ao mencionar o conceito de dados trazido pela literatura teórica da informação, afirma que estes são entendidos como sinais ou símbolos para mensagens que podem ser formalizadas (aleatoriamente), reproduzidas e facilmente transportadas por meio de meios técnicos adequados. Os dados não têm significado. No entanto, podem ser portadores de informação, nomeadamente “informação codificada”. O mesmo autor, no entanto, comentando o conceito de dados na legislação jurídica, de forma mais estrita, define como um direito à proteção da personalidade²².

Não obstante as diversas conceituações trazidas pela norma, pode-se compreender, basicamente, que “dados” constituem “fatos coletados e normalmente armazenados”²³ capazes de identificar uma pessoa de maneira direta, razão pela qual sua proteção tenta prevenir ou eliminar discriminações²⁴.

A respeito dos dados coletados/armazenados, surge o conceito de *Big Data*, que Machado²⁵ coloca sobre cinco pressupostos. O primeiro deles é a grande “velocidade” na qual os dados são produzidos. O segundo é o “volume” que diz respeito à quantidade de dados. O terceiro é a “variedade”, ou seja, a diversidade de dados produzidos por dia por um indivíduo. A “veracidade” é o que garante que os dados coletados são autênticos e, portanto, passíveis de serem analisados. Por fim, mas não menos importante é o “valor” que os dados possuem, ou seja, a informação que eles carregam. Nesse sentido, inclusive, é mais fácil de identificar a distinção entre “dado” e “informação”, pois, com base nos “dados” coletados e estruturados, (que podem ser em formato eletrônico ou impresso) que se pode aferir “valor” a eles, em razão da “informação” que carregam. Assim, o dado estaria ligado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e

¹⁷ ROZSA, Vitor; DUTRA, Moisés Lima; PINTO, Adilson Luiz; MURIEL-TORRADO, Enrique. O paradigma tecnológico da internet das coisas e sua relação com a ciência da informação. *Inf. & Soc. Est.*, João Pessoa, v. 27, n. 3, p. 255-266, set./dez. 2017. p. 256.

¹⁸ BRASIL. Decreto n.º 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

¹⁹ BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

²⁰ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III – dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV – banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico.

²¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020. p. 438.

²² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020. p. 438.

²³ AMARAL, Fernando. *Introdução a ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. [Online]. Local. 312.

²⁴ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

²⁵ MACHADO, Felipe Nery Rodrigues. *Big data: o futuro dos dados e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018. [Online]. Local. 366-369.

ao processo de elaboração” e a informação, por sua vez, a algo que vai além da “representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição”²⁶. Esse “valor” coletado dos “dados”, ou seja, a “informação” extraída dos dados (logo, o dado não é a informação, mas carrega ela) na iniciativa privada, para uma empresa ou indústria, por exemplo, possui alto valor financeiro, em razão de proporcionar organização, elaboração de projetos, revisão de metas, projetos de bens, estabelecimento de público-alvo etc., momento em que o estudo acerca da privacidade se torna relevante.

O *Big Data*, portanto, ocupa-se dos dados eletrônicos em formato digital, que possuem um ciclo de vida em que são produzidos, armazenados, transformados, analisados e descartados²⁷. Não se trata, portanto, “apenas” de um grande volume de dados, mas sim de “uma mudança social, cultural”²⁸.

Os indivíduos produzem “dados” constantemente, até mesmo por meio das coisas (da IoT), o que leva a uma segunda fase, que é a “mineração dos dados”. A mineração de dados (*data mining*) constitui a “técnica de tratamento e exploração de dados”, isto é, “pré-processamento, extração e exploração de grande quantidade de dados visando estabelecer padrões consistentes”²⁹.

O termo *Big Data* refere-se à dimensão e à diversidade dos dados que podem ser utilizados para a aplicação das tecnologias digitais, bem como às várias possibilidades de as combinar, avaliar e de as tratar pelas autoridades públicas e privadas em diferentes contextos³⁰.

Logo, somente a partir da “mineração”, as empresas terão o valor extraído dos dados, ou seja, as informações, agregando-se nelas o valor financeiro. O tratamento dos dados faz com que a privacidade seja mais fragilizada. Entretanto, desde a coleta, os dados do indivíduo já estão vulneráveis. O fato é que, com o tratamento dos dados, que se inicia com a mineração e a extração da informação que carregam, estes passam a ter valor para a indústria e o comércio, e daí sua maior exposição.

Ademais, o *Big Data* é uma tecnologia que permite a análise de qualquer registro, naturais ou não, inclusive em redes sociais, conhecido como *datafication*, em que até mesmo o movimento de um celular, o acionamento de um freio, a gravação de uma câmera, são registros capazes de serem armazenados, transformados, analisados e descartados³¹. Com as informações coletas ou fornecidas, inclusive pela IoT, é possível, portanto, manipular o comportamento, interesses e vontades dos indivíduos³². Percebe-se, pois, que os dados coletados, sejam eles sensíveis ou não, possuem “poder” em razão da informação que carregam, gerando, da análise das informações, o ambiente propício para as tomadas de decisão.

O sistema de Internet das Coisas (IoT) deve ser compreendido pelos seguintes fatores: a) quais objetos serão conectados (afinal praticamente tudo pode ser conectado à internet), b) qual sistema será responsável pela comunicação dos objetos, c) a existência de interoperabilidade entre diversos sistemas utilizados, d) como será feita a análise dos dados, e) a segurança na captura e tratamento dos dados e, f) o *feedback* dos dados captados e a implantação de alguma melhoria no serviços prestados/analizados³³. Logo, a compreensão acerca do *Big Data* está presente na IoT, pois o grande volume de dados gerados, e seus reflexos no processo

²⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152.

²⁷ CARDOSO JUNIOR, Ataíde Pereira; LIMA, Alessandro Wendel Borges de. A segurança da informação na indústria 4.0. In: SACOMANO, José Benedito et al. *Indústria 4.0: conceito e fundamentos*. São Paulo: Bluncher, 2018. p. 121-134. p. 124.

²⁸ AMARAL, Fernando. *Introdução a ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. [Online]. Local. 405.

²⁹ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 190-191.

³⁰ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020. p. 434.

³¹ AMARAL, Fernando. *Introdução a ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. [Online]. Local. 411.

³² LINDOSO, Maria Cristiane Branco. Conflitos no uso da tecnologia do Big Data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 241-262. p. 250.

³³ DIAS, Renata Rampim de Freitas. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016. [Online]. Local. 364.

decisório permitem extrair a potencialidade discriminatória e a possibilidade de violação do direito à privacidade. Nessa linha, proteger, juridicamente, o cidadão de quem detém os dados que dizem respeito a sua pessoa, quer se trate de organismo público ou privado, é medida impositiva, que se vislumbra na observância da privacidade.

4 A observância aos direitos de privacidade e à proteção de dados do cidadão pela internet das coisas

Conforme Pérez Luño³⁴, o cidadão moderno está cada vez mais exposto a uma vigilância continuada e inadvertida nos aspectos mais sensíveis da sua vida. Nesse cenário, o tema direito à privacidade apresenta-se sob vários aspectos e, como visto, a internet das coisas também possibilita: a coleta, utilização, acesso, transmissão, processamento, armazenamento e o tratamento de dados pessoais³⁵. Destaca-se que os dados podem traduzir aspectos de personalidade, comportamento e preferências³⁶, que são úteis e de grande valor econômico na iniciativa privada. Diante de todas as possibilidades de coleta de dados pelas coisas, e da exposição exacerbada dos indivíduos, a proteção à privacidade tornou-se uma preocupação secundária. Ademais, com o aumento da troca de dados entre pessoas e coisas, e entre coisas e coisas, as informações extraíveis também tomaram grandes proporções.

No que tange ao momento de Pandemia vivido pelo mundo, os dados foram muito utilizados pelo Poder Público, em parceria com as empresas privadas. Por exemplo, Miriam Wimmer, em recente trabalho publicado, tratou sobre a utilização dos dados como forma de monitoramento da atividade dos cidadãos em tempos de Pandemia, a fim de mapear o comportamento dos grupos³⁷.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁸ assegura que ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, portanto, garante a privacidade do cidadão. Na mesma linha, é a redação do artigo 5º da Constituição da República de 1988³⁹, ao estabelecer a inviolabilidade da “vida privada, a honra e a imagem” (inciso X), da “casa” (inciso XI) e

³⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La filosofía del derecho como vocación, tarea y circunstancia*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2017. p. 61.

³⁵ Nas atividades laborais, por exemplo, a Professora Isa António ressalta o desequilíbrio genético e estrutural desse tipo de relação, entre o trabalhador (mais fraco) e o empregador (mais forte). A necessidade e desejo de manutenção do vínculo laboral coloca o trabalhador numa clara posição de sujeição face ao empregador, que dita e impõe as regras que entende ser conveniente aos seus próprios interesses. Estes são, muitas vezes, conflituantes com os direitos mais elementares do trabalhador, como é o caso dos direitos de personalidade e, em especial, o direito de privacidade. Desse modo, não é suficiente o consentimento daquele. Mais que isso: a recolha e o tratamento dos dados pessoais do trabalhador terão de, obrigatoriamente, respeitar os pressupostos cumulativos de proporcionalidade e adequação; legitimidade e legalidade; e de transparência na atuação. (ANTÓNIO, Isa. O teletrabalho em Portugal e a proteção dos dados pessoais do trabalhador: formas abusivas de controlo e fiscalização do empregador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 1, p. 147-159, abr. 2022.)

³⁶ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58.

³⁷ Miriam Wimmer tratou da seguinte forma o tema: “outra seara em que se verificou significativo aumento das atividades de compartilhamento de dados refere-se ao contexto das atividades de empresas de telecomunicações e de tecnologia, com vistas ao monitoramento, contenção e mitigação da disseminação do vírus. Dada a possibilidade técnica de utilização de dados de geolocalização oriundos de terminais celulares, uma medida adotada de imediato por diversos países foi a criação de “mapas de calor”, utilizando dados anonimizados e agregados, com o objetivo de identificar locais com maior aglomeração de pessoas, observar padrões de deslocamento e estimar o nível de isolamento social da população” (WIMMER, Miriam. Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 123-142, abr. 2021.)

³⁸ NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

³⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2022.

da “correspondência” (inciso XII). O Marco Civil da Internet⁴⁰, em seu artigo 3º, II e III, respectivamente, estabelece como princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais, bem como ao direito de inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 7º). Recentemente, houve a promulgação da EC n.º 115/2022⁴¹ que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, art. 5º, XII A.

Desse modo, não resta dúvida de que a privacidade é direito humano e fundamental, de eficácia horizontal⁴², explicitamente reconhecida, razão pela qual seu afastamento ou abrandamento necessita da devida justificativa, também, constitucional, na medida em que cada direito fundamental traz em si uma declaração e um limite⁴³. Não há de se limitar tais proteções, apenas, à esfera física/analógica, estendendo-se, também, obrigatoriamente, ao âmbito digital/eletrônico. Por óbvio, todos os mecanismos, ou “coisas” aptas a viabilizarem o tratamento dos dados de qualquer cidadão estão, sim, expondo a privacidade. As “coisas” poderiam ser responsabilizadas pela coleta, armazenamento e envio de dados? Certamente não. Contudo, uma vez que esses dados passam a integrar a esfera de outra entidade, como uma empresa, por exemplo, passa a ser responsável por esses dados, cabendo-a zelar pela sua gestão/tratamento.

Consoante Rodotà⁴⁴, as “novas dimensões da coleta e do tratamento de informações” forçaram uma nova (re)configuração de determinados conceitos, dentre eles o do direito à privacidade. Não se menciona, neste artigo, o preenchimento de algum cadastro ou ingresso em alguma rede social, mas de “coisas”, como um aspirador de pó “robô”, um celular ligado ou um veículo em movimento, que, simplesmente, em virtude de estarem nessas condições, são aptos a captar dados e enviá-los a uma central. É claro, que para tanto, deve haver uma aceitação explícita do cidadão para o envio desses dados e, conforme o Autor italiano, a defesa da privacidade ou a coleta de dados pode adotar sentidos distintos “dependendo de qual seja o objetivo perseguido por meio da coleta das informações”⁴⁵. Não é por outro motivo que a maior resistência de acesso aos dados diz respeito às informações econômicas/financeiras⁴⁶.

Assim, para que os dados sejam coletados, a partir de coisas (IoT) ou não, devem deixar claro ao indivíduo/consumidor os objetivos de sua utilização, uma vez que, diante dessa informação, caberá a ele (cidadão) escolher se abre ou não mão de sua privacidade. Qualquer dado/informação, ainda que anônimo, utilizado fora desse objetivo, deve ser imediatamente eliminado (apagado) e os responsáveis pela sua manipulação responsabilizados. Na Alemanha essa aceitação, que envolve diretamente elementos da personalidade, denomina-se: direito à “autodeterminação informativa” ou “autopresentação” que consiste no direito de o próprio indivíduo decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais possibilitando, inclusive, que o indivíduo “se insurja contra as falsas, não autorizadas, degradantes ou deturpadas representações de sua pessoa, bem como o protege das observações secretas e indesejadas de sua personalidade”⁴⁷. Diferencia-se da autodeterminação que trata do direito de o indivíduo determinar/definir sua identidade, desde a origem

⁴⁰ BRASIL. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Presidência da República, Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

⁴¹ BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

⁴² LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 38.

⁴³ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

⁴⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

⁴⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 30.

⁴⁷ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavgliã P. *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-230. p. 210.

biológica até a orientação sexual. Também se distingue da “autopreservação” que consiste na garantia de o indivíduo recolher-se para si, de ficar só, abrangendo o sigilo a diários pessoais, boletins médicos e materiais biológicos⁴⁸.

Rodotà⁴⁹, inclusive chega a sugerir que se fosse possível redefinir uma classificação acerca da privacidade, o grau máximo de opacidade seria dado àquelas que pudessem gerar práticas discriminatórias, sendo de grau “máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva”. Logo, a privacidade não possui caráter absoluto e sua limitação deve estar condicionada a determinadas circunstâncias, como a exigência legal de seu abrandamento, para evitar eventuais “intromissões ilegítimas”⁵⁰. Da mesma maneira, os dados coletados deveriam ser mínimos, “*no sólo para preservar el derecho a la protección de datos, sino también para darles mayor efectividad*”⁵¹. Essa preocupação se deve, principalmente, em razão da utilização que pode ser dada aos dados dos indivíduos, uma vez que estes podem ser manipulados por instituições (públicas ou privadas) sem que o indivíduo saiba disso⁵².

Há de se ter presente, também, que o consentimento relativo à utilização de dados por uma entidade (pública ou privada), ainda que fornecido pela internet das coisas, deve deixar claro, inclusive, a possibilidade de compartilhamento (ou não). A utilização desses dados, ainda que com o consentimento do indivíduo, com finalidade diversa daquela inicialmente fornecida, deve gerar, além da indenização, a exclusão/apagamento destes. Portanto, parte-se da premissa de que a finalidade para a coleta de dados pelas coisas é legítima, específica e conhecida pelo titular⁵³.

A proteção dos dados, conforme Rodotà⁵⁴, vincula-se à proteção da personalidade e não da propriedade, razão pela qual, ainda que possam adquirir valor, algumas categorias, como natureza médica ou genética, não poderiam ser utilizadas de maneira negocial. É por essa razão que o autor, inclusive, exige especial atenção à “minimização da coleta de dados”, na qual nenhum dado pessoal deve ser coletado se a finalidade puder ser alcançada de outra forma (quer dizer, sem o tratamento de dados pessoais)⁵⁵.

Por essas razões, o direito à privacidade — inicialmente atrelado à noção inicial de garantia de ser deixado só — evoluiu até alcançar a gestão das informações criadas, a partir da coleta de dados, denominando-se mutações da privacidade⁵⁶. Segundo Rodotà⁵⁷, a definição de privacidade constitui uma aproximação com o “direito de manter o controle sobre as próprias informações”, sejam elas fornecidas pelos indivíduos ou oriundas da internet das coisas. Se os dados permitem carregar informações que podem identificar uma pessoa, irrelevante que tenham sido capturados por uma coisa (IoT), necessitando, sempre, do consentimento do indivíduo para a sua coleta, explicitando-se a finalidade de sua utilização.

⁴⁸ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-230. p. 210.

⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35.

⁵⁰ LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

⁵¹ BATALLA, Antoni Roig. Intimidad y administración electrónica. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; VALERO TORRIJOS, Julián (coord.). *Administración electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: 2010. p. 729-748. p. 735.

⁵² MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-230. p. 211.

⁵³ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 107.

⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

⁵⁶ LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 58.

⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

5 Considerações finais

O conceito de privacidade e de proteção de dados necessitou se reconfigurar ao mesmo tempo em que as tecnologias evoluíram, porque as intromissões, inicialmente, físicas, passaram a ser, também, por meio digital. Não é por outra razão que surgiram diversas legislações nacionais e internacionais, objetivando protegê-los. No caso do Brasil, pode-se citar, exemplificativamente, o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018), nesse último caso, o artigo 2º, I da mesma Lei.

Além do direito à privacidade do cidadão com seu conteúdo ressignificado, vem se somar a proteção constitucional do direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, inserindo o inciso XII A, ao artigo 5º, da CF, como forma de direito autônomo⁵⁸.

A Internet das Coisas (IoT), juntamente com o *Big Data*, são capazes de coletar e armazenar milhões de informações, que, uma vez estruturadas, passam a ter substancial valor econômico, em razão de seu alto poder de comercialização, sendo aptas, inclusive, a controlar o comportamento humano. Diante do tratamento que pode ser efetuado a essas informações, o direito à privacidade do cidadão *ex surge* como função limitadora, apta a coibir excessos e intromissões indevidas. Por tais motivos, o consentimento expresso do indivíduo (autodeterminação informativa) é pré-requisito condicionante para que as “coisas” possam colher seus dados. Ademais, o cidadão, para permitir conscientemente sobre a coleta dos dados, deve saber, antecipadamente, a finalidade que será dada ao tratamento dos dados, sob pena de esta considerar ilícita a captação.

Vislumbrou-se, ainda, que, mesmo que possuam alto valor, os dados enquadram-se na categoria de direitos de personalidade, e não de propriedade. Isso se deve ao fato de que, uma vez estruturados, os dados podem permitir a identificação do cidadão e, por isso, não são de livre disposição.

Como as “coisas” possuem frágil sistema de segurança, compete ao proprietário do sistema (e não ao cidadão) o dever de zelar para que as informações coletadas tenham a finalidade previamente comunicada. Este é outro motivo que demonstra a importância do consentimento expresso e o objetivo previamente noticiado para que as “coisas” tenham acesso às informações dos indivíduos. Em definitivo, aos que manipulam as informações extraídas da internet das coisas compete total respeito à privacidade do cidadão, seja em obediência ao direito à privacidade, seja em cumprimento à Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965/14, artigo, 3º, II e III e ao cumprimento à proteção dos dados, previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n.º 13.709/18, artigo 2º, I e II e no art. 5º, XII- A da CF.

Referências

AMARAL, Fernando. *Introdução a ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ANTÓNIO, Isa. O teletrabalho em Portugal e a proteção dos dados pessoais do trabalhador: formas abusivas de controlo e fiscalização do empregador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 1, p. 147-159, abr. 2022.

BATALLA, Antoni Roig. Intimidad y administración electrónica. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; VALERO TORRIJOS, Julián (coord.). *Administración electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electróni-*

⁵⁸ BRASIL. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

co de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España. Valencia: 2010. p. 729-748.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2022.

BRASIL. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. *Decreto n.º 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição, n.º 17, de 2019*. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1559567994616&di=position=inline>. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

CARDOSO JUNIOR, Ataíde Pereira; LIMA, Alessandro Wendel Borges de. A segurança da informação na indústria 4.0. In: SACOMANO, José Benedito *et al.* *Indústria 4.0: conceito e fundamentos*. São Paulo: Blucher, 2018. p. 121-134.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005.

DIAS, Renata Rampim de Freitas. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GODINHO, Adriano Marteleto; ROSENVALD, Nelson. Inteligência Artificial e a responsabilidade civil dos robôs e de seus fabricantes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba/SP: Foco, 2019. p. 21-43.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LINDOSO, Maria Cristiane Branco. Conflitos no uso da tecnologia do Big Data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 241-262.

MACHADO, Felipe Nery Rodrigues. *Big data: o futuro dos dados e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018.

MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-230.

MOURA, Marcel Brasil de Souza. As disposições preliminares da LGPD. In: COMISSÃO DE DIREITO DIGITAL, TECNOLOGIA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo, 2020. p. 6-19.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La filosofía del derecho como vocación, tarea y circunstancia*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2017.

RAMGE, Thomas. *Who's afraid of AI?* New York: The Experimento, 2019.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROZSA, Vitor; DUTRA, Moisés Lima; PINTO, Adilson Luiz; MURIEL-TORRADO, Enrique. O paradigma tecnológico da internet das coisas e sua relação com a ciência da informação. *Inf. & Soc. Est.*, João Pessoa, v. 27, n. 3, p. 255-266, set./dez. 2017.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. New York: Pearson Education Limited, 2016.

SACOMANCO, José Benedito; SÁTYRO, Walter Cardoso. Indústria 4.0: conceitos e elementos formadores. In: SACOMANO, José Benedito et al. *Indústria 4.0: conceito e fundamentos*. São Paulo: Bluncher, 2018. p. 27-45.

SARLET, Ingo W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na CF/88: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

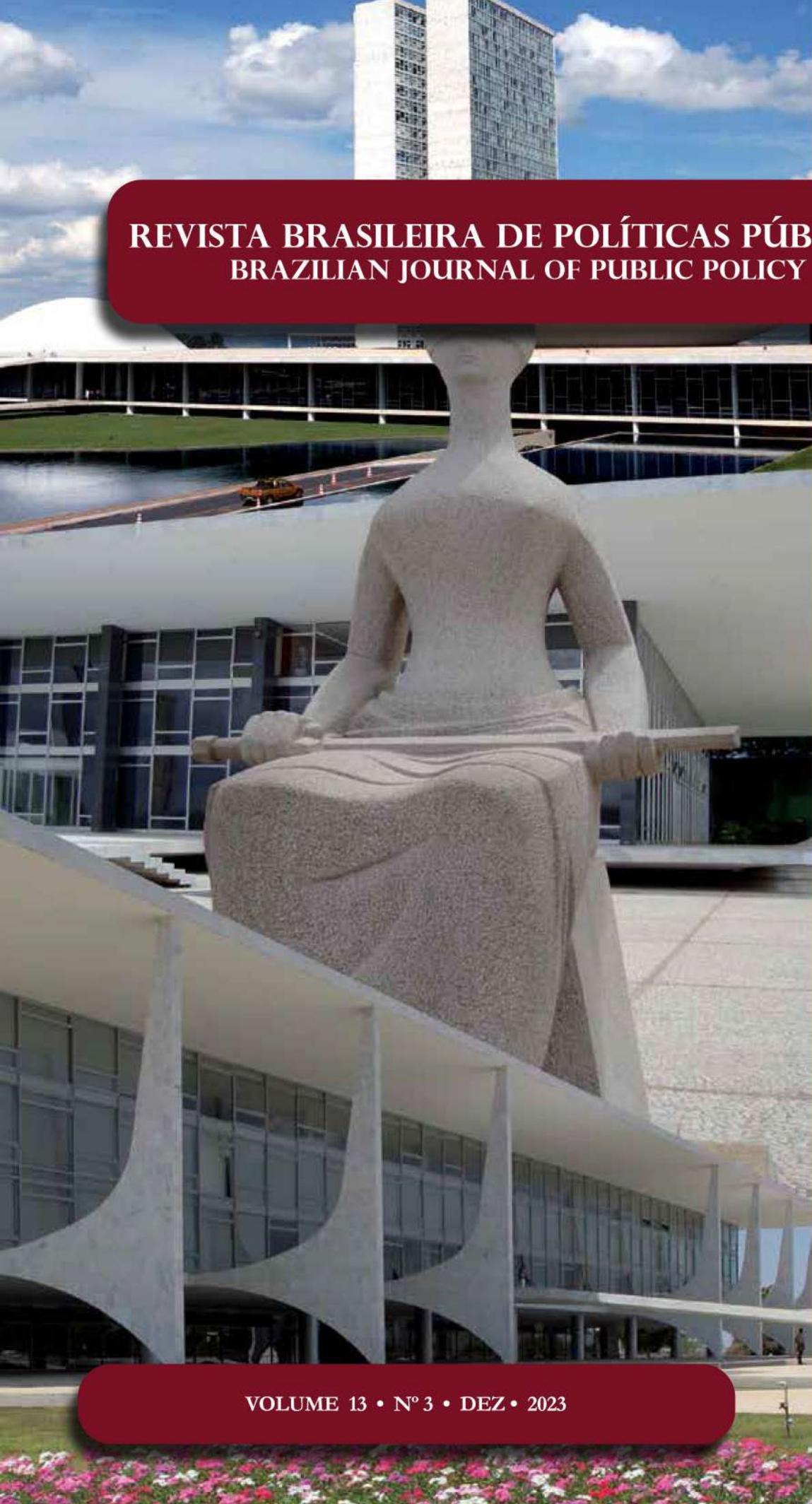
SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Iur et al. (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018.

STEVAN JUNIOR, Sergio Luiz; LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. *Indústria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. *MIND a Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, v. 59, n. 236, p. 433-460, oct. 1950.

WIMMER, Miriam. Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 123-142, abr. 2021.

The cover image shows a large, modern building with a prominent white, curved facade and a series of vertical columns. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is visible. The building is surrounded by a green lawn and a body of water. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos de propriedade intelectual dos países de língua portuguesa: autonomia ou dependência tecnológica?

Intellectual property rights in portuguese speaking countries: autonomy or technological dependence?

Derechos de propiedad intelectual en los países de habla portuguesa: autonomía o dependencia tecnológica?

Guilherme Aparecido da Silva Maia

Lídia Maria Ribas

Direitos de propriedade intelectual dos países de língua portuguesa: autonomia ou dependência tecnológica?*

Intellectual property rights in portuguese speaking countries: autonomy or technological dependence?

Derechos de propiedad intelectual en los países de habla portuguesa: autonomía o dependencia tecnológica?

Guilherme Aparecido da Silva Maia**

Lídia Maria Ribas***

Resumo

Desde a criação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), nos anos 1990, buscou-se união entre os países-membros para a cooperação nas áreas de educação, saúde, ciência e tecnologia, defesa, agricultura, administração pública, comunicações, justiça, segurança pública, cultura, desporto e comunicação social. Além da língua, esses países ainda têm em comum os menores índices de patentes do mundo, o que os coloca em desvantagem competitiva frente aos países desenvolvidos, ou seja, aqueles detentores dos direitos de propriedade intelectual dos principais produtos tecnológicos do Planeta. Desse modo, o objetivo deste artigo é investigar os direitos de propriedade intelectual dos países de Língua Portuguesa e, se, de fato, estes são detentores de tal conhecimento. Para atingir os objetivos propostos neste trabalho de pesquisa, adotou-se o método genealógico proposto por Nietzsche, combinado com o Hipotético-Dedutivo e Dialético. Como resultados, identificou-se a necessidade de melhorar e potencializar a gestão de patentes, e sugeriu-se o desenvolvimento de estratégias de prospecção de patentes nas universidades brasileiras e centros de pesquisa, considerando-se o uso do aplicativo PROSPECTANTE, além da realização do I Encontro Internacional de Direitos de Propriedade Intelectual dos Países de Língua Portuguesa.

Palavras-chave: Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; patente; desenvolvimento.

Abstract

Since the creation of the Community of Portuguese Language Countries (CPLP) in the 1990s, the member countries have sought unity for coopera-

* Recebido em: 15/06/2022
Aprovado em: 20/06/2023

** Pós-doutor em Direito pela UFMS.
E-mail: professorguilhermemaia@gmail.com.

*** Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP.
E-mail: limaribas@uol.com.br.

tion in the areas of education, health, science and technology, defense, agriculture, public administration, communications, justice, public safety, culture, sports, and media. Besides the language, these countries still have in common the lowest rates of patents in the world, which puts them at a competitive disadvantage compared to developed countries, i.e., those who own the intellectual property rights of the main technological products on the planet. Thus, the objective of this paper is to investigate the intellectual property rights of Portuguese-speaking countries and whether, in fact, they are holders of such knowledge. To reach the objectives proposed in this research work, the genealogical method proposed by Nietzsche was adopted, combined with the Hypothetical-Deductive and Dialectical methods. As results, it was identified the need to improve and enhance the management of patents, and it was suggested the development of strategies for patent prospection in Brazilian universities and research centers, considering the use of the PROSPECTANTE application, besides the realization of the I International Meeting of Intellectual Property Rights of Portuguese Speaking Countries.

Keywords: Community of Portuguese Language Countries; patent; development.

Resumen

Desde la creación de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (CPLP) en los años 90, hemos intentado unirnos en busca de algo en común: la cooperación en los ámbitos de la educación, la salud, la ciencia y la tecnología, la defensa, la agricultura, la administración pública, las comunicaciones, la justicia, la seguridad pública, la cultura, los deportes y los medios de comunicación. Sin embargo, seguimos teniendo en común el hecho de que tenemos los índices de patentes más bajos del mundo, lo que nos sitúa en desventaja competitiva frente a los países desarrollados, es decir, aquellos que poseen los derechos de propiedad intelectual de los principales productos tecnológicos del planeta. De este modo, nuestro objetivo en este artículo es investigar los derechos de propiedad intelectual de los países de lengua portuguesa y si de hecho somos poseedores de nuestro conocimiento. Para lograr los objetivos propuestos en este trabajo de investigación adoptamos el método genealógico propuesto por Nietzsche, combinado con el Hipotético-Deductivo y el Dialéctico. Como resultados, identificamos la necesidad de mejorar y potenciar nuestra gestión de patentes, y sugerimos el desarrollo de estrategias de prospección de patentes en nuestras universidades y centro de investigación, siendo la aplicación PROSPECTANTE una de nuestras sugerencias, además de la realización del I Encuentro Internacional de Derechos de Propiedad Intelectual de Países de Lengua Portuguesa.

Palabras-clave: Comunidad de Países de Lengua Portuguesa; patente; desarrollo.

1 Introdução

Desde a década de 1990, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) foi criada para concentração político-diplomática de seus estados-membros, unidos pela Língua Portuguesa: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe. A comunidade conta, atualmente, com um total de nove países-membros, tendo Timor Leste e Guiné Equatorial se juntado mais recentemente aos membros fundadores¹. As linhas norteadoras dessa cooperação vão desde a educação, saúde, ciência e tecnologia, defesa, agricultura, administração pública, comunicações, justiça, segurança pública, até cultura, desporto e comunicação social. Trata-se de instância que promove projetos e difusão da Língua Portuguesa².

¹ CPLP. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. *Declaração Constitutiva da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa – CPLP*. Lisboa, 1996. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-3869.asp>. Acesso em: 28 nov. 2021.

² CPLP. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. *Relatório final: I Reunião Ordinária dos Pontos Focais de Cooperação da*

Hesse³ ensina que, para compreender uma sociedade e sua formação, é essencial o estudo dos fatores de poder que a regem. Para ele, não basta, apenas, estudar as leis, a Constituição Federal, as normas; deve-se pensar com base na formação cultural, do seu *modus operandi* ser, fazer e viver. Garcia e Amorim⁴ corroboram esse pensamento, para quem o estudo de determinada sociedade deve começar pelo estudo da sua linguagem, ou seja, como essa sociedade se comunica, como ela escreve, transmite conhecimento, poder etc.

No entendimento de Sodré⁵, a compreensão de uma sociedade passa, necessariamente, pela forma de ocupação do espaço onde vive. Por esse prisma, compreender como as pessoas descobriram, percorreram, ocuparam e se fixaram em um lugar é o fator determinante para se compreender essa sociedade.

Não se pretende, neste artigo, discordar das três formas de pensar e compreender a formação da sociedade. Especialmente porque, em todas elas, há verdades incontestáveis: estudar a linguagem, as leis as constituições e a forma de uso e ocupação do solo, certamente são métodos empregados ao longo dos séculos para o estudo e compreensão tanto das sociedades — que existiram na Terra, como astecas, persas, incas, maias e tantos outros — como para o estudo e compreensão das sociedades atuais, espalhadas pelos seis continentes da Terra: América, Europa, Ásia, Oceania e Antártida.

Entretanto, a título de colaboração para a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), sugere-se, por meio deste trabalho, uma abordagem com base no desenvolvimento tecnológico, principalmente a forma como as nações/sociedades protegem e gerem o seu conhecimento. Propõe-se, nesse sentido, o seguinte questionamento: a forma como a nação/sociedade produz, implementa e protege o seu conhecimento influencia no seu processo de desenvolvimento? Essa é a ideia primária (nuclear) da investigação. Em segundo plano (periférico), pode-se tangenciar a linguagem, de modo a questionar: há um ponto em comum entre os países da Língua Portuguesa que se pode classificar como fatores determinantes para o seu desenvolvimento ou a falta dele?

Castro, Possas e Godinho⁶ reconhecem essa necessidade, ao sugerirem a criação da Organização de Propriedade Intelectual dos Países de Expressão de Língua Portuguesa (OPIPELP). O momento é oportuno para trazer ao debate as questões referentes aos direitos de propriedade intelectual dos países de Língua Portuguesa, abordando suas peculiaridades, seus desafios políticos, legislativos e estruturais. Nesse sentido, busca-se traçar o perfil de desenvolvimento dos países que formam a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, considerando-se seus indicadores de patentes, tangenciados com o Produto Interno Bruto (PIB), e comparados aos indicadores de alguns dos principais países desenvolvidos, Estados Unidos da América (EUA), Alemanha e França.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é investigar os direitos de propriedade intelectual dos países de Língua Portuguesa e averiguar se as políticas de proteção de conhecimento desses países têm sido norteadas para alcançar o pleno desenvolvimento econômico, frente ao poderio tecnológico dos países desenvolvidos.

Espera-se que este trabalho possa levantar questionamentos a respeito das políticas de desenvolvimento científico e tecnológico das nações de Língua Portuguesa, para que se possam identificar soluções para os principais dilemas brasileiros: déficit de superestrutura de produção intelectual de ponta, carência de política de formação e fixação de recursos humanos nas áreas estratégicas de desenvolvimento nacional desses países, fragilidade de legislação de propriedade intelectual, principalmente das patentes, déficit de proteção do potencial genético das suas riquezas naturais, dentre tantos outros desafios perpetuados nesses países.

Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Cascais, Portugal, 1999. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-3864.asp>. Acesso em: 28 nov. 2021.

³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

⁴ GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (org.). *Estudos de direito constitucional comparado*. São Paulo: Brooklin, 2007.

⁵ SODRÉ, Nelson Werneck. *Oeste: ensaio sobre a grande atividade pastoril*. São Paulo: Arquivo do Estado, 1990.

⁶ CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. *Propriedade intelectual nos países de língua portuguesa: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

Para atingir os objetivos propostos neste trabalho de pesquisa, adotou-se o método genealógico proposto por Nietzsche⁷, combinado com o Hipotético-Dedutivo e Dialético⁸, pois envolve investigação das Ciências Jurídicas e Econômicas.

Para a técnica investigativa, adotou-se a Revisão Sistemática, conforme Tranfield *et al.*⁹ Na **etapa 1**, identificaram-se as necessidades do estudo e desenvolvimento de protocolo, com base nas seguintes questões norteadoras: como os países da Língua Portuguesa protegem o seu conhecimento científico e tecnológico? Quais e quando os países aderiram aos acordos multilaterais de proteção do conhecimento? Quais são os indicadores de patentes desses países? Na **etapa 2**, realizaram-se buscas no portal da *Statistical Country Profiles* da WIPO¹⁰ para responder às questões norteadoras. Na **etapa 3**, adotou-se a mesma estratégia para identificar o desenvolvimento científico e tecnológico de três países desenvolvidos: Estados Unidos da América (EUA), Alemanha e França. Na **etapa 3** compararam-se os indicadores dos países de Língua Portuguesa com os indicadores dos três países desenvolvidos e apresentados os resultados neste artigo.

Como referencial teórico, seguiram-se as ideias nucleares de Castro, Possas e Godinho¹¹, que defendem a criação de uma Organização de Propriedade Intelectual dos Países de Expressão de Língua Portuguesa (OPIPELP), o que constitui uma proposta inovadora, atual e necessária para consolidar o desenvolvimento e ampliar a soberania tecnológica brasileira.

2 As principais convenções multilaterais que protegem os direitos de propriedade intelectual

Os principais acordos internacionais de proteção ao conhecimento que regulam a propriedade intelectual que o Brasil é signatário são: Convenção de Berna (Direitos de Autor), de 1886; Convenção de Paris (Propriedade Industrial), de 1883, e, Convenção de Roma (Direitos de Intérpretes), de 1961, e, o *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), de 1994¹². Esses acordos norteiam a formação de legislações locais dos países signatários, como o Brasil¹³. A instância de gestão em escala global é a *World Intellectual Property Organization* (WIPO)¹⁴, que trata das questões administrativas, e a Organização Mundial do Comércio (OMC), responsável pela aplicação de sanções em caso de descumprimento.

Essa proteção ocorre no ramo do Direito Econômico, que protege as criações intelectuais, facultando aos seus titulares *percepções econômicas*. Portanto, é matéria do setor Econômico das Ciências Jurídicas, compreendido por Souza *apud* Del Masso¹⁵ como:

[...] o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente

⁷ PEREIRA, Thiago Rodrigues. O método genealógico nietzschiano e sua aplicabilidade para a ciência do direito. *Valença*. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 15, n. 2, p. 117-140, 2017. DOI: 10.24859/fdv.2017.2006. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁸ POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. Austria: Springer, 1935.

⁹ TRANFIELD, D.; DENYER, D.; SMART, P. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *Longon*: British Journal of Management, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

¹⁰ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹¹ CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. *Propriedade intelectual nos países de língua portuguesa*. temas e perspectivas. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

¹² WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS). Genebra, 2017. Disponível em: <http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahtmlfuvvzzq&cof=FORID%3A11&q=trips>. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹³ TAFFOREAU, Patrick; MONNERIE, Cédric; KPOLO, Christian. *Droit de la propriété intellectuelle*. Paris: Gualino, 2015.

¹⁴ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹⁵ DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 28.

que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade.

A *economicidade* principiada refere-se à valoração jurídica do econômico. Tem a função de possibilitar que os aplicadores do Direito Econômico “deixem de raciocinar somente juridicamente para alcançar os efeitos de uma norma criada ou aplicada para cumprir os preceitos da ordem econômica”¹⁶.

Bagnoli¹⁷ entende que o Direito Econômico consolidou o *poder econômico* por ele compreendido como:

[...] a manifestação do poder condicionado ao fator econômico que subordina quem não detém o elemento econômico. A manifestação do poder econômico é uma dominação dificilmente percebida, na qual dominante e dominado se relacionam formando algo único, ao mesmo tempo que permanecem distintos, cada qual a face de uma mesma moeda.

Essa “moeda” mantém o seu equilíbrio graças à atuação do Estado, que regulamenta e distribui a justiça¹⁸ de forma equilibrada.

A ausência do Estado no domínio econômico para fiscalizar e regular a livre iniciativa dos agentes econômicos na defesa da concorrência, ou a relação que se estabelece entre o poder público e o privado, implicam no incremento dos monopólios capitalistas, ‘conquistados no mercado em virtude do poder de propriedade’. A relação entre poder econômico e Direito leva os estudiosos do Direito a pensar meios de controlar o poder econômico. Para tanto, faz-se necessário entender os fatores que transformaram a sociedade e os Estados e qual a relação entre Direito e Economia¹⁹.

Segundo o autor, tanto Direito como Economia possuem uma profunda “imbricação” com as Ciências Sociais, razão pela qual se deve considerar a complexidade dessas relações que envolvem Direito e Poder, sendo a sua compreensão um dos grandes desafios de reflexão jurídico-política. A partir do surgimento do Estado Moderno, o papel do Direito sofreu profundas transformações, deixando de ser uma referência política para se consolidar de forma positiva²⁰, com a garantia da segurança jurídica consolidada pelo Código Civil de Napoleão de 1808²¹. Na Era Moderna, essa relação entre Estado Moderno, o Direito e a Economia passou a ser intermediada. O Direito passou a figurar como um instrumento de governo²².

Na perspectiva de um Direito como *instrumento de governo*, o bem maior a ser protegido é a *livre iniciativa*, a qual foi a gênese da Revolução Francesa. No entendimento de Borges²³, essa liberdade somente foi possível pela positivação dos direitos, notadamente o Código Civil oitocentista, que garantiu a tão almejada segurança jurídica das relações entre pares, surgindo os ganhos econômicos que sedimentaram a sociedade da Era Moderna e que seus desdobramentos permanecem até a contemporaneidade.

Nesse sentido, a luta do Direito moderno ocorreu para garantir a propriedade privada, nela entendida: as terras, as coisas que estão sobre a terra e embaixo ela, dentre elas as benfeitorias e os recursos naturais porventura existentes como: água, recursos minerais, florestas, animais silvestres, dentre outros.

¹⁶ DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 28.

¹⁷ BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 28.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 35.

¹⁹ BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 35.

²⁰ “O Direito Positivo é consubstanciado pelas regras e princípios que regulam o comportamento das pessoas através da coerção”. MORAES, G. P. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008.

²² BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008.

A partir desse marco legal, o Direito sofreu uma bifurcação para dar espaço ao Direito Privado. Então, a partir da Era Moderna, houve divisão clássica de Direito Público e Direito Privado. O Estado Absolutista (Público) deu lugar ao Estado Liberal (Privado). Ao Estado coube estabelecer as normas gerais de Direito Público para que a sociedade pudesse se desenvolver por meio da *livre iniciativa*. As normas desse desenvolvimento estavam contidas na Constituição Moderna e no Código Civil de Napoleão. As garantias de Estado e a força do capitalismo produziram o mundo que temos até hoje²⁴.

A partir desse novo cenário de liberdades e oportunidades, houve a necessidade de estabelecimento de regras que pudessem ordenar o crescimento econômico, a inflação, desemprego. Desse caldeirão social, surgiu a Ciência Econômica e o conceito de *mercado*, definido como “um grupo de compradores e fornecedores de um bem ou serviço e a instituição ou arranjo por meio do qual eles se reúnem para efetivar a transação”.

Nesse grupo encontra-se a figura do *empreendedor*, compreendido como “alguém que opera um negócio, reunindo os fatores de produção — mão de obra, capital e recursos naturais — para produzir bens e serviços”. Ao empreendedor está depositada grande parte da responsabilidade do Sistema Econômico de um país. Cabe a ele decidir o que produzir, tendo como base a *crença* de que há um *mercado* (consumidores) que esteja disposto a adquirir os produtos por ele produzidos²⁵. Portanto, segundo os autores, todo o Sistema Econômico está estruturado nos direitos privados, que devem ser assegurados pelo Estado, quais sejam: o direito à propriedade privada (1), e o direito à proteção da propriedade privada (2). Após essa breve explanação sobre os direitos de propriedade intelectual, analisam-se os direitos de propriedade intelectual, principalmente das patentes, nos países de Língua Portuguesa, iniciando por Portugal e Brasil.

3 A propriedade intelectual em Portugal e Brasil

Portugal e Brasil, ambos, aderiram à Convenção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), em 1995²⁶, e ao Acordo TRIPS, também em 1995²⁷, o que demonstra sua boa-fé em relação ao cumprimento das Convenções de Paris (1883), Berna (1886), bem como dos demais acordos multilaterais de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Portugal aderiu à Convenção de Berna em 1911 e a de Paris em 1884. O Brasil aderiu à Convenção de Berna em 1922 e à Convenção de Paris em 1884. Portanto, seguiu os mesmos passos de Portugal, aderindo a todos esses acordos, alinhando suas políticas de desenvolvimento às normas internacionais de proteção e garantia dos direitos de propriedade intelectual em território nacional.

Em território nacional, tanto em Portugal quanto no Brasil, a instância governamental de proteção ao conhecimento é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Cabe a ele receber o depósito de patentes e gerenciar os serviços de busca de anterioridade. Portugal definiu sua Política de Propriedade Intelectual com base na regulamentação do registro de propriedade literária (para o cumprimento da Convenção de Berna), via Decreto n.º 4.114, de 17 de abril de 1918²⁸. Em relação à Convenção de Paris de 1883, Portugal avançou muito na sofisticação de seu sistema de proteção doméstico, indo além da simples regulamentação, mas criando, em 2018, o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110, de 10 de dezembro de 2018. O Governo de Portugal fundamentou a decisão de criação de um código específico para

²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008.

²⁵ HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. *Introdução à economia*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 108-110.

²⁶ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement Establishing the World Trade Organization – WTO*. Geneva, 1995. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/201>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁷ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Geneva, 2017. Disponível em: <http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfvzzq&cof=FORID%3A11&q=trips>. Acesso em: 28 nov. 2021.

²⁸ PORTUGAL. *Decreto n.º 4.114, de 17 de abril de 1918*. Regulamenta o registro da propriedade literária. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/201811>. Acesso em: 30 nov. 2021.

garantia da propriedade industrial, considerando os impactos econômicos dessa categoria de direitos em âmbito da União Europeia. Conclui-se que, em virtude de ser membro da União Europeia, Portugal desenvolveu uma compreensão mais sofisticada da importância estratégica dos direitos de propriedade industrial.

Na justificativa para a criação do Código, Portugal considerou o *Intellectual property rights intensive industries and economic performance in the European Union*, publicado em outubro de 2016. Esse documento aponta que o uso estratégico de marcas e patentes são responsáveis por, aproximadamente, 28% dos postos de trabalho na União Europeia. O mesmo estudo aponta que o negócio de marcas e patentes representam cerca de 42% do total de atividades da União Europeia. O governo de Portugal considerou esses indicadores demonstrando, assim, a força dos direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de um país. Ser membro da União Europeia. Portanto, foi decisivo para a consolidação dos direitos de propriedade intelectual em Portugal. Mesmo sendo um país de Língua Portuguesa, o país adotou a estratégia de países de outras línguas para se desenvolver tecnologicamente²⁹. Por outro lado, o Brasil demorou muito a definir sua Política de Propriedade Intelectual, fazendo-o somente na década de 1970. As normas anteriores foram pontuais, como a Lei Medeiros e Albuquerque, referente aos direitos autorais. Somente em 1996 promulgou-se uma lei que regulamentava direitos de patente, matéria regulada pela Lei de Propriedade Industrial brasileira, Lei n.º 9.279/1996³⁰, e, posteriormente, a Lei de Direitos de Autor e Direitos Conexos (Lei n.º 9.610/98), mesmo que o País tenha aderido à Convenção de Paris em 1884, sendo esta ratificada em 1975. Ao garantir a segurança jurídica de proteção dos direitos de propriedade intelectual, o País não priorizou as patentes domésticas, não impondo uma atitude inovadora às Instituições de Ensino e Pesquisa do Brasil. O ensino prevaleceu sobre a pesquisa científica e tecnológica e a propriedade intelectual somente se tornou assunto estratégico nos anos 2000, com a promulgação da Lei n.º 13.243/16³¹, para a consolidação da inovação em âmbito de Pesquisa e Desenvolvimento nacional.

Quando se analisam Portugal e Brasil, a partir das patentes, à primeira vista, pode-se concluir que o colonizador (Portugal) superou o colonizado (Brasil). Isso se a análise for orientada com base na quantidade de patentes que cada país detém. Conforme o quadro 1, o Brasil possui mais patentes do que Portugal. Em 2020 Portugal fechou o ano com 946 patentes domésticas, enquanto Brasil com 5.280. Entretanto, analisando os números das patentes estrangeiras, Portugal detinha, no mesmo ano, 263 patentes estrangeiras, enquanto o Brasil, abrigava 19.058. Isso demonstra que, embora Portugal tenha menos patentes, ele, ainda, domina seu território, ou seja, sua soberania tecnológica. Ele é autossuficiente para garantir o desenvolvimento em seus domínios. Por outro lado, o Brasil não conseguiu superar o domínio estrangeiro, conforme o quadro 1.

Quadro 1 – Número de patentes domésticas, estrangeiras e exportadas de Portugal e Brasil, no período de 2011 a 2020

ANO	PORTUGAL			BRASIL		
	DOM	ESTR	EXP	DOM	ESTR	EXP
2011	648	75	374	4.695	23.954	1.669
2012	696	26	436	4.798	25.637	1.810
2013	741	22	578	4.959	25.925	1.892
2014	834	18	498	4.659	25.683	2.055
2015	1.063	20	564	4.641	25.578	1.935
2016	880	27	812	5.200	22.810	2.021
2017	793	36	715	5.480	20.178	2.025
2018	882	29	764	4.980	19.877	1.879

²⁹ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 110, de 10 de dezembro de 2018*. Institui o Código de Propriedade Industrial. Disponível em: <https://wipo.int/en/text/508629>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³⁰ BRASIL. *Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

³¹ BRASIL. *Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o estímulo ao desenvolvimento científico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

ANO	PORTUGAL			BRASIL		
	DOM	ESTR	EXP	DOM	ESTR	EXP
2019	975	104	1.175	5.464	19.932	1.994
2020	946	263	926	5.280	19.058	1.990

Fonte: elaborada pelos autores a partir de WIPO³².

Em relação aos direitos de propriedade intelectual, os avanços de Portugal em relação ao Brasil foram resultado da visão estratégica do governo português. Em Portugal, diferentemente do Brasil, as marcas e patentes foram vistas como meios de se atingir uma finalidade maior, o pleno desenvolvimento. Ao criar o Código de Propriedade Industrial, introduziram-se alterações significativas para simplificar, agilizar e modernizar procedimentos para facilitar o acesso do empreendedor ao sistema de proteção doméstico.

Essa segurança jurídica e administrativa foi de capital importância para agilizar processos, otimizar o tempo e consolidar resultados tanto para o País, como para o empreendedor. Ações como a modernização do INPI português, facilitando os procedimentos digitais, bem como o aperfeiçoamento da legislação de repressão de condutas por violação de direitos de propriedade industrial fizeram a diferença em Portugal. Na União Europeia, o combate à falsificação de produtos é prioridade, visto que os Estados-membros perdem cerca de 48 milhões de euros por ano devido ao comércio de produtos falsificados.

Outro ponto que chama a atenção refere-se à forma como o Código foi construído. Portugal considerou os fatores de poder. Ouviram-se todos os setores da sociedade, não somente os setores governamentais, mas também o setor produtivo, representado pela Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, a Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI); o Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações; a Confederação Empresarial de Portugal (CIP); a Associação Portuguesa dos Consultores em Propriedade Intelectual (ACPI); o Grupo Português da Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual (AIPPI); a Associação Portuguesa de Medicamentos Genéricos e Biossimilares (APOGEN); a Associação Empresarial para a Inovação; a União das Marcas e as instituições de ensino superior; dentre outros setores da sociedade, e, ainda, o sistema judicial, representado pelo Conselho Superior da Magistratura, a Procuradoria-Geral da República. Portanto, foi uma proposta construída por representantes de todo um País, de forma sinérgica e estratégica, considerando-se uma proposta de crescimento em conjunto e de forma equânime.

4 Os direitos de propriedade intelectual nos demais países de língua portuguesa

Nem todos os países de Língua Portuguesa conseguiram sofisticar seus sistemas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Analisando esses direitos dos demais países: Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Guiné Equatorial, percebe-se que se inseriu a propriedade intelectual, por razões diversas, em segundo plano, a começar pela adesão aos acordos multilaterais.

Nem todos os países de Língua Portuguesa aderiram à Convenção WIPO. Angola aderiu em 1996; Cabo Verde, em 2008; Guiné-Bissau e Moçambique, ambos aderiram em 1995; e, São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Guiné Equatorial não aderiram³³. Destaca-se que a WIPO é a gestora dos acordos multilaterais e a

³² WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

³³ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833. Acesso em: 28 nov. 2021.

aproximação dos países com essa importante organização sinaliza um compromisso de adequação e sofisticação de seus sistemas de proteção do conhecimento, em escala global.

Em relação aos demais acordos multilaterais, o comportamento desses países é semelhante. Angola, ainda, não aderiu à Convenção de Berna. O País é signatário, apenas, da Convenção de Paris (assinado em 2007); Cabo Verde aderiu à Convenção de Berna somente em 1997 e, ainda não aderiu à Convenção de Paris. Guiné-Bissau aderiu à Convenção de Berna em 1991 e, Paris, em 1988. Moçambique tornou-se signatário da Convenção de Berna em 2013 e, de Paris, em 1998. São Tomé e Príncipe aderiu à Convenção de Berna, em 2016, e Paris, em 1998. Timor Leste e Guiné Equatorial não aderiram as duas convenções. Ao não aderir às convenções de Berna e Paris, esses países sinalizaram uma desvantagem competitiva em âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Conseqüentemente, as desvantagens emergem em números, conforme os quadros 2 e 3.

Angola aderiu à Convenção de Paris em 2007, mas, somente em 2018, conseguiu patentear. Isso significa, em número inexpressivo, somente seis patentes domésticas. Destacam-se, os anos de 2018 e 2019, em que Angola recebeu um número significativo de patentes estrangeiras, conforme o quadro 2. Entretanto, esse pico foi pontual e não repetido. Os demais países de Língua Portuguesa apresentam, igualmente, indicadores inexpressivos. Apenas Moçambique — que aderiu à Convenção de Berna, somente, em 2013 e à Convenção de Paris, em 1998 — apresentou algum destaque na produção de patentes.

Consoante o quadro 2, o País vem mantendo um crescimento do número de patentes, demonstrando, assim, certa estabilidade no sistema de proteção doméstico. Em 2011, Moçambique tinha 8 patentes domésticas e 15 estrangeiras e, em 2020, o número de patentes domésticas havia aumentado para 26, e as patentes estrangeiras haviam diminuído para 14, significando relativa estabilidade entre o que o País produz e o que importa do conhecimento. Entretanto, a exportação do conhecimento, ainda, é um indicador “traço” ou insignificante nos países analisados.

Quadro 2 – Número de patentes domésticas, estrangeiras e exportadas de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, no período de 2011 a 2020

ANO	PATENTES DOMÉSTICAS				PATENTES ESTRANGEIRAS				PATENTES EXPORTADAS			
	ANG	CV	G-B	MOÇ	ANG	CV	G-B	MOÇ	ANG	CV	G-B	MOÇ
2011	-	-	-	8	-	-	-	15	-	-	-	-
2012	-	-	-	14	-	-	-	26	-	1	-	2
2013	-	-	-	13	-	-	-	30	-	1	-	-
2014	-	-	-	14	-	-	-	46	-	-	-	5
2015	-	-	-	24	-	-	-	30	-	-	-	-
2016	-	2	-	15	-	1	-	25	-	3	-	-
2017	-	2	-	24	-	-	-	26	-	1	-	-
2018	6	3	-	34	114	1	-	13	8	-	-	-
2019	2	-	-	23	108	1	-	24	-	-	-	-
2020	85	1	1	26	-	4	16	14	-	-	-	-

Fonte: elaborada pelos autores a partir de WIPO³⁴.

Quadro 3 – Número de patentes domésticas, estrangeiras e exportadas de São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Guiné Equatorial, no período de 2011 a 2020

ANO	PATENTES DOMÉSTICAS			PATENTES ESTRANGEIRAS			PATENTES EXPORTADAS		
	S. TO	T. Leste	G. Equat.	S. TO	T. Leste	G. Equat.	S. TO	T. Leste	G. Equat.
2011	-	-	-	2	-	-	3	-	-

³⁴ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

2012	-	-	-	-	-	-	-	-	-
2013	-	-	-	8	-	-	-	-	-
2014	-	-	-	3	-	-	-	-	-
2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-
2016	-	-	-	238	-	-	-	-	-
2017	-	-	-	379	-	-	1	-	-
2018	-	-	-	408	-	-	3	-	-
2019	-	-	-	-	-	-	-	-	-
2020	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Fonte: elaborada pelos autores a partir de WIPO³⁵.

São Tomé e Príncipe, Timor Leste e Guiné Equatorial, conforme quadro 3, ainda, estão muito aquém do ideal de produção do conhecimento. Em relação aos países estudados, encontraram-se dificuldades em construir uma “fotografia” do desenvolvimento de patentes, visto que, conforme Carvalho, Schiefer e Dünnwald³⁶, os países analisados apresentam uma dinâmica de migrações, conflitos e particularidades culturais que dificultam sua integração global. O desenvolvimento econômico está ligado à exploração do turismo cultural, o que não resulta em produção de patentes.

Para Celta³⁷, um dos principais problemas de desenvolvimento dos países analisados está na formação e fixação de recursos humanos, visto que os alunos que vão estudar em outros países, principalmente em Portugal, não desejam mais retornar aos seus países de origem na África. Nesses países, inclusive o conceito sobre “desenvolvimento”, ainda, está em construção. A autora, citando Ghai³⁸, afirma que

o desenvolvimento é visto como o conhecimento do processo social, econômico e político, enfatizando a capacidade para analisar e resolver os problemas do dia-a-dia, como o aumento das competências manuais e maior controle sobre os recursos econômicos, como a restituição da dignidade humana e autorrespeito; como a interação com outros grupos sociais numa base de respeito mútuo e igualdade. Esta concepção, embora não negligencie as privações materiais e pobreza, o foco é colocado na realização do potencial humano expresso em termos de dignidade, autorrespeito, emancipação social e capacidade moral, intelectual e técnica.

Em um cenário de exclusão social e econômica, a luta pela sobrevivência ocupa espaços que deveriam ser preenchidos por desenvolvimento pleno desses países. Como ora apontado pelos autores, a emancipação social, moral, intelectual e técnica é componente do desenvolvimento. Ao que parece, nos países de Língua Portuguesa, o pleno desenvolvimento, ainda, é uma promessa.

5 O contraponto de indicadores de propriedade intelectual dos Estados Unidos da América, Alemanha e França

Os países desenvolvidos analisados, EUA, Alemanha e França, apresentam quadro totalmente diferente, demonstrando o requinte do seu sistema de proteção, bem como a sua superioridade científica e tecnológica

³⁵ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

³⁶ CARVALHO, Ana Larcher; SCHIEFER, Ulrich; DÜNNWALD, Stephan. African peasants on the move: turmoil between global dynamics, migration and food insecurity. *Cadernos de Estudos Africanos*, v. 29, p. 11-28, 2015. DOI: <https://doi.org/10.4000/cea.1774>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cea/1774>. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁷ CEITA, Bilaine Carvalho. *Recursos humanos são-tomenses: importância e contributo no processo de desenvolvimento de São Tomé e Príncipe*. 2009. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Diversidades Locais e Desafios Mundiais) – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/1461>. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁸ GHAI, Dharam. Participatory development: some perspectives from grass-roots experiences. In: GRIFFIN, K.; KNIGHT, J. (org.). *Human development and internacional strategy for the 1990's*. London: Macmillan Press, 1990. p. 216.

de domínio, e predominância das patentes domésticas frente ao conhecimento externo (patentes estrangeiras). Essa base sólida de conhecimento possibilita ganhos econômicos pelo *spillover* de conhecimento, conforme quadro 4.

Quadro 4 – Número de patentes domésticas, estrangeiras e exportadas dos EUA, Alemanha e França, no período de 2011 a 2020

ANO	PATENTES DOMÉSTICAS			PATENTES ESTRANGEIRAS			PATENTES EXPORTADAS		
	EUA	ALE	FRA	EUA	ALE	FRA	EUA	ALE	FRA
2011	247.750	73.216	24.287	255.832	12.458	2.099	193.404	102.579	42.985
2012	268.782	73.905	24.442	274.033	14.720	2.092	205.873	109.761	45.855
2013	287.831	73.929	24.538	283.781	15.814	2.196	213.682	110.686	46.633
2014	285.096	73.826	25.116	293.706	17.811	2.033	224.825	105.817	47.288
2015	288.335	72.217	25.085	301.075	19.509	1.994	242.903	103.342	47.567
2016	295.327	73.574	24.714	310.244	19.419	2.012	227.222	103.753	46.914
2017	293.904	73.345	25.040	313.052	19.927	1.832	231.564	103.061	46.044
2018	285.095	73.333	24.741	312.046	21.281	1.919	230.120	106.758	44.404
2019	285.113	73.448	24.334	336.340	20.802	1.766	236.625	104.911	43.055
2020	269.586	68.214	23.377	327.586	19.845	1.542	226.297	99.791	40.903

Fonte: elaborada pelos autores a partir de WIPO³⁹.

Conforme o quadro 4, percebe-se uma superioridade tecnológica dos países analisados (EUA, Alemanha e França) em relação aos países em desenvolvimento (quadro 2). Embora o Brasil tenha liderança dos países do quadro 2, com 906 patentes domésticas em 2019, os EUA fecharam o ano com 167,115 patentes, Alemanha com 73,448, e França com 24,334. Esses três países, ainda, demonstram superioridade tecnológica em relação ao número de patentes estrangeiras que abrigam em seus territórios. A Alemanha, em 2019, tinha 73,448 patentes domésticas e, apenas, 20,802 estrangeiras em seu território. Além disso, exportava 104,911 patentes aos demais países. A França detinha, no mesmo ano, 24,334 patentes domésticas e, apenas 1,766 patentes estrangeiras, exportando 43,055 patentes aos demais países. Essa superioridade tecnológica resulta em incremento do PIB e, conseqüentemente, mais investimentos em desenvolvimento, formando, assim, um constante ciclo de desenvolvimento científico, tecnológico e econômico.

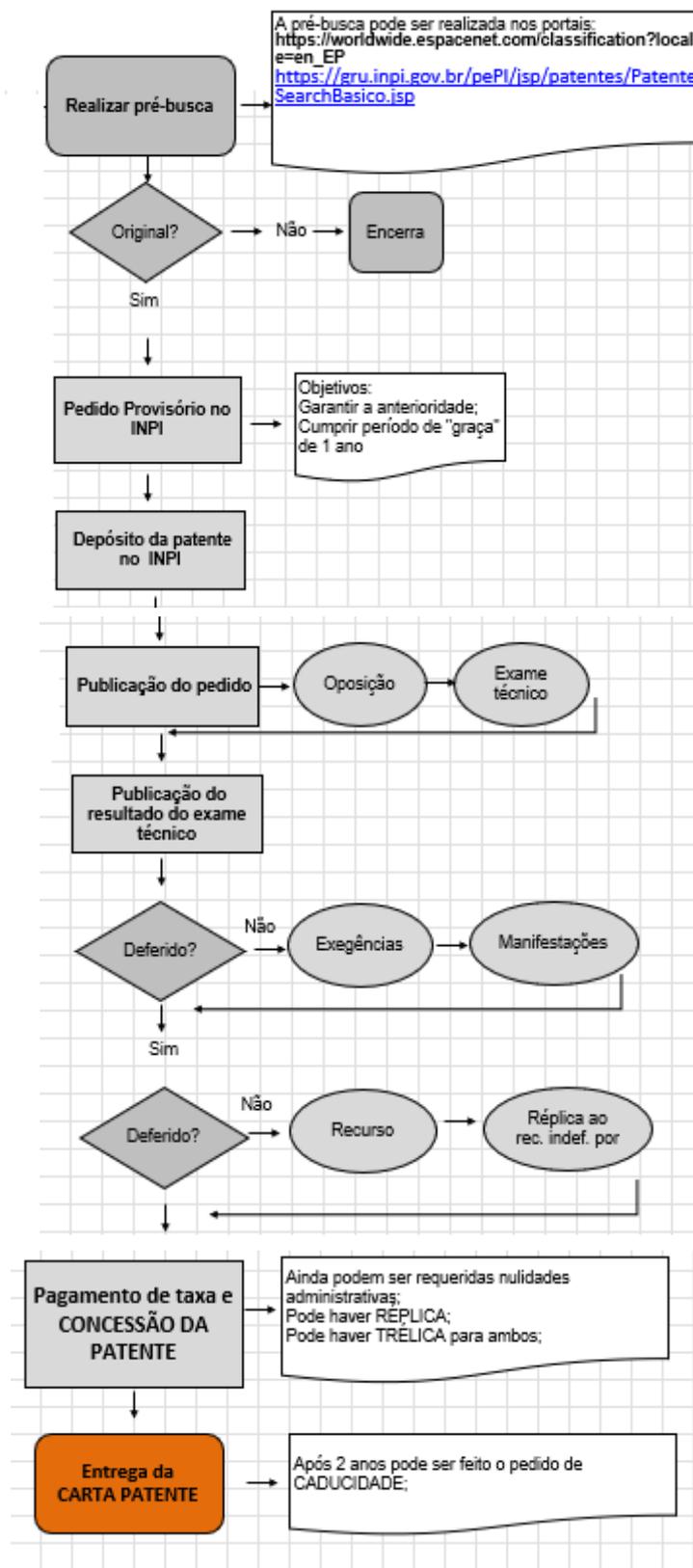
6 As alternativas para a consolidação dos países de língua portuguesa

Acredita-se que esse cenário de desvantagem competitiva dos países de Língua Portuguesa é reflexo da ineficácia da gestão de conhecimento em relação às universidades públicas e privadas desses países. Como estratégia de correção dessa gestão, principalmente no tocante às patentes, sugere-se consolidar uma estratégia de prospecção de patentes. Desse modo, desenvolveu-se um aplicativo cujo nome é PROSPECTANTE (junção de prospecção + patente)⁴⁰, ainda em fase de experimento. Trata-se de um *app* que poderá auxiliar a gestão de patentes das universidades e centros de pesquisa ou, inclusive, empresas públicas e privadas. Basicamente, ele guia o profissional (pode ser um professor/pesquisador/empresário) a identificar o que pode ser patenteado (seja o trabalho de um aluno ou de um colaborador de alguma empresa). É um *app* intuitivo que procura seguir essa as etapas a seguir (figura 1).

³⁹ WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴⁰ O protótipo do *app* está disponível pelos autores no *link*: <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScGUFxQRmtHk7IxWMyHohZyHvJTy4LzaPvt5W0oRTdoDQnkrw/viewform>.

Figura 1 – Fluxograma de prospecção de patente sugerido no aplicativo Prospectante



Fonte: elaborada pelos autores.

A estratégia do aplicativo (figura 1) é preparar o professor ou orientador para proteger o conhecimento desenvolvido com os alunos. Suponha-se que um professor das Engenharias se depara com um projeto ino-

vador de um de seus alunos. Nesse caso, geralmente, o professor não está treinado, tampouco o acadêmico a identificar uma possível patente. Então, basta seguir as orientações do aplicativo que, certamente, auxiliará o encontro do caminho mais eficiente para proteger o conhecimento, fruto da sua pesquisa. Não basta publicar o artigo científico para garantir a proteção, pois, em geral, a partir de um ano (período de “graça”), após a publicação, o conhecimento se torna domínio público. Portanto, proteger o conhecimento antes de publicá-lo é a estratégia mais assertiva.

Como se pode observar o processo inicia-se com a pré-busca (Figura 1), que pode ser realizada no portal Espacenet, para verificar se a ideia já foi ou não patenteada. Caso o invento ou a inovação já tenha sido patenteada, encerra-se a busca. Entretanto, se houver atividade inventiva ou inovadora, que ainda não tenha sido patenteada, o pesquisador continua o trabalho, sendo o próximo passo o “Pedido provisório”, cujo objetivo é garantir a anterioridade e cumprir o período de “graça” de um ano, para, em seguida, efetuar o “depósito da patente” juntamente ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) ou correspondente em cada país.

Após o depósito, o INPI (ou equivalente) analisará o pedido e, caso não haja oposição de terceiros, ao final do processo, haverá uma “concessão de patente” ao proponente.

É importante esclarecer que os direitos sobre a patente serão da instituição proponente, no caso a universidade ou centro de pesquisa etc. Esse assunto é regulamentado por cada país, por meio da Lei de Inovação, de cada país. Em geral, a legislação prevê a opção de negociação entre a instituição e os pesquisadores, cujo percentual de lucro giram em torno de 25% para os pesquisadores e, ficando os mais 75% para a instituição.

A partir dessa ideia inicial, constrói-se o protótipo do aplicativo, cuja finalidade é levantar as seguintes informações dentro de uma organização, conforme quadro 1.

Quadro 5 – Funcionalidades do aplicativo PROSPECTANTE IDENTIFICAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

NOME	
CNPJ	
CURSO	
UNIDADE UNIVERSITÁRIA	
PESQUISADOR (principal)	
EQUIPE	

1 – ANTECEDENTES DO PROJETO

2 – OBJETIVO DO PROJETO

3 – PRODUTOS DO PROJETO

4 – PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO

() – Patente de invenção() – Patente de modelo de utilidade

() – Patente de desenho industrial() – Registro de marca

() – Indicações geográficas() – Cultivares

() – Direitos de autor

4.1 Pesquisar se existe patente: <https://worldwide.espacenet.com>

5 – CAPACIDADE INSTALADA PARA O DESENVOLVIMENTO DO PRODUTO

1 – A infraestrutura física é suficiente (logística e laboratorial)?

2 – Quais as demandas de infraestrutura?

3 – Há corpo técnico suficiente?

6 – RECURSOS FINANCEIROS

RECURSOS CAPTADOS	VALOR (R\$)	FONTE
TOTAL		
RECURSOS A CAPTAR	VALOR (R\$)	FONTE
TOTAL		

7 – GARGALOS ENFRENTADOS ATÉ O MOMENTO

8- PARCERIAS

1 – Parcerias consolidadas até o momento

2 – Parceiros possíveis

9 – CRITÉRIOS DE SELEÇÃO

CRITÉRIOS	CRITÉRIOS/PESOS				
	1	2	3	4	5
1 Alinhamento estratégico					
2 Área do conhecimento					
3 Capacidade técnico/científica					
4 Custo benefício <i>versus</i> impacto gerado					
5 Localização geográfica					
6 Mercado					
7 Possibilidade de expansão					
8 Possibilidade de patenteamento ou registro					
9 Replicabilidade					
10 Visibilidade social					

10 - AVALIAÇÃO FINAL (pontuação): _____

Fonte: elaborada pelos autores.

Conforme o quadro 5, o aplicativo tem um espaço para a “Identificação da instituição”, com o CNPJ, curso, pesquisador e equipe. Essa informação é importante para facilitar a gestão do conhecimento dentro da própria instituição, pois são diversos os projetos que ela desenvolve em seus *campi* universitários.

Nos campos 1, 2 e 3, apresentam-se os espaços para os “antecedentes”, “objetivos” e “produtos” do projeto. Igualmente importante, pois cada projeto tem uma origem, o que pode indicar coautorias do projeto e que precisam ser especificadas e reconhecidas no pedido de patente. No campo 4, listam-se as sete modalidades de proteção do conhecimento, a qual o pesquisador irá escolher a que será adequada ao seu projeto. Dependendo da área de atuação, poderá ser uma patente ou um registro de autor (direitos autorais, programa de computador etc.), ou identificação geográfica, conforme o caso.

Nos campos 5 a 8, apresentam-se os espaços para coleta de informações sobre a demanda de infraestrutura de pesquisa e corpo técnico suficientes para o desenvolvimento do produto. Esse campo é de fundamental importância, pois uma vez detectada a necessidade de parcerias institucionais, ou econômicas, os

diretores da organização deverão ter ciência que o projeto demandará patrocínio ou financiamento. O que deverá ser providenciado.

Finalmente, nos campos 9 e 10, apresentam-se os dez itens de avaliação do projeto, em relação à sua relevância (critérios/pesos), indo desde o alinhamento estratégico, passando por custo/benefício, mercado, replicabilidade, até visibilidade social. Esses critérios constituirão a base da decisão para que a direção e o pesquisador possam decidir se o projeto vale a pena ou não. É o caso, por exemplo, de um projeto bem alinhado estrategicamente (item 1), de acordo com a capacidade e área do conhecimento (item 2), e assim sucessivamente. Porém, não há a possibilidade de mercado (item 6), tampouco visibilidade social (item 10). Então, esse projeto não deve ser aprovado, pois será um investimento que não terá retorno, e a patente exige retorno financeiro/econômico.

7 Considerações finais

A partir do dilema proposto: a forma como a nação/sociedade produz, implementa e protege o seu conhecimento influencia o seu processo de desenvolvimento? Essa foi a ideia primária (nuclear) da nossa investigação. Em segundo plano (periférico), tangenciaram-se os questionamentos: há um ponto em comum dentre os países da Língua Portuguesa que se pode classificar como fatores determinantes para o seu desenvolvimento ou a falta dele?

Nesta investigação, identificou-se que um ponto em comum dos países de Língua Portuguesa é o baixo desenvolvimento científico e tecnológico, cristalizado nos indicadores de patentes. Ficou claro que a proteção do conhecimento, bem como a sua potencialização não tem sido prioridade nesses países.

Como solução para melhorar os indicadores e potencializar o desenvolvimento científico e tecnológico, disponibilizou-se o aplicativo PROSPECTANTE, cujo objetivo é auxiliar os gestores, pesquisadores e acadêmicos das universidades, organizações públicas e privadas, na gestão do conhecimento de suas instituições.

Além do aplicativo, sugere-se que a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) organize o I Encontro Internacional de Direitos de Propriedade Intelectual dos Países de Língua Portuguesa (presencial ou *on line*) com a participação dos nove países-membros para debater estratégias e troca de informações sobre a proteção do conhecimento e as estratégias para potencializá-lo nos países de Língua Portuguesa.

Espera-se, com este trabalho, levantar a necessidade de união em relação à identificação das potencialidades naturais, científicas e tecnológicas das nações mencionadas, para que estas possam se libertar do ciclo de domínio dos países ditos desenvolvidos sobre esses países ditos emergentes, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Referências

- BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico*: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. *Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o estímulo ao desenvolvimento científico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 27 out. 2023.

CARVALHO, Ana Larcher; SCHIEFER, Ulrich; DÜNNWALD, Stephan. African peasants on the move: turmoil between global dynamics, migration and food insecurity. *Cadernos de Estudos Africanos*, v. 29, p. 11-28, 2015. DOI: <https://doi.org/10.4000/cea.1774>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cea/1774>. Acesso em: 27 out. 2023.

CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manuel Mira. *Propriedade intelectual nos países de língua portuguesa: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

CEITA, Bilaine Carvalho. *Recursos humanos são-tomenses: importância e contributo no processo de desenvolvimento de São Tomé e Príncipe*. 2009. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Diversidades Locais e Desafios Mundiais) – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/1461>. Acesso em: 27 out. 2023.

CPLP. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. *Declaração Constitutiva da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa – CPLP*. Lisboa, 1996. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-3869.asp>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CPLP. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. *Relatório final: I Reunião Ordinária dos Pontos Focais de Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Cascais, Portugal, 1999. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-3864.asp>. Acesso em: 28 nov. 2021.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

GARCIA, Maria; AMORIM, José Roberto Neves (org.). *Estudos de direito constitucional comparado*. São Paulo: Brooklin, 2007.

GHAI, Dharam. Participatory development: some perspectives from grass-roots experiences. In: GRIFFIN, K.; KNIGHT, J. (org.). *Human development and international strategy for the 1990s*. London: Macmillan Press, 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. *Introdução à economia*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

MORAES, G. P. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. O método genealógico nietzschiano e sua aplicabilidade para a ciência do direito. *Valença: Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 15, n. 2, p. 117-140, 2017. DOI: 10.24859/fdv.2017.2006. Acesso em: 28 nov. 2021.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. Austria: Springer, 1935.

PORTUGAL. *Decreto nº 4.114, de 17 de abril de 1918*. Regulamenta o registro da propriedade literária. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/201811>. Acesso em: 30 nov. 2021.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 110, de 10 de dezembro de 2018*. Institui o Código de Propriedade Industrial. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/508629>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Oeste: ensaio sobre a grande atividade pastoril*. São Paulo: Arquivo do Estado, 1990.

TAFFOREAU, Patrick; MONNERIE, Cédric; KPOLO, Christian. *Droit de la propriété intellectuelle*. Paris: Gualino, 2015.

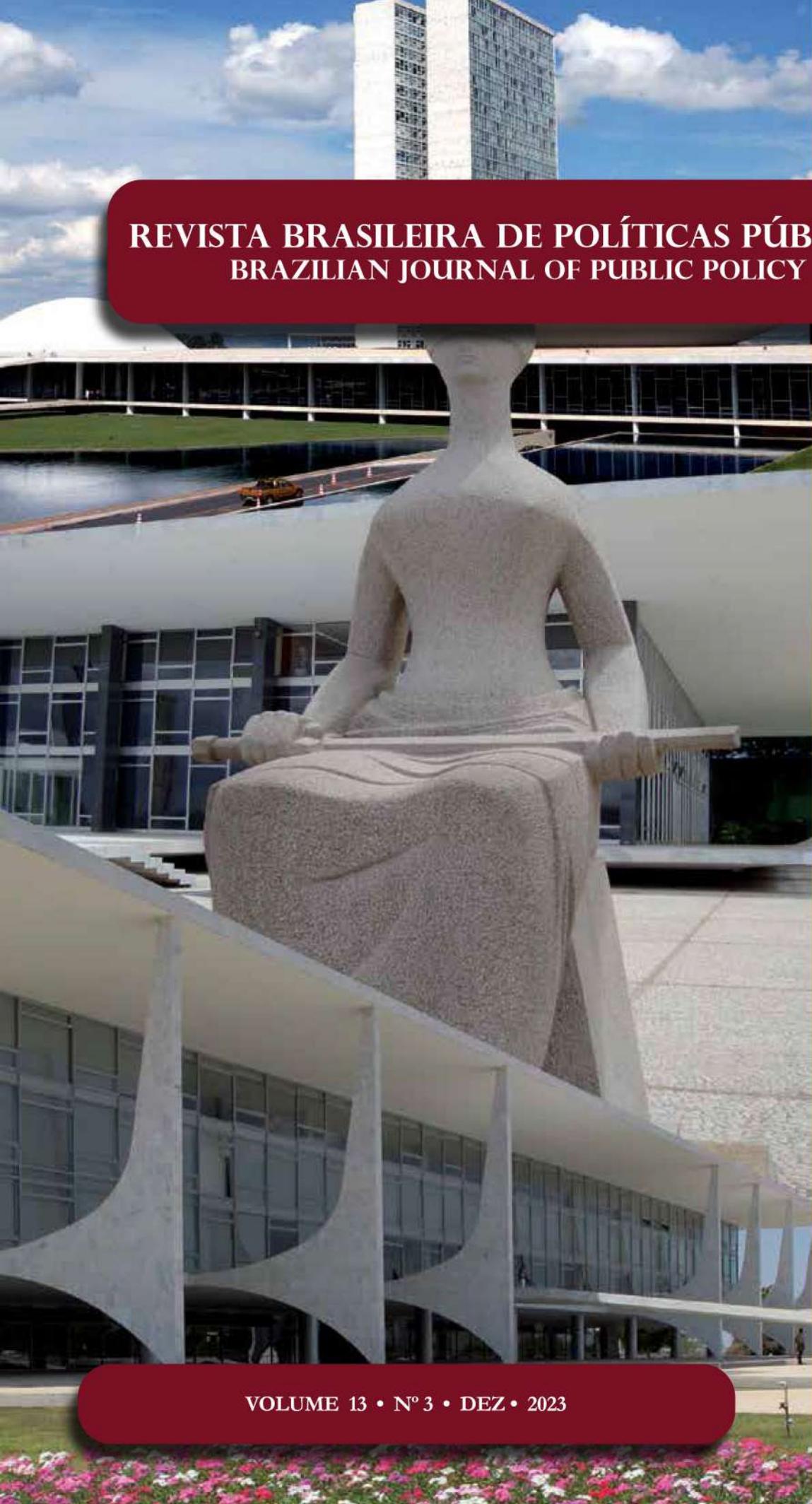
TRANFIELD, D.; DENYER, D.; SMART, P. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *Longon: British Journal of Management*, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement Establishing the World Trade Organization – WTO*. Geneva, 1995. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/201>. Acesso em: 30 nov. 2021.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Genebra, 2017. Disponível em: <http://www.wipo.int/tools/en/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfwvzzq&cof=FORID%3A11&q=trips>. Acesso em: 28 nov. 2021.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*. Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283833. Acesso em: 28 nov. 2021.

WIPO. World Intellectual Property Organization. *Statistical country profiles*. Geneva, 2020. Disponível em: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=KH. Acesso em: 28 nov. 2021.

The cover image features a large, white, modern building with a prominent, curved facade and a series of vertical columns. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is visible. The background shows a clear blue sky with some clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A Responsabilidade Social Corporativa (RSC) na limitação da liberdade de expressão em redes sociais: a legalidade dos atos de controle da autorregulação empresarial

Responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans la limitation de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux: la légalité des actes de contrôle de l'autorégulation des entreprises

Michelle Lucas Cardoso Balbino

A Responsabilidade Social Corporativa (RSC) na limitação da liberdade de expressão em redes sociais: a legalidade dos atos de controle da autorregulação empresarial*

Responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans la limitation de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux: la légalité des actes de contrôle de l'autorégulation des entreprises

Michelle Lucas Cardoso Balbino**

Resumo

Os usuários de redes sociais que expressam informações falsas (fake news) ou disseminam discursos de ódio, quando sofrem o processo de controle dos seus atos, alegam que as empresas privadas (redes sociais) estariam realizando censura ou definindo um excesso de punição/retaliação em suas atuações. Surge, então, o objetivo geral deste trabalho que consiste em verificar se os atos de controle (autorregulação empresarial), realizados na limitação da liberdade de expressão em redes sociais, possuem legalidade em sua arena de atuação. A presente pesquisa justifica-se, nesse sentido, com base na relevância e recorrência dos casos de abuso do direito de liberdade de expressão, realizados por usuários de redes sociais. Afinal, a análise delimita-se em relação à atuação da autorregulação empresarial no combate imediato dos abusos realizados em redes sociais, estando voltado especificamente para a análise do direito transnacional. Metodologicamente, o presente artigo está definido em uma pesquisa normativa-jurídica, do tipo exploratória, com a abordagem de pesquisa qualitativa, por meio de fontes primárias e secundárias, aplicando-se o método indutivo e o método dedutivo, além das técnicas de pesquisa documental e jurisprudencial. Os documentos selecionados para análise compreendem os Códigos de Ética e Conduta e/ou documentos empresariais das seguintes empresas: Youtube; Meta (Facebook e Instagram); LinkedIn e Twitter. Para os procedimentos de análise, utilizou-se a Teoria do Direito em Rede e a Teoria de Análise de Conteúdo para o tratamento dos dados coletados. Portanto, a legalidade dos atos de controle da autorregulação empresarial, por meio da RSC, é construída, neste trabalho, com base no direito limitado de liberdade de expressão em redes sociais e, ainda, em relação à utilização da Responsabilidade Social Corporativa (RSC) como mecanismo de controle em redes sociais na esfera privada.

Palavras-chave: redes sociais; responsabilidade social corporativa (RSC); liberdade de expressão; atos de controle empresarial.

* Recebido em: 22/11/2022
Aprovado em: 06/04/2023

** Advogada. Professora Universitária e Coordenadora de curso de direito. Doutora em Direito pelo UNICEUB – Brasília. Mestra em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6069957017063656>.
Email: michellebalbino@hotmail.com.

Résumé

Les utilisateurs des réseaux sociaux qui expriment de fausses informations (fake news) ou diffusent des discours de haine, lorsqu'ils subissent le processus de contrôle de leurs actions, affirment que des entreprises privées (réseaux sociaux) procèdent à la censure ou définissent des sanctions/représailles excessives dans leurs performances. Se pose alors l'objectif général de ces travaux, qui consiste à vérifier si les actes de contrôle (autorégulation des entreprises), réalisés pour limiter la liberté d'expression sur les réseaux sociaux, sont légaux dans leur domaine d'activité. La présente recherche se justifie, en ce sens, par la pertinence et la récurrence des cas d'abus du droit à la liberté d'expression, commis par les utilisateurs des réseaux sociaux. Après tout, l'analyse est limitée par rapport au rôle de l'autorégulation des entreprises dans la lutte immédiate contre les abus commis sur les réseaux sociaux, étant spécifiquement centrée sur l'analyse du droit transnational. Méthodologiquement, cet article se définit dans une recherche normative-juridique, de type exploratoire, avec une approche de recherche qualitative, à travers des sources primaires et secondaires, en appliquant la méthode inductive et la méthode déductive, en plus des techniques de recherche documentaire et de jurisprudence. Les documents sélectionnés pour analyse comprennent les codes d'éthique et de conduite et/ou les documents commerciaux des sociétés suivantes : Youtube ; Meta (Facebook et Instagram); LinkedIn et Twitter. Pour les procédures d'analyse, la théorie du droit des réseaux et la théorie de l'analyse du contenu ont été utilisées pour traiter les données collectées. Ainsi, la légalité des actes de contrôle de l'autorégulation des entreprises, à travers la RSE, se construit, dans ce travail, sur la base du droit limité à la liberté d'expression sur les réseaux sociaux et, également, en relation avec l'usage de la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) comme mécanisme de contrôle des réseaux sociaux dans la sphère privée.

Mots-clés: réseaux sociaux ; responsabilité sociale des entreprises (RSE) ; liberté d'expression; actes de contrôle d'entreprise..

1 Introdução

A liberdade de expressão é tema protegido tanto marco legal interamericano^{1 2} como no direito interno brasileiro^{3 4}, representando um direito necessário ao recebimento e difusão de informações de forma livre pelo cidadão, porém como todo direito, a liberdade de expressão possui limites que devem ser respeitados. Atualmente, o grande embate acerca dos limites da liberdade de expressão está presente nas redes sociais, local em que várias pessoas expressam seus pensamentos, opiniões e informações sem considerar a origem, impacto e pretensão dessa atuação. A suposta liberdade que as redes sociais aplicam à liberdade de expressão gera muitos conflitos, principalmente em relação à existência de atos de controle realizados pelas próprias redes sociais.

Os usuários de redes sociais, muitas vezes, utilizam do argumento de que podem expressar informações falsas (*Fake News*) ou disseminar discursos de ódio⁵. Exemplos emblemáticos que se podem destacar são:

¹ OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

² CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe. *Escazú*, Costa Rica, 4 mar. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. art. 9.2.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴ BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. art. 49.

⁵ GASPARETTO, Hígor Lameira; PEDROSO, Frederico Thaddeu; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Fake news, discursos de ódio e ativismo digital: movimentos sociais de desmonetização, desafios jurídicos e reflexões sobre o case sleeping giants Brasil. *Revista*

Retirada da plataforma Youtube de vídeos com não verdadeiras sobre fraude nas eleições brasileiras de 2022; Twitter c. Donald Trump; Facebook/Instagram c. Bolsonaro e YouTube c. Monark. No primeiro caso, o Youtube apagou, no mês de maio e junho, diversos vídeos contendo desinformação sobre a urna eletrônica e as eleições⁶. No segundo caso, o Twitter realizou banimento da conta do ex-presidente americano Donald Trump, sob o argumento que de risco de incitação à violência⁷. No terceiro caso, o Facebook e Instagram retiraram *live* em que Jair Messias Bolsonaro, o então Presidente da República Federativa do Brasil na época, associou a Síndrome da Imunodeficiência Humana (em inglês AIDS) à vacina contra covid⁸. E, por fim, o último caso, o YouTube suspendeu a monetização do canal do youtuber Monark, devido ao conteúdo exposto⁹. Em todos os casos, houve uma atuação direta da empresa (rede social) em sua atuação de autorregulação. Esses usuários (produtores de conteúdo) alegam que as empresas privadas (redes sociais), ao retirarem as informações falsas ou realizando o banimento do usuário do aplicativo, estariam realizando censura ou definindo um excesso de punição/retaliação em suas atuações.

Acerca do conceito de redes sociais, existe uma forte discussão sobre como definir e quanto à sua origem¹⁰, porém, neste trabalho será considerado, apenas, o viés corporativo das redes sociais. Assim, o conceito aplicado às redes sociais define as empresas que possuem aplicação na internet realizando conexão de usuários entre si, permitindo e tendo como centro da atividade a comunicação, o compartilhamento e a disseminação de conteúdo em um mesmo sistema de informação, por meio de contas conectadas ou acessíveis entre si de forma articulada¹¹.

As redes sociais, empresas privadas, devem seguir os regramentos estabelecidos pelo Estado, com definições claras, porém sem ultrapassar a autonomia empresarial, característica própria do direito privado. Portanto, em sua atuação empresarial, as redes sociais não são obrigadas a “fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹². Porém, quando se considera a atuação globalizada das redes sociais, surgem preocupações quanto aos possíveis danos provocados. Afinal, as redes sociais possuem natureza transnacional, surgindo de uma alteração espacial da atuação empresarial que ganham proporções extraterritoriais¹³ (também denominados de transfronteiristas¹⁴). Esses fatos resultam no surgimento de diversos litígios com grande dificuldade em definir as responsabilidades destas empresas para com os Estados anfitriões e as partes interessadas (usuários de redes sociais, produtores de conteúdo, empresas de marketing e outros) em virtude dos danos causados.

Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 12, n. 3. p. 179-198, 2022.

⁶ CAETANO, Guilherme. Youtube faz limpeza inédita e apaga vídeos com mentiras sobre fraude nas eleições. *O Globo*, 09 jun. 2022. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/youtube-faz-limpeza-inedita-e-apaga-video-com-mentiras-sobre-fraude-nas-eleicoes.html?utm_source=globo.com&utm_medium=oglobo

⁷ FUNG, Brian. Twitter bans President Trump permanently. *CNN Business*, 9 jan. 2021. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2021/01/08/tech/trump-twitter-ban/index.html>

⁸ FACEBOOK e Instagram derrubam live em que Bolsonaro associa Aids a vacina contra covid. *UOL*, 25 nov. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/videos/2021/10/25/facebook-e-instagram-derrubam-live-em-que-bolsonaro-associa-aids-a-vacina-contracovid.htm>

⁹ YOUTUBE suspende monetização de canal de Monark e do Flow. *Globo.com*, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2022/02/18/monark-diz-que-youtube-suspendeu-monetizacao-de-seu-canal.ghtml>

¹⁰ As discussões sobre a origem e a definição conceitual do termo redes sociais possui questões de atuação histórica; além de envolvimento com ciências naturais e estudos da antropologia e da filosofia. *In*: VERMELHO, Sônia Cristina; VELHO, Ana Paula Machado; BERTONCELLO, Valdecir. Sobre o conceito de redes sociais e seus pesquisadores. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 41, n. 4, p. 863-881, out./dez. 2015. p. 863.

¹¹ O conceito aqui definido tem amparo no inciso VIII do art. 5º do Projeto de Lei 2.630/20 (VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>). Porém considerando o viés corporativo da atuação das redes sociais.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. art. 5, inc. 2.

¹³ LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational. Collection: Méthodes du droit. Editeur: Dalloz*, 2016. p. 10.

¹⁴ Os impactos extraterritoriais ou transfronteirícios são os impactos que ultrapassam fronteiras geográficas de um país.

Essa preocupação com os possíveis danos, decorrentes da atuação empresarial das redes sociais, levou à adoção de códigos de ética/conduita (neste trabalho também denominados de compromissos empresariais de autorregulação) para definição de um conjunto de direitos e deveres empresariais, a chamada responsabilidade social corporativa (RSC). Assim, os códigos de ética e conduta representam instrumentos de regulamentação da RSC, por meio dos quais se buscam definir as diretrizes e valores éticos realizados pela empresa para uma atividade empresarial responsável¹⁵. Logo, os códigos de ética/conduita representam um processo de autorregulação (regulação policêntrica) com definição de direitos e deveres empresariais, principalmente quanto à sua atuação social e ética.

Nesse contexto, torna-se importante realizar uma análise normativa-jurídica das alegações e fatos ora noticiados acerca dos atos realizados pelas empresas, em sua perspectiva privada, o que levou a definição da presente pesquisa. A discussão proposta neste artigo não representa os atos de censura sofridos por empresas privadas, como no Caso da Apple em território chinês, quando a empresa foi obrigada a desativar aplicativos religiosos por determinação do Estado¹⁶.

Diante disso, lançou-se o seguinte questionamento que norteará a pesquisa apresentada neste artigo: **os atos de controle realizados pelas empresas na limitação da liberdade de expressão em redes sociais possuem legalidade em sua arena de atuação?** Para responder ao presente questionamento, define-se como objetivo geral deste trabalho verificar se os atos de controle (autorregulação empresarial) realizados na limitação da liberdade de expressão em redes sociais possuem legalidade em sua arena de atuação. E como, objetivos específicos, conhecer o alcance da garantia do exercício de direito de liberdade de expressão em redes sociais e verificar como os compromissos empresariais de autorregulação (responsabilidade social corporativa) representam mecanismo viável de controle em redes sociais.

A presente pesquisa justifica-se pela relevância e recorrência dos casos de abuso do direito de liberdade de expressão realizados por usuários de redes sociais. Afinal, a análise proposta delimita-se na atuação da autorregulação empresarial, no combate imediato dos abusos realizados em redes sociais, voltada, especificamente, para a análise do direito transnacional.

O direito transnacional constitui uma nova capacidade de regulação, representando uma mutação do direito, que utiliza do compartilhamento de prerrogativas entre os Estados, pessoas privadas, empresas transnacionais, organizações internacionais e ONG's para reposicionar, normativamente, os instrumentos jurídicos já existentes. Afinal, observa-se a criação com as normas atribuídas não somente aos Estados, como de praxe, mas também às empresas. As fontes tradicionais do direito internacional clássico¹⁷, devido ao alcance da globalização e da internet, levaram a uma gradual desterritorialização das regras de direito, retirando dos Estados o controle imediato de abusos realizados. É o que acontece nos casos listados neste artigo. O direito transnacional atua não apenas em nível nacional ou internacional, mas constituída por uma multidão de regras, privadas e públicas, mobilizadas pela prática de atores cada vez mais diversos^{18 19}.

¹⁵ ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos*. Historia de una Asimetría Normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Hegoa, 2009. p. 580.

¹⁶ CLAYTON, James. Apple takes down Quran app in China. *BBC News*. 15 out. 2021. Disponível em: <https://na01.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.bbc.com%2Fnews%2Ftechnology-58921230&data=04%7C01%7C%7C067e85a67d424e0d403708d997b38f5e%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637707619734389232%7CUnknown%7CTWFPbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAilCJQIjoiV2luMzIiLjBTiI6Ikl1haWwiLjXVCI6Mn0%3D%7C1000&sd=7Q1BAPxQ4O%2Fb1PXXWT19OyetGxwHdBlvP%2FAkvnaywzU%3D&reserved=0>

¹⁷ Consideram fontes do Direito Internacional clássico: as convenções internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais do Direito (art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça - CIJ). In: ONU. Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. São Francisco: 26 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

¹⁸ LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Paris: Collection: Méthodes du droit. Editora Dalloz, 2016. p. 1-9.

¹⁹ BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. *A articulação entre a participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambiental*. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 44.

Metodologicamente, o presente artigo constitui uma pesquisa normativa-jurídica²⁰. A natureza do estudo desta pesquisa é do tipo exploratória, cujo objetivo é o de desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, indo além da descrição de seu objeto de estudo²¹, definido nas preocupações envolvendo o controle exercido pelas redes sociais do conteúdo postado em suas plataformas²².

Para os procedimentos de coleta dos dados, utilizou-se a abordagem de pesquisa qualitativa, por meio de fontes primárias e secundárias, aplicando-se o método indutivo^{23 24} e o método dedutivo²⁵, além das técnicas de pesquisa documental e jurisprudencial. A abordagem qualitativa consiste em uma interpretação do pesquisador de fenômenos que darão significados a pesquisa, é uma relação entre fatos externos do mundo real com o sujeito^{26 27}, utilizando-se de fontes primária e secundária para a coleta dos dados. A fonte primária, nesse sentido, é a apreciação de um acontecimento ou um fato novo; enquanto a fonte secundária consiste na interpretação de documentos, ideias ou acontecimentos primários²⁸. Entre as fontes primárias escolhidas, estão: normas, resoluções, tratados e acordos internacionais envolvendo o tema de liberdade de expressão; os julgados vinculantes ao tema de autorregulação, exercido pelas redes sociais em suas plataformas e, ainda, os códigos de ética e conduta das empresas de redes sociais pesquisadas. As fontes secundárias estão definidas nos autores de livros e artigos científicos a respeito do assunto para a construção do referencial teórico ora utilizado. Quanto aos métodos utilizados, optou-se pela utilização do dedutivo e do indutivo²⁹. O método dedutivo define uma extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais. Utilizou-se esse método, neste artigo, por ser parte do contexto das normas aplicáveis ao processo de regulação (premissas gerais) e sua aplicação aos casos analisados (aplicação específica). O método indutivo refere-se à extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de serem generalizadas. Assim, na coleta das normas utilizadas neste trabalho, aplicou-se o método dedutivo. Para a coleta dos demais dados, utilizou-se o método indutivo. Em relação às técnicas utilizadas, priorizaram-se os casos concretos (jurisprudencial) e os códigos de ética das empresas de redes sociais (documental) para definir aspectos comuns que definem a RSC como instrumento de efetivação da autorregulação empresarial. Os documentos selecionados para análise compreenderam os Códigos de Ética e Conduta e/ou documentos empresariais

²⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 231.

²¹ MEDEIROS, Antônio Henriques João Bosco. *Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 99.

²² CRESWELL, John W. *Métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Sage, 2010. p. 209.

²³ PINKSE, Jonatan; KUSS, Matthias; HOFFMANN, Volker H. On the Implementation of a 'Global' Environmental Strategy: The Role of Absorptive Capacity. *International Business Review*, Spring 2010. 26 nov. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1513862>.

²⁴ Este ponto é citado por Pinkse; Kuss; Hoffmann (2009), tendo como base literária o livro "Analytical induction" de Manning de 1982) *Handbook of Social Science Methods*. Cambridge, MA: Ballinger, 273-302, Volker H. On the Implementation of a 'Global' Environmental Strategy: The Role of Absorptive Capacity. 26 nov. 2009. *International Business Review*, Spring 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1513862>.

²⁵ LAMY, Marcelo. *Metodologia da pesquisa jurídica técnicas de investigação, argumentação e redação*. Elsevier, 2011. p. 145.

²⁶ CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativa, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁷ SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

²⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 231.

²⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 34.

das seguintes empresas: Youtube³⁰; Meta (Facebook e Instagram)³¹; LinkedIn³² e Twitter³³. A escolha relativa a essas empresas de redes sociais deve-se ao fato de serem consideradas com maior número de usuários³⁴. No total foram analisados 15 (quinze) documentos empresariais.

Para os procedimentos de análise, utilizou-se a Teoria do Direito em Rede e a Teoria de Análise de Conteúdo para o tratamento dos dados coletados. A Teoria do Direito em Redes³⁵ possui uma contribuição direta na aplicabilidade do reposicionamento normativo necessário para a análise do controle da autorregulação empresarial em redes sociais, principalmente por se tratar do campo transnacional³⁶. Enquanto a Teoria da Análise de Conteúdo³⁷ é capaz de condicionar o agrupamento, inferência e categorização dos resultados coletados para possibilitar à RSC uma capacidade ativa de limitação da liberdade de expressão em redes sociais. Assim, as teorias contribuíram para a análise dos dados coletados e definição de categorias dos argumentos que embasaram o presente trabalho.

Portanto, a tese jurídica definida neste artigo consiste na legalidade dos atos de controle da autorregulação empresarial, por meio da RSC. Essa tese é construída com base no direito limitado de liberdade de expressão em redes sociais (2) e, ainda, na utilização da responsabilidade social corporativa (RSC) como mecanismo de controle em redes sociais na esfera privada (3).

2 O direito de liberdade de expressão limitado em redes sociais

A liberdade de expressão ganha contornos limitados quando analisada sua perspectiva em redes sociais. Essa limitação existe na ausência da arena pública na perspectiva privada das empresas de redes sociais (2.1), e, ainda na limitação existente nas normas de liberdade de expressão em redes sociais, tanto na projeção pública (normas estatais), como privada (normas internas das empresas) (2.2).

A liberdade de expressão ganha contornos limitados quando analisada sua perspectiva em redes sociais. Essa limitação existe na ausência da arena pública na perspectiva privada das empresas de redes sociais (2.1),

³⁰ YOUTUBE. Diretrizes da comunidade. *Regras e Políticas*. Disponível em: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/>; YOUTUBE. *Políticas contra a desinformação*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10834785?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Políticas contra desinformação em eleições*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10835034?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR>; YOUTUBE. *Política contra desinformação sobre vacinas*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/11161123?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Política sobre envolvimento falso*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/3399767?hl=pt-BR&ref_topic=9282365; YOUTUBE. *Como o YouTube desenvolve políticas novas e atualiza as antigas?* Disponível em: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#developing-community-guidelines>; YOUTUBE. *Detecção de violações*. Disponível em: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#detecting-violations>; YOUTUBE. *Medidas para quando houver violações*. Disponível em: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#taking-action-on-violations>

³¹ META. *Código de Conduta*. Disponível em: <https://about.facebook.com/code-of-conduct/>

³² LINKEDIN. *Código de Conduta para fazer Negócios com o LinkedIn*. Disponível em: https://legal.linkedin.com/content/dam/legal/LinkedIn_Partner_Code.pdf; LINKEDIN. *Standards of Business Conduct*. Disponível em: <https://legal.linkedin.com/documents/LinkedIn-Code-of-Business-Conduct>; MICROSOFT. *Foundational principles*. Disponível em: https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1:primaryr7

³³ TWITTER. *The Twitter Rules*. Disponível em: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-rules>; TWITTER. *Perpetrators of violent attacks policy*. Disponível em: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/perpetrators-of-violent-attacks>

³⁴ Devido à ausência de uma fonte segura quanto ao ranking oficial das redes, a seleção pautou-se em vários rankings existentes nos diversos sites da internet, os quais destacam estes como os principais. Não se considerou o WhatsApp nesse ranking por ser considerado um aplicativo de mensagens instantâneas.

³⁵ OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Université Saint-Louis, 2010.

³⁶ LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Collection : Méthodes du droit. Editeur: Dalloz, 2016. p. 9.

³⁷ BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 70. ed. São Paulo: 2016. P. 229.

e, ainda na limitação existente nas normas de liberdade de expressão em redes sociais, tanto na projeção pública (normas estatais), como privada (normas internas das empresas) (2.2).

2.1 A ausência da arena pública para o livre exercício da liberdade de expressão em redes sociais

A arena pública é definida como o local/meio que aborda, de forma complexa, as relações de conflito entre atores e os papéis desempenhados por estes em um contexto de ações e comportamentos públicos³⁸. Desde os tempos da Ágora grega, os espaços destinados para as participações dos cidadãos (arenas públicas) foram sendo adaptados³⁹. Contudo, deve-se considerar que essa arena pública não representa apenas “um conclave de gente de boa-fé e boa vontade que se juntaria para discutir e resolver problemas”⁴⁰. Além de não representar apenas uma discussão pública, envolve todo o processo constitutivo para os aspectos ecológicos, jurídicos e políticos do tema.

De forma sintética, a discussão acerca da ausência da arena pública para o livre exercício da liberdade de expressão em redes sociais surgiu com base no seguinte conceito de arena pública: “um conjunto organizado de acomodatamentos e competições, de negociações e arranjos, de protestos e consentimentos, de promessas e engajamentos, de contratos e convenções, de concessões e compromissos, de tensões e acordos [...] em que está em jogo um *public interest*”⁴¹. Afinal, as redes representam o conjunto de relações entre um dado conjunto de atores⁴² e, especificamente, as redes sociais, não configuram a essencialidade para a definição da arena pública definida no conceito aqui estabelecido, o interesse público. Este aspecto considera a diferença entre arena pública e arena social. Esta pode existir em todos os tipos e mundos sociais, configurando territórios, conhecimentos, tecnologias, organizações e instituições, porém, sem estabelecer o interesse público essencial para a definição das arenas públicas. Assim, a discussão sobre livre exercício da liberdade de expressão ganha, então, um novo contorno ao entender que as redes sociais representam um recorte de uma arena social e não arena pública.

Há aqueles que cogitam que as redes sociais podem ser utilizadas como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania⁴³. Contudo, tal fato não pode ser aplicado quando se considera o exercício da liberdade de expressão. Inclusive porque, mesmo na atualidade, a internet define amplos espa-

³⁸ CRUZ, Gisele dos Reis; FREIRE, Jussara. Participação e arenas públicas: um quadro analítico para pensar os conselhos municipais setoriais e os fóruns de desenvolvimento local. *Cadernos Metrópole*, n. 10, p. 75-102, 2. sem. 2003. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/metropole/article/download/9200/6815/22883>. p. 75.

³⁹ SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania*. 2018. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 77.

⁴⁰ CEFAL, Daniel. O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). Públicos, Problemas Públicos, Arenas Públicas... *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 36, mar. 2017. p. 187-213. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/zdyH9SGqnWm5LwrV7MT4k9M/?format=pdf&lang=pt>. p. 204.

⁴¹ CEFAL, Daniel. O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). Públicos, Problemas Públicos, Arenas Públicas... *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 36, mar. 2017. p. 187-213. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/zdyH9SGqnWm5LwrV7MT4k9M/?format=pdf&lang=pt>. p. 208.

⁴² SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania*. 2018. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 81.

⁴³ SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania*. 2018. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 81.

ços de participação de deliberação e discussões/mobilizações^{44 45}. Esse mesmo espaço possui algoritmos que realocam em bolhas retirando ampla capacidade de conhecimento necessária nas discussões públicas e de liberdade de expressão. Em virtude disso, apesar de muitos acreditarem ser uma esfera pública (uma arena pública de discussão)⁴⁶, as redes sociais, em sua totalidade, não representam órgãos ou entes que compõem a administração pública direta ou indireta, portanto, não podem compor a arena pública de discussões.

Reforça-se, nesse sentido, a ideia de que as redes sociais não podem ser vistas como uma arena pública para a discussão do livre exercício da liberdade de expressão, afinal, as redes sociais representam empresas privadas que proporcionam a visibilidade de informações, em certos modos, uma visibilidade “manipulada” por escolhas algorítmicas. Assim, as redes sociais, como empresas privadas, não devem obedecer aos princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴⁷, mas sim, devem considerar a legalidade prevista no art. 5º, inciso II que dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴⁸. Tais aspectos legitimam a atuação das redes sociais quanto à legalidade dos atos de controle da autorregulação empresarial realizados pelas redes sociais em relação ao tema tratado neste artigo.

Cogita-se, também, a possibilidade de terem mídias como arenas públicas viáveis, quando se considera comunicação hiperlocal. Nesse aspecto considera-se a descentralização da informação como elemento central do ambiente *online* que as redes estão estabelecidas e, ainda, a sua capacidade de atuação em uma comunicação local que define a realidade pela ótica dos valores compartilhados e personalizados de um determinado cenário (com novas identidades-híbridas). Nessa visão, a arena pública na perspectiva de mídia hiperlocal deve considerar: a origem da comunidade; manutenção da identidade local; interação ativa dos atores envolvidos; publicização de assuntos da comunidade destacando caracterizando os efeitos “públicos coletivos”; desvinculada de instituições de caráter privado e processo de produção descentralizado⁴⁹. Observa-se que, nesse caso, a arena pública ganha espaço devido à identificação de um grupo certo e específico para concentrar-se no aspecto das discussões, retirando a capacidade macro que supostamente as redes sociais dariam. Essa percepção reforça o argumento defendido de que as redes sociais, para o tema de livre exercício da liberdade de expressão, não podem ser entendidas como uma arena pública de discussão.

Diante dos aspectos definidos, para estabelecer uma arena pública, é essencial que haja a identificação da comunidade a ser estabelecida de forma clara e evidente, além da necessidade de uma efetiva publicação de efeitos públicos dos temas abordados, o que não pode ser observado quando se considera todo o aspecto das redes sociais. A arena pública “estabelece novos complexos de hábitos coletivos, ou seja, repertórios de definições típicas de situações problemáticas e de respostas típicas para resolvê-los”⁵⁰. O que na análise

⁴⁴ SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline*: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania. 2018. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) – Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 79.

⁴⁵ ROA, Jorge Ernesto. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 9, n. 2 p.202-216, 2019. p. 202.

⁴⁶ SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline*: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania. 2018. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 88.

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. art. 37.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. art. 5, inc. 2.

⁴⁹ MIRANDA, Giovanni Vieira. *Um Mafuá na Comunicação ‘Glocal’*: Um Estudo do caso do Blogue Bauruense ‘Mafuá Do Hpa’ Como Arena Pública. 2016. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação (FAAC) da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” (Unesp), Bauru – SP, 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/143873/miranda_gv_me_bauru.pdf?sequence=3&isAllowed=y. p. 50-67.

⁵⁰ CEFAL, Daniel. O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). Públicos, Problemas Públicos, Arenas Públicas... *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 36, p. 187-213, mar. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/zdyH9SGqnWm5LwrV7MT4k9M>

privada da empresa, não pode ser contemplado devida a sua capacidade de autorregulação empresarial. Retiram-se, assim, os elementos de configurações típicas da arena pública. As redes sociais, portanto, são empresas privadas que exercem a sua capacidade de proporcionar uma mera visibilidade de informações.

Essa reflexão se consolida no argumento de que a liberdade de expressão possui contornos limitados quando da sua efetivação em redes sociais. A limitação está presente na análise de que as redes sociais, em sua perspectiva privada, não representam uma arena pública de execução por ausência de elementos básicos de sua formação. O que leva à análise da próxima limitação existente no direito à liberdade de expressão em redes sociais, qual seja, a limitação imposta pelas próprias normas estatais e normas internas das empresas. É o que se passa a analisar.

2.2 A limitação público-privada presente da liberdade de expressão em redes sociais

A liberdade de expressão em redes sociais possui uma limitação tanto pública, destacada pelas normas estatais vigentes que limitam o direito de liberdade de expressão (2.2.1), como privada, contida nos compromissos empresariais de responsabilidade social corporativa (2.2.2).

2.2.1 Um limite presente na aplicação de normas estatais

O limite público da liberdade de expressão, em redes sociais, está presente na previsão contida nas normas estatais de proteção (2.2.1.1) e pode ser categorizado em discursos que ultrapassem a razão mínima (I); discursos intolerantes (II); discursos anônimos (III), os quais serão objeto de análise neste momento (2.2.1.2).

2.2.1.1 A previsão normativa dos limites da liberdade de expressão: o limite público

O limite público da liberdade de expressão está presente, de forma direta, nas normas internacionais, de proteção aos direitos humanos e, ainda, nas normas brasileiras que destacam o tema. Esse limite existe em uma determinação inicial da existência da garantia do direito de liberdade de expressão. Porém, essa garantia ganha contornos e limites quando destacada a proteção de outros direitos.

A garantia da liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento está prevista em âmbito regional de proteção dos direitos humanos (Sistema Interamericano de Direitos Humanos) já na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos⁵¹. O recorte espacial definido neste artigo trata-se de um olhar sobre a liberdade de expressão, voltada para a análise da América Latina. Assim, reconhece a existência de outras normas em ambiente de outros Sistemas de Proteção Regionais de Direitos Humanos, porém, limitamos à análise nas normas que vinculam diretamente o Estado brasileiro. O artigo 13.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos destaca que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”, além, como função, da busca, o recebimento e difusão de informações e ideias, tanto na forma escrita como verbal, sendo um direito de livre escolha do cidadão. Além da proteção presente na Convenção, outras normas regionais também destacam essa proteção, como é o caso do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, adotado em Escazú (Costa Rica) em 4 de março de 2018. Esse Acordo destaca, em nível da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a adoção de medidas para adequar e efetivar a proteção da liberdade de opinião e expressão, dentre outros direitos, dos defensores dos direitos humanos em

/?format=pdf&lang=pt. p. 209

⁵¹ OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

questões ambientais⁵². O objetivo da proteção é efetivar a proteção desses defensores para que estes possam realizar ações em prol da proteção ambiental na América Latina e o Caribe.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal⁵³ destaca, já no artigo 5º inciso IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Acrescentando no *caput* do artigo 220, que não deve haver restrição de qualquer forma na manifestação do pensamento, de criação, expressão e informação. Ademais, define que é vedada a censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º) sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. Infraconstitucionalmente, a liberdade de manifestação do pensamento e da informação⁵⁴ está regulada desde o ano de 1967, em norma que destaca a livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura. Portanto, a manifestação de pensamento e a liberdade de expressão são direitos fundamentais definidos em normas infraconstitucionais e na Constituição Federal.

Em se tratando de internet, essa proteção da liberdade de expressão também ganha contornos infraconstitucionais. O Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil destaca, em seu artigo 2º, que o uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, juntamente a outros fundamentos como o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede⁵⁵. E, no artigo 3º, destaca como princípio basilar para disciplinar o uso da internet no Brasil: a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”, destacando a liberdade de expressão como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet ao lado da garantia do direito à privacidade (art. 8º). A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião também é destaque como fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁵⁶, juntamente ao respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, disciplinando a proteção de dados pessoais no Brasil. Como se pode observar, também em âmbito de internet, a liberdade de expressão é uma garantia que deve ser protegida.

As normas brasileiras de proteção à liberdade de expressão definem uma posição de destaque para a proteção desse direito diante da condição do Estado Democrático de Direito, representando uma condição para o exercício esclarecido de outros direitos e liberdades⁵⁷. A proteção à liberdade de expressão tem como características a diversidade e o pluralismo, sobretudo em sociedades multiculturais. As redes sociais, como uma extensão do alcance do acesso à informação proporcionado pela internet, intensificaram “o dissenso ao assegurar que grupos, historicamente afastados da esfera de debate público, pudessem divulgar os seus conteúdos, com extrema rapidez e abrangência”⁵⁸.

⁵² CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. Escazú, Costa Rica, 4 mar. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. art. 9.2.

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁵⁴ BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. art. 1.

⁵⁵ BRASIL. *Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. art. 2.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. art. 2.

⁵⁷ MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, *blockchain* e criptomoedas como propulsores da mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 149.

⁵⁸ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 323.

Assim, a liberdade de expressão e manifestação não representa um direito absoluto, devendo considerar a compatibilidade com os direitos e garantias constitucionais fundamentais dos cidadãos. E, nos casos de abuso na utilização da liberdade de expressão, deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Portanto, os abusos de direito de liberdade de expressão geram limites na aplicação prática desse direito.

2.2.1.2 A categorização dos limites da liberdade de expressão

Os limites da liberdade de expressão podem ser categorizados nos seguintes pontos: discursos que ultrapassem a razão mínima (I); discursos intolerantes (II); discursos anônimos (III), os quais serão objeto de análise neste momento.

A limitação da liberdade de expressão surge em uma perspectiva de não proteção a certos **discursos que ultrapassem a razão mínima (I)**, estando vinculados, diretamente, ao respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Esse limite surge na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, mesmo protegendo contra possíveis casos de censura prévia, destaca os limites desse exercício. Até porque, se estabelecidos previamente, pode-se imputar responsabilidade a quem ultrapasse essas questões⁵⁹.

A limitação, também, existe a respeito da realização de **discursos intolerantes (II)**, nos quais a Convenção Americana sobre Direitos Humanos define como limite a proibição de expressões que façam propaganda a favor da guerra, bem como apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, definido como uma incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência⁶⁰. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), em seu objetivo de prevenir o ódio racial, também estabelece essa margem para restrições à liberdade de expressão⁶¹. Em âmbito nacional, os discursos intolerantes também são considerados limites a liberdade de expressão, redefinindo a mesma ordem estabelecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto à não propagação de guerra, processo de subversão da ordem política/social e, por ter preconceitos de raça ou classe⁶².

Observe-se que os discursos de propaganda de guerra e discurso de ódio que constituem incitação à violência são considerados discurso não protegido pela liberdade de expressão⁶³. O discurso de ódio ou discurso destinado a intimidar, oprimir ou incitar ódio ou violência contra uma pessoa ou grupo com base em raça, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual, deficiência ou outra característica de grupo estão fora da proteção definida no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁴. Afinal, “o

⁵⁹ OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. art. 13.2.

⁶⁰ OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. art. 13.5.

⁶¹ ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Nova York, 7 mar. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. art. 4-5.

⁶² BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. art. 1, inc. 1.

⁶³ CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur on Freedom of Expression. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> (p. 20-21).

⁶⁴ CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. *Informe Anual*. Capítulo VII Las Expresiones De Odio Y La Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>. p. 1.

discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana”⁶⁵.

Os **discursos anônimos (III)** são os próximos limites à liberdade de expressão a serem considerados. Essa limitação está presente tanto no artigo 2º como no artigo 7º da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, ao destacar que é livre a publicação e circulação de livros e de jornais e outros periódicos, se clandestinos e não é permitido o anonimato, assegurando-se e respeitando o sigilo das fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas^{66 67}.

Definidos os limites materiais da liberdade de expressão, é importante destacar que as normas infraconstitucionais brasileiras expressam responsabilidades para aqueles que atuam fora desses limites. Essa responsabilidade pode ser tanto na modalidade cível como na penal.

No aspecto civil, a responsabilidade está definida no artigo 49 da Lei de Liberdade de Manifestação do Pensamento e de Informação, ao estabelecer que aquele que agir com dolo ou culpa violando direitos ou causando prejuízos a outrem no exercício da liberdade de expressão responderá pelos danos morais e materiais. Essa violação de direitos e os prejuízos serão aplicados tanto à pessoa natural como à pessoa jurídica que explora o meio de informação ou divulgação⁶⁸. Em se tratando de danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros em internet, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado, civilmente, por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros “se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para [...] tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”⁶⁹.

Em matéria criminal, Lei de Liberdade de Manifestação do Pensamento e de Informação destaca que serão puníveis os casos de calúnia e difamação oriundos da responsabilidade civil, quando houver desrespeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público⁷⁰. De forma específica, o Código Penal⁷¹ destaca um capítulo específico para aplicação dos crimes contra a honra, aplicáveis diretamente àqueles que não respeitarem os limites da liberdade de expressão, destacando os crimes de calúnia (art. 138); difamação (art. 139) e injúria (art. 140). A retratação é admitida nos casos de calúnia e difamação, quando o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente (art. 143).

A liberdade de expressão, portanto, possui limites já estabelecidos em normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no direito interno brasileiro, os quais devem ser validados. O Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão⁷², relatoria especial realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base na jurisprudência, destaca a validação dos limites à liberdade de expressão devem considerar 03 (três) pontos basilares: a compatibilidade com o princípio democrático

⁶⁵ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017. p. 324.

⁶⁶ BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. art. 2;7.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 496*. Relator: Min. Roberto Barroso, Distrito Federal, 22 jun. 2020.

⁶⁸ BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm (art. 49).

⁶⁹ BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm

⁷⁰ BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. art. 49.

⁷¹ BRASIL. *Decreto-lei no.2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

⁷² CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur on Freedom of Expression. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. p. 24-25.

(regra geral) (a); as condições específicas derivadas do artigo 13.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (b) e, por fim, as limitações devem ser estabelecidas por leis redigidas de forma clara e precisa (c).

O primeiro ponto de validação do limite da liberdade de expressão é a **compatibilidade das limitações com o princípio democrático, a regra geral (a)**. Nesse ponto o documento da CIDH destaca que as restrições à liberdade de expressão devem incorporar as justas exigências de uma sociedade democrática, uma vez que a liberdade de expressão é essencial a todas as formas de governo democrático, representando a regra geral que gera as demais condições específicas. Já as **condições específicas derivadas do artigo 13.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – teste tripartido (b)**, o documento da CIDH destaca as três condições básicas estabelecidas na Convenção para que seja admissível a limitação ao direito à liberdade de expressão: a limitação deve ter sido definida em um forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material; a limitação deve visar alcançar objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana e a limitação deve ser necessária, proporcional e adequado para atingir o objetivo convincente que pretende alcançar. E, por fim, **as limitações devem ser estabelecidas por leis redigidas de forma clara e precisa (c)**, tanto no sentido formal como material. O que significa que o texto da lei deve ser claro em relação às causas da responsabilidade posterior a que pode estar sujeito o exercício da liberdade de expressão. Especialmente porque regulamentações vagas, ambíguas, amplas ou abertas podem levar a amplas interpretações judiciais que restringem indevidamente a liberdade de expressão⁷³. Assim, a tríade de atuação da validação calibra, de forma prática e objetiva, os limites da liberdade de expressão estabelecidos acima⁷⁴, destacando uma atuação favorável a consolidar os limites presentes na atuação da liberdade de expressão em redes sociais⁷⁵.

Portanto, a liberdade de expressão é direito garantido em normas públicas gerais e normas vinculadas ao acesso à internet (redes sociais), porém esse direito possui uma limitação pública presente nas normas estatais vigentes que definem contornos nítidos destes limites a serem considerados. Esses limites, presentes no direito de liberdade de expressão, não se vinculam, apenas, às normas públicas, mas estão presentes também na esfera privada, contida nos compromissos empresariais de responsabilidade social corporativa, é o que se passa a analisar.

2.2.2 Um limite contido nos compromissos empresariais de Responsabilidade Social Corporativa (RSC)

O direito de liberdade de expressão possui limites definidos em normas privadas (compromissos empresariais de responsabilidade social corporativa) para sua efetivação em redes sociais. Nesse item do artigo, analisaram-se os Códigos de Ética e Conduta e/ou documentos empresariais das seguintes empresas: Youtube; Meta (Facebook e Instagram); LinkedIn e Twitter. A análise desses documentos define o viés empírico-documental da pesquisa⁷⁶, buscando identificar os limites presentes nestes documentos quanto à liberdade de expressão, caracterizando, assim, a RSC (conforme quadro 01).

⁷³ CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur on Freedom of Expression. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatório Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. p. 24-25.

⁷⁴ Os limites definidos neste artigo são: discursos que ultrapassem a razão mínima (I); discursos intolerantes (II); discursos anônimos (III).

⁷⁵ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 329.

⁷⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148-149.

Quadro 01 – Documentos analisados por empresas

Empresa / Rede Social	Documentos analisados
Youtube	<p>YOUTUBE. Diretrizes da comunidade. Regras e Políticas. Disponível em: https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/;</p> <p>YOUTUBE. Políticas contra a desinformação. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10834785?hl=pt-BR&ref_topic=10833358;</p> <p>YOUTUBE. Políticas contra desinformação em eleições. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10835034?hl=pt-BR&ref_topic=10833358;</p> <p>YOUTUBE. Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR</p> <p>YOUTUBE. Política contra desinformação sobre vacinas. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/11161123?hl=pt-BR&ref_topic=10833358</p> <p>YOUTUBE. Política sobre envolvimento falso. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/3399767?hl=pt-BR&ref_topic=9282365</p> <p>YOUTUBE. Como o YouTube desenvolve políticas novas e atualiza as antigas? Disponível em: https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#developing-community-guidelines</p> <p>YOUTUBE. Detecção de violações. Disponível em: https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#detecting-violations</p> <p>YOUTUBE. Medidas para quando houver violações. Disponível em: https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/#taking-action-on-violations</p>
Meta (Facebook e Instagram)	META. Código de Conduta . Disponível em: https://about.facebook.com/code-of-conduct/
LinkedIn	<p>LINKEDIN. Código de Conduta para fazer Negócios com o LinkedIn. Disponível em: https://legal.linkedin.com/content/dam/legal/LinkedIn_Partner_Code.pdf;</p> <p>LINKEDIN. Standards of Business Conduct. Disponível em: https://legal.linkedin.com/documents/LinkedIn-Code-of-Business-Conduct;</p> <p>MICROSOFT. Foundational principles. Disponível em: https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1:primaryr7</p>
Twitter	<p>TWITTER. The Twitter Rules. Disponível em: https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-rules</p> <p>TWITTER. Perpetrators of violent attacks policy. Disponível em: https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/perpetrators-of-violent-attacks</p>

Fonte: autoria própria, 2022.

Como padrão dos limites contido nos compromissos empresariais em relação à liberdade de expressão, observa-se que há 02 (duas) abordagens empresariais sobre o tema: o primeiro padrão definido na ausência de um posicionamento expresso em relação à liberdade de expressão (a) e um segundo padrão definido na menção do termo liberdade de expressão, porém com uma atuação meramente proforma, sem aprofundamento dos limites (b).

No primeiro padrão, estão definidos os documentos das empresas Youtube e Twitter, as quais **não apresentam em seus documentos analisados uma definição expressa acerca da liberdade de expressão (a)**. Em que pese a ausência definida em relação ao tema liberdade de expressão, referidas empresas destacam-se pela ampla definição de possíveis violações de suas políticas públicas, com escalonamento nos processos de penalização dos conteúdos conforme a gravidade, definindo, assim, o seu compromisso com

seus usuários⁷⁷. Tais aspectos, de modo indireto, destacam a existência de limites à liberdade de expressão além dos determinados pelos Estados no viés público. Assim, o escalonamento de penalidades em diversas formas de controle dos conteúdos expostos nestas redes sociais⁷⁸ representa um limite latente à liberdade de expressão, atingindo além dos limites públicos, também limites quanto à proteção dos usuários, característica louvável de uma boa responsabilidade social corporativa (RSC).

Já o segundo padrão, definido no documento da empresa Meta (compromisso das redes sociais Facebook e Instagram) e da empresa Microsoft (compromissos da rede social LinkedIn) destacam uma **menção meramente proforma do termo liberdade de expressão sem aprofundamento dos limites (b)**. A Meta destaca, de forma *en passant*, que “está comprometido com o respeito a todos os direitos humanos reconhecidos mundialmente. Entre eles, estão o direito à privacidade, liberdade de expressão e todos os direitos [...]”⁷⁹. Não existe qualquer outra menção sobre o tema ao longo do único documento encontrado, o que representa a existência de um limite condicionado ao cumprimento das normas estatais vigentes, conforme já destacado no item anterior deste artigo. A empresa busca determinar ações vinculadas ao cumprimento de normas gerais definidas pelos Estados, “conforme definido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”⁸⁰. Essa atuação define uma atuação baixa de RSC limitando ao cumprimento das normas estatais vigentes.

Nos documentos da empresa LinkedIn, o tratamento acerca da liberdade de expressão é considerado tanto na forma de “Respeitar e promover Direitos Humanos”, contidos nos Padrões de Conduta Empresariais do LinkedIn⁸¹, como nos “Princípios Fundamentais” da Declaração Global de Direitos Humanos da Microsoft⁸², empresa do grupo que o LinkedIn está incluído. Nesses dois documentos, a menção à liberdade de expressão está direcionada, apenas, no respeito e na promoção desse direito, como direito humano a ser respeitado. Contudo, Microsoft⁸³ define, de forma categórica, que faz parte do *Global Network Initiative* (GNI), sendo um dos primeiros signatários do Pacto Global das Nações Unidas, o que coloca o compromisso da empresa com os Princípios GNI sobre liberdade de expressão e direitos de privacidade, vinculando assim, as diretrizes definidas no GNI.

O *Global Network Initiative* (GNI)⁸⁴ reafirma que a liberdade de opinião e expressão é um direito humano e garante a dignidade humana. Destaca a liberdade como critério para sua existência plena. As liberdades estão definidas no amplo acesso público à informação; a liberdade de criar e comunicar ideias; liberdade dos usuários quando confrontados com demandas governamentais. E, de forma bem superficial destaca um certo limite à liberdade de expressão quando aponta, que as restrições (os limites) devem atender às leis e

⁷⁷ Tema analisado no item 3.1.2 deste artigo.

⁷⁸ Principalmente quando destacam “O que acontece se o conteúdo violar esta política?”. In: YOUTUBE. Diretrizes da comunidade. *Regras e Políticas*. Disponível em: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/>; YOUTUBE. *Políticas contra a desinformação*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10834785?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Políticas contra desinformação em eleições*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10835034?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR>; YOUTUBE. *Política contra desinformação sobre vacinas*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/11161123?hl=pt-BR&ref_topic=10833358; YOUTUBE. *Política sobre envolvimento falso*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/3399767?hl=pt-BR&ref_topic=9282365; TWITTER. *Perpetrators of violent attacks policy*. Disponível em: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/perpetrators-of-violent-attacks>

⁷⁹ META. *Código de Conduta*. Disponível em: <https://about.facebook.com/code-of-conduct/>. p. 56.

⁸⁰ META. *Código de Conduta*. Disponível em: <https://about.facebook.com/code-of-conduct/>. p. 56.

⁸¹ LINKEDIN. *Standards of Business Conduct*. Disponível em: <https://legal.linkedin.com/documents/LinkedIn-Code-of-Business-Conduct>. p. 32.

⁸² MICROSOFT. *Foundational principles*. Disponível em: https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1:primaryr7.

⁸³ MICROSOFT. *Foundational principles*. Disponível em: https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1:primaryr7.

⁸⁴ GLOBAL NETWORK INITIATIVE. *Gni Principios de Libertad de Expresión Y Privacidad*. Disponível em: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/>.

padrões internacionais de direitos humanos, bem como o estado de direito, a necessidade e proporcionalidade da atuação⁸⁵.

Observe que, em todos os casos, há limites à liberdade de expressão definidos nos compromissos empresariais, limites que estão definidos de modo indireto, estabelecidos nos compromissos empresariais para com seus usuários acerca do tratamento dado aos que violam as diretrizes de conteúdo (como nos casos das empresas Youtube e Twitter) e limites definido na menção expressa, porém limitada ao cumprimento das determinações estatais (como nos casos das empresas Meta e LinkedIn).

Portanto, não foram encontrados limites expressos e com diretrizes além daquelas propostos pelas normas estatais, estabelecendo novos parâmetros de RSC por meio da autorregulação empresarial, o que demonstra, ainda, o papel fundamental das normas estatais, mesmo em âmbito internacional. Em relação ao fato de não existir uma atuação direta de normas empresariais que busque traçar esses limites, a consideração nesses documentos dos limites estatais, já listados em normas estatais, representa um processo de adequação normativa louvável das empresas. Contudo, muitas das falhas que, atualmente, existem no processo de controle das redes sociais poderiam ser evitadas se as empresas tivessem uma atuação mais direta em seus compromissos empresariais para a definição dos limites na liberdade de expressão em suas plataformas. Esse papel de autorregulação é o que demonstra a viabilidade do controle de redes sociais pela RSC, tema que será aprofundado na seção a seguir.

3 A Responsabilidade Social Corporativa (RSC) como mecanismo viável de controle em redes sociais

A viabilidade da Responsabilidade Social Corporativa (RSC) como mecanismo de controle em redes sociais se define na efetivação da autorregulação empresarial estabelecida nos limites da regulação Estatal em redes sociais (3.1). Além disso, a viabilidade da RSC como mecanismo de controle se confirma quando se utiliza a Teoria do Direito em Rede para reposicionar as normas — de aplicação direta e indiretamente — vinculadas ao tema (3.2).

3.1 A autorregulação empresarial presente nos limites da regulação Estatal em redes sociais

Os limites estabelecidos tanto nas normas públicas quanto nas privadas em relação à liberdade de expressão, já debatidos no item 2 deste trabalho, redefinem a efetivação da autorregulação empresarial em redes sociais. Essa redefinição garante que a autorregulação empresarial em redes sociais representa tanto um dever empresarial para com as normas estatais em vigência (3.1.1) quanto um compromisso das empresas para com os usuários de redes sociais (3.1.2).

3.1.1 Um dever empresarial para com as normas estatais em vigência

A liberdade de expressão em redes sociais, como apresentado, possui limites tanto nas normas estatais vigentes, como nas normas privadas contidas nos compromissos empresariais de responsabilidade social corporativa. Esses limites destacam a criação de um dever para as empresas: a autorregulação empresarial. A capacidade de se autorregular define, por sua vez, um dever empresarial para com as normas estatais vigentes. Afinal, os limites de atuação empresarial não podem ultrapassar as normas reguladas pelo Estado em redes sociais.

⁸⁵ GLOBAL NETWORK INITIATIVE. *Gni Principios de Libertad de Expresión Y Privacidad*. Disponível em: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/>

A autorregulação realizada pelas redes sociais deve considerar, portanto, se existem ou não normas reguladoras que atribuem qualquer dever destas. Essa atuação do Estado sobre as redes sociais é denominada de “moderação”, que atribui, na sua particularidade, a limitação da remoção de conteúdos pelos provedores. Sobre esse aspecto existe, atualmente, grande discussão a ser observada.

Em setembro de 2021, por meio da Medida Provisória n.º 1.068, de 6 de setembro de 2021⁸⁶, rejeitada, o executivo federal apresentou o texto que destaca, em seu artigo 8º-B, que considerando “à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação”. E, ainda, destaca que a justa causa estabelecida neste artigo consideraria um rol hipóteses limitados que destacam as seguintes questões: inadimplemento do usuário (inciso I); contas com o propósito de assumir ou simular identidade de terceiros para enganar o público (inciso II); contas que utilizam qualquer programa de computador ou tecnologia para simular ou substituir atividades humanas (inciso III); contas que pratiquem, de forma reiterada, as ações que estavam definidas no art. 8º - C (inciso IV)⁸⁷; contas que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual (inciso V); ou por meio de cumprimento de determinação judicial (inciso VI). Verifica-se que todos os pontos não destacam a capacidade de autorregulação empresarial das empresas para considerar em seu teor conteúdos que se adequem aos Código de Ética de Conduta estabelecidos pelas empresas.

Como critério estabelecido na exposição de motivo da referida norma, o executivo federal destacou que, por ser urgente e relevante, afinal, estariam sendo supostamente removidos de forma “arbitrária e imotivada de contas, perfis e conteúdos por provedores de redes sociais, além de prejudicar debate público de ideias e prejudicar o exercício da cidadania, resulta em um quadro de violação em massa de direitos e garantias fundamentais como liberdade de expressão”⁸⁸. Mais uma vez, o objetivo de a norma ser supostamente imposta de forma “urgente e relevante” não atinge qualquer ponto que define a capacidade de autorregulação

⁸⁶ BRASIL. Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm (Rejeitada).

⁸⁷ “Art. 8º-C Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, a suspensão ou o bloqueio da divulgação de conteúdo gerado por usuário somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.

⁵ 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses:

¹ – quando o conteúdo publicado pelo usuário estiver em desacordo com o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

¹¹ – quando a divulgação ou a reprodução configurar:

^{a)} nudez ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais;

^{b)} prática, apoio, promoção ou incitação de crimes contra a vida, pedofilia, terrorismo, tráfico ou quaisquer outras infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada;

^{c)} apoio, recrutamento, promoção ou ajuda a organizações criminosas ou terroristas ou a seus atos;

^{d)} prática, apoio, promoção ou incitação de atos de ameaça ou violência, inclusive por razões de discriminação ou preconceito de raça, cor, sexo, etnia, religião ou orientação sexual;

^{e)} promoção, ensino, incentivo ou apologia à fabricação ou ao consumo, explícito ou implícito, de drogas ilícitas;

^{f)} prática, apoio, promoção ou incitação de atos de violência contra animais;

^{g)} utilização ou ensino do uso de computadores ou tecnologia da informação com o objetivo de roubar credenciais, invadir sistemas, comprometer dados pessoais ou causar danos a terceiros;

^{h)} prática, apoio, promoção ou incitação de atos contra a segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado;

ⁱ⁾ utilização ou ensino do uso de aplicações de internet, sítios eletrônicos ou tecnologia da informação com o objetivo de violar patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual;

^{j)} infração às normas editadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária referentes a conteúdo ou material publicitário ou propagandístico;

^{k)} disseminação de vírus de software ou qualquer outro código de computador, arquivo ou programa projetado para interromper, destruir ou limitar a funcionalidade de qualquer recurso de computador; ou

^{l)} comercialização de produtos impróprios ao consumo, nos termos do disposto no § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990;

^{m)} – requerimento do ofendido, de seu representante legal ou de seus herdeiros, na hipótese de violação à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, à proteção de seus dados pessoais ou à propriedade intelectual; ou

ⁿ⁾ – cumprimento de determinação judicial.

⁸⁸ BRASIL. *EMI n. 00072/2021 MTur MCTI MJSP*. Brasília, 6 set 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1068-21.pdf

empresarial. Sendo certo que, existindo controle por parte das redes sociais, que assim os fazem, conforme suas regras, qualquer ato do Estado além dessas questões atingirá, além da atuação pública, também a liberdade empresarial.

Frisa-se, nesse sentido, que o particular, conforme define a legalidade aplicada às redes sociais, como empresas privadas, deve considerar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁸⁹. Ao estabelecer um rol limitado de hipóteses para aplicação dos atos de controle das empresas, a atuação estatal definiria uma vinculação direta com o controle próprio da autorregulação.

A autorregulação imposta^{90 91}, na Teoria da Regulação Responsiva⁹², representa a consolidação do processo de negociação entre o Estado, empresas e indivíduos para estabelecer regulamentações específicas para cada empresa ao propor seus próprios padrões regulatórios. O modelo de autorregulação imposta representa a possível “subcontratação” de funções regulatórias para atores privados. Enfatizam que as funções regulatórias específicas da empresa devem ser “subcontratadas”, delegando as partes interessadas as funções legislativas de auxílio na criação de normas empresariais⁹³.

Assim, a autorregulação trata-se de uma adequação das empresas para sua operação interna, não retirar os limites definidos pelo Estado. Porém, a já rejeitada Medida Provisória n.º 1.068/2021⁹⁴ retirava do particular, a empresa (rede social), o direito de normatizar sobre suas atuações, o que, inclusive, representa uma afronta à liberdade empresarial. Especialmente porque a Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019⁹⁵, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica estabelece em seu artigo 2º os princípios que devem nortear a atuação empresarial no Brasil destacam a liberdade como meio de garantir o exercício de atividades econômicas e ainda, a excepcionalidade da intervenção do Estado, devendo ser realizado de forma subsidiária (inciso I e III). Se a Medida Provisória n.º 1.068/2021⁹⁶ fosse implementada estaria em contradição ao atual modelo normativo implementado no Brasil após a Lei de Liberdade Econômica.

Além disso, conforme o parágrafo único do artigo 421 do Código Civil, “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”⁹⁷. Assim, a regulação de questões, além do aspecto diretamente vinculado às questões públicas, será observada como uma grande intervenção do Estado na esfera privada. É o que se pode verificar em relação às redes sociais. Mesmo porque, como já afirmado, não se trata de uma arena pública de discussões e sim, uma arena privada, devidamente regulada por seus Código de Ética e Conduta.

Em uma outra perspectiva, as regras da referida na Medida Provisória poderiam, inclusive, dificultar o processo de exclusão dos conteúdos de redes sociais já realizado pela autorregulação empresarial das redes

⁸⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. art. 5, inc. 2.

⁹⁰ Na Teoria da Regulação Responsiva a autorregulação imposta também pode ser chamada de autorregulação forçada. Porém, nesta tese a nomenclatura escolhida foi a imposta, por representar a ideia de atuação compartilhada entre empresa e partes interessadas, não representando a definição autoritária que a palavra forçada pode passar.

⁹¹ A autorregulação imposta é definida pela capacidade das empresas de regular suas próprias atividades, consolidando para tanto o processo de negociação entre o Estado, empresas e indivíduos (considerando todas as ideais e posicionamentos sem retirar qualquer grupo do processo de análise decisória) para propor padrões regulatórios próprios.

⁹² A regulação responsiva trata-se do “tripartismo” na regulação (empresas, Estado e indivíduos) que destaca os limites da regulação entre o Estado e as empresas.

⁹³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 112.

⁹⁴ BRASIL. *Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm (Rejeitada)

⁹⁵ BRASIL. *Lei n. 13.874, De 20 De Setembro De 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

⁹⁶ BRASIL. *Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm (Rejeitada)

⁹⁷ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

sociais. Ao destacar, no §2º do artigo 8º-B, a necessidade de ser notificado da exclusão, do cancelamento ou da suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil do usuário, além de impor regras de como referida notificação deve ser realizada, conforme destaca o §3º do artigo 8º-B. Observa-se que o texto da Medida Provisória desconsiderava totalmente o processo de autorregulação empresarial já estabelecido pelas redes sociais e amplamente nos limites dos documentos empresariais para com a responsabilidade social corporativa, conforme mencionado no item 2.2.2 deste artigo.

Exemplo disso foi o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n.º 58, de 16 de setembro de 2021 que considerou a referida Medida Provisória necessária para a matéria em questão considerando que: as medidas provisórias devem ser utilizadas apenas pela necessária presença dos pressupostos de urgência e relevância, além de que devem respeitar o princípio fundamental da separação dos poderes e da consequente proeminência atribuída ao Poder Legislativo na produção legislativa do País e, por fim, que referido tema já matéria de discussão no Projeto de Lei n.º 2.630/2020, que visa a instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O Presidente da Mesa Diretora do Congresso Nacional ainda destaca que se trata de matéria de alta complexidade técnica e elevada sensibilidade jurídico-constitucional e para tanto é necessário um esforço analítico e deliberativo por parte do Congresso Nacional⁹⁸. Assim, o legislativo, em uma atuação de freios e contrapesos destaca a inviabilidade da referida Medida Provisória.

Atualmente, o legislativo está discutindo o sobre o Projeto de Lei n.º 2.630, de 2020 que tem como proposta a “moderação das redes sociais por normas estatais”. A referida proposta foi apresentada em 3 de julho de 2020, de autoria do Senador Alessandro Vieira, que “Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”. Dentre todos os apontamentos definidos pelo Projeto de Lei em discussão vale destacar a delimitação dos procedimentos de moderação, além da previsão da autorregulação regulada e de sanções.

Quanto ao conceito de redes sociais, o Projeto de Lei n.º 2.630/2020⁹⁹ define como: “aplicação de internet que se destina a realizar a conexão de usuários entre si, permitindo e tendo como centro da atividade a comunicação, o compartilhamento e a disseminação de conteúdo em um mesmo sistema de informação, através de contas conectadas ou acessíveis entre si de forma articulada; e”. Acerca desse conceito, é importante entender que, atualmente, representam empresas que possuem elevados faturamentos e com impacto direto na economia mundial, não são apenas uma “aplicação de internet”.

Outro ponto que de importante análise refere-se aos procedimentos de moderação, em que o Projeto de Lei n.º 2.630/2020¹⁰⁰ destaca a necessidade de definição de mecanismos e processos para a garantia do direito de acesso à informação e à liberdade de expressão de seus usuários. Incluindo, para isso, a obrigatoriedade de notificação do usuário em caso de denúncia ou aplicação de medida, apresentando fundamento e prazo/procedimentos para sua contestação¹⁰¹. O projeto de lei, ainda, destaca os casos em que não há necessidade de notificação dos usuários. Esses casos envolvem a existência de risco: de dano imediato de difícil reparação; para a segurança da informação ou do usuário; de violação a direitos de crianças e adolescentes; de crimes tipificados na Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989; de grave comprometimento da usabilidade, integridade ou estabilidade da aplicação¹⁰². Em todos os casos apontados, os procedimentos de moderação não

⁹⁸ CONGRESSO NACIONAL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 58, de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm.

⁹⁹ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 4, inc. 8.

¹⁰⁰ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 12, *caput*.

¹⁰¹ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 12, inc.1.

¹⁰² VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 12, inc. 2.

retiram a aplicação dos atos de controle das empresas por meio de sua atuação direta de autorregulação. Em filigranas, as propostas definidas no projeto atuam na definição de diretrizes mínimas para o processo de moderação, destacando os pontos básicos de que toda empresa deve, ou deveria, atribuir em suas atividades autorregulação empresarial, por meio dos compromissos assumidos em seus Códigos de Ética e Conduta (ou documentos para tais finalidades).

Essa definição de diretrizes do ponto de vista da autorregulação é ponto destacado no Projeto de Lei n.º 2.630/2020¹⁰³, o qual destaca, inclusive, um capítulo, intitulado “Da autorregulação regulada” para tais questões. Ao contrário da autorregulação imposta, definida pela Teoria da Regulação Responsiva¹⁰⁴, já destacada acima, a autorregulação, relativa a esse projeto, busca destacar a mera possibilidade de criar de processo de autorregulação pelas empresas de redes sociais voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet¹⁰⁵.

Para tanto, o Projeto de Lei n.º 2.630/2020 define as possíveis atribuições das empresas quanto ao processo de autorregulação, destacando diretrizes genéricas como: criar e administrar plataforma digital voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet; assegurar a independência e a especialidade de seus analistas; disponibilizar serviço eficiente de atendimento e encaminhamento de reclamações; estabelecer requisitos claros, objetivos e acessíveis para a participação dos provedores de redes sociais e serviços de mensageria privada; incluir, em seu quadro, uma ouvidoria independente com a finalidade de receber críticas e avaliar as atividades da instituição; e desenvolver, em articulação com as empresas de telefonia móvel, boas práticas para suspensão das contas de usuários cuja autenticidade foi questionada ou cuja inautenticidade for estabelecida¹⁰⁶. Em que pese o Projeto de Lei destaque na nomenclatura a definição de uma autorregulação regulada, por terem diretrizes genéricas, o próprio Projeto não assegura a definição do conceito. Afinal, a autorregulação regulada representa o modelo em que o Estado define algumas premissas, cabendo às empresas complementarem a realidade interna através de códigos de conduta internos¹⁰⁷.

Verifica-se, na análise do Projeto de Lei n.º 2.630/2020, que este utiliza-se realmente da autorregulação voluntária, processo de autorregulação que possui maior versatilidade e flexibilidade de atuação das empresas, atuando, de forma complementar e útil, no controle governamental em relação às consequências da má conduta corporativa, principalmente às violações com consequências de custo dito neutro ou de curto prazo¹⁰⁸. Porém, com o modelo de RSC aplicado atualmente, que considerada viés meramente filantrópico, próximo da autorregulação voluntária¹⁰⁹, como destacado no Projeto de Lei, não surte os efeitos necessários¹¹⁰. É o que está definido nos documentos empresariais que articulam a RSC atual, com todos os problemas e limites já apresentados neste artigo, principalmente quanto ao aspecto generalista presente nas orientações de RSC¹¹¹. Assim, não há nenhuma novidade nos projetos de lei mencionados, todos os pontos definidos

¹⁰³ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 12, *caput*.

¹⁰⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 112.

¹⁰⁵ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 30.

¹⁰⁶ VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. art. 30.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, José Cardoso de; AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar. O modelo de autorregulação regulada e a Teoria da Captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de direito no Brasil. *Quaestio Iuris*, v.10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 365-388. p. 366

¹⁰⁸ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 114.

¹⁰⁹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 114.

¹¹⁰ Essa análise já foi realizada no prisma da RSC pelos impactos socioambientais causados por multinacionais no trabalho intitulado “*A articulação entre a participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambiental*” publicado pela Editora Thoth, no ano de 2021.

¹¹¹ MARRELLA, Fabrizio. Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales. In: ACADÉMIE

já estão dispostos nos documentos empresariais e compromissos assumidos em seus Códigos de Ética e Conduta, além de versarem sobre questões mínimas da RSC.

Nota-se que todo o processo discutido sobre a moderação das redes sociais por normas estatais gira em torno da intervenção ou não do Estado no controle dos conteúdos. Contudo, em que pese as discussões públicas dessas atuações, as redes sociais são empresas privadas, que em seus espaços de conhecimento, conforme já atribuído no item 2.1 deste artigo, não representam uma arena pública para o livre exercício da liberdade de expressão em redes sociais. Assim, qualquer atuação estatal em relação à moderação das redes sociais por norma infringirá os limites da liberdade empresarial.

A liberdade empresarial, amplamente considerada no direito transnacional, que tem a globalização e internet como vertentes impulsionadoras (estruturas centrais das redes sociais), já traz em seu contexto aspecto relevante ao estabelecer mecanismos viáveis para sua autorregulação, como acontece no presente caso com a RSC e as redes sociais.

Assim, a discussão normativa dos Estados em relação ao controle das redes sociais, conforme destacado neste item, torna-se desnecessária, considerando-se a existência de um controle já estabelecido pela RSC, o que define uma atuação mais livre do campo empresarial para os seus processos de gestão. Acerca dessa atuação empresarial de autorregulação dos conteúdos em redes sociais, destaca-se o compromisso das empresas, principalmente quando consideram os seus usuários.

3.1.2 Um compromisso das empresas para com os usuários de redes sociais

A regulação empresarial realizada pelas redes sociais, além de um dever do Estado (conforme descrito no item anterior deste artigo), também representa um compromisso das empresas para com os usuários de redes sociais. Toda essa análise, na perspectiva empresarial, vincula-se, diretamente, à utilização da RSC, definida nos Códigos de Ética e Conduta, referentes aos mecanismos capazes de realizar atos de controle nas redes sociais. Essa atuação empresarial representa uma nova modalidade de direito, não sendo um direito nacional tampouco um direito internacional, mas o Direito Transnacional, fruto de ações concatenadas de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados.

O Direito Transnacional é caracterizado por ser composto por normas de origem não estatal, sem o desrespeito a elas, porém, voltado para atuação em eventos transfronteiriços¹¹². Exemplo claro são os compromissos empresariais de RSC previstos nos Códigos de Ética e Conduta das empresas de redes sociais. Assim, os compromissos assumidos pelas empresas, para com os usuários de redes sociais, representam um dever que redefine a efetivação da autorregulação empresarial em redes sociais.

O Youtube, por exemplo, representa a rede social que possui maior compromisso com seus usuários, afinal define, de forma clara e precisa, em suas políticas empresariais o que deve ou não ser realizado e o que acontecerá se realizar atos contrários às políticas. No quadro 2, destaca-se a atuação definida nas políticas do Youtube¹¹³:

DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HÁ. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2017, v. 385. p. 226.

¹¹² RAMOS, André De Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016 p. 504-520. p. 505.

¹¹³ Foram selecionadas as políticas que abordam diretamente a relação da empresa com seus usuários.

Quadro 02 – Políticas do Youtube e o compromisso das com seus usuários

Políticas	O que não fazer	O que acontece se o conteúdo violar a política
Políticas contra a desinformação ¹¹⁴	<p>Não publique conteúdo no YouTube se ele se encaixa em qualquer uma das descrições abaixo.</p> <p>Promover curas ou remédios perigosos: conteúdo que afirma que tratamentos ou substâncias nocivas podem ter benefícios à saúde.</p> <p>Supressão de participantes de um censo: conteúdo que tem como objetivo fornecer informações incorretas sobre o horário, local, meios ou requisitos de qualificação para o censo, ou vídeos que apresentam alegações falsas que podem desestimular a participação.</p> <p>Mídia manipulada: conteúdo que foi editado ou adulterado para enganar os usuários (além de clipes fora de contexto) e que possa apresentar sérios riscos de danos significativos.</p> <p>Conteúdo atribuído erroneamente: vídeos que podem representar um sério risco de danos significativos ao afirmar falsamente que imagens antigas de um evento passado fazem parte de um evento atual.</p>	
Políticas contra desinformação em eleições ¹¹⁵	<p>Essas políticas proíbem determinados tipos de conteúdo relacionados a eleições democráticas livres e justas. Não poste no YouTube conteúdo relacionado às eleições que se encaixa em alguma das descrições abaixo.</p> <p>Supressão de eleitores: conteúdo que tem como objetivo fornecer informações incorretas sobre o horário, local, meios ou requisitos de qualificação para votação, ou conteúdo com alegações falsas que podem desestimular a participação.</p> <p>Qualificação dos candidatos: vídeos que propagam declarações falsas sobre os requisitos técnicos de qualificação de candidatos políticos e representantes do governo eleitos para ocupar um cargo público. Os requisitos de qualificação considerados têm como base a lei nacional aplicável e incluem idade, cidadania e status de saúde.</p> <p>Incitar o público a interferir em processos democráticos: conteúdo que encoraja outras pessoas a interferir em processos democráticos. Isso inclui a obstrução ou interrupção do processo eleitoral.</p> <p>Distribuição de material roubado por <i>hackers</i>: conteúdo com informações roubadas, que, caso divulgadas, podem interferir nos processos democráticos.</p> <p>Integridade das eleições: conteúdo postado após a certificação dos resultados oficiais para promover alegações falsas de que fraudes, erros ou problemas técnicos generalizados mudaram o resultado de eleições nacionais anteriores. No momento, isso se aplica a: qualquer eleição presidencial dos EUA; eleições federais da Alemanha de 2021; eleições presidenciais do Brasil de 2018. Essa não é uma lista completa.</p>	<p>Nesse caso, ele será removido e você receberá uma notificação no seu <i>e-mail</i>. Se essa for sua primeira violação das nossas diretrizes da comunidade, seu canal receberá apenas um alerta sem penalidades. Caso contrário, emitiremos um aviso. Se você receber três penalidades desse tipo, seu canal será encerrado.</p>

¹¹⁴ YOUTUBE. *Políticas contra a desinformação*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10834785?hl=pt-BR&ref_topic=10833358.

¹¹⁵ YOUTUBE. *Políticas contra desinformação em eleições*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10835034?hl=pt-BR&ref_topic=10833358

Políticas	O que não fazer	O que acontece se o conteúdo violar a política
Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19 ¹¹⁶	<p>O YouTube não permite conteúdo sobre a COVID-19 que apresente sérios riscos de danos significativos.</p> <p>Na plataforma, também não é permitido o envio de conteúdo que dissemine informações médicas incorretas que contrariem as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) ou das autoridades locais de saúde (ALS) sobre a COVID-19. Isso se aplica apenas a conteúdo que contradiz as orientações da OMS ou das autoridades locais de saúde sobre os seguintes temas: Tratamento; Prevenção; Diagnóstico; Transmissão e a existência da COVID-19.</p>	
Política contra desinformação sobre vacinas ¹¹⁷	<p>O YouTube não permite conteúdo que apresente sérios riscos de danos ao divulgar informações médicas incorretas sobre as vacinas aplicadas atualmente, que foram aprovadas e confirmadas como seguras e eficazes pelas autoridades locais e a Organização Mundial da Saúde (OMS). Isso vale somente para conteúdo que contradiz as orientações dessas entidades sobre a segurança, a eficácia e os componentes das vacinas.</p>	<p>Nesse caso, ele será removido e você receberá uma notificação no seu e-mail. Se essa for sua primeira violação das nossas diretrizes da comunidade, é provável que seu canal receba apenas um alerta sem nenhuma penalidade. Caso contrário, emitiremos um aviso. Se você receber três avisos no período de 90 dias, seu canal será encerrado.</p>
Política sobre envolvimento falso ¹¹⁸	<p>A segurança dos criadores de conteúdo, espectadores e parceiros é nossa maior prioridade. Queremos a ajuda de todos para proteger esta comunidade dinâmica e única. É importante que você conheça nossas diretrizes da comunidade e entenda o papel que elas exercem na responsabilidade compartilhada de proteger o YouTube</p> <p>O YouTube não permite nenhuma prática que aumente artificialmente o número de visualizações, marcações “Gostei”, comentários ou outras métricas usando sistemas automáticos ou veiculando vídeos para espectadores que não os selecionaram. Além disso, é proibido postar conteúdo criado apenas para incentivar a interação dos espectadores (visualizações, marcações “Gostei”, comentários etc.).</p> <p>Os conteúdos e canais que não seguem essa política podem ser encerrados e removidos do YouTube.</p> <p>Importante: se você contratar alguém para promover seu canal, ele poderá ser afetado pelas decisões dessa pessoa. Se você ou alguém que você contratou realizar uma ação que viole nossas políticas, seu canal ou conteúdo poderão ser removidos.</p> <p>Consideramos o envolvimento legítimo quando a intenção principal de um usuário humano é interagir de maneira autêntica com o conteúdo. As interações ilegítimas são aquelas que, por exemplo, são resultado de coerção/enganação ou as que têm como único objetivo lucrar com o envolvimento dos espectadores. Se você encontrar conteúdo que viola esta política, faça uma denúncia.</p>	<p>Poderemos encerrar seu canal ou conta por violações recorrentes das diretrizes da comunidade ou dos Termos de Serviço, bem como por um caso único de abuso grave, ou se o canal for dedicado a uma violação da política.</p>

Fonte: autoria própria, 2022.

¹¹⁶ YOUTUBE. *Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR>

¹¹⁷ YOUTUBE. *Política contra desinformação sobre vacinas*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/11161123?hl=pt-BR&ref_topic=10833358

¹¹⁸ YOUTUBE. *Política sobre envolvimento falso*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/3399767?hl=pt-BR&ref_topic=9282365

Em todas as políticas listadas acima, fruto dessa análise, destacam-se os casos em que serão removidos os conteúdos. Porém, em ambos os casos, a notificação do produtor de conteúdo será realizada via *e-mail*. Nesses casos, a penalidade será gradativa, conforme a reincidência dos atos listados, sendo primeiramente advertido, sem penalidades e com mais de três penalidades desse tipo, seu canal será encerrado. E todos os pontos destacados no controle realizado pelo Youtube visam ao combate à manipulação da informação e dos usuários, além da divulgação errônea de informações que possam resultar em coerção/enganação, ou ainda, que possam impactar no único objetivo de lucrar com o envolvimento dos espectadores.

Ademais, o Youtube destaca que suas políticas estão sujeitas a alterações a qualquer momento. Estas existem devido à necessidade de adequação e resposta a mudanças sociais nas quais estão inseridas, afinal, é possível definir diretrizes que abarcam todos os posicionamentos e definições necessários para o convívio social em longo prazo¹¹⁹. Esse comportamento reforça o compromisso da empresa para com seus usuários e reafirma a capacidade de controle das redes sociais pelos mecanismos já aplicados na RSC, por meio de seus Códigos de Ética e Conduta Empresariais.

A Meta (que integra o Facebook e o Instagram) e o LinkedIn também destacam o compromisso com seus usuários. A Meta define que, para “Inovar com responsabilidade significa...”, deve-se trabalhar, de forma rápida, para identificar e remover conteúdo prejudicial das plataformas do Facebook, como discurso de ódio, assédio, exploração infantil, ameaças de violência e terrorismo, além de criar produtos que priorizem a segurança e a privacidade, fornecer avisos adequados quando necessário e articular instruções para o uso seguro e responsável¹²⁰. Já o LinkedIn aponta como forma de aplicação das diretrizes “Respeitar e Promover Direitos humanos” é através do enfrentamento das exigências governamentais para fornecer dados de usuários ou remover conteúdo, destaca o respeito às exigências governamentais e a atuação vinculante delas no estado de direito¹²¹. Porém, as duas empresas não destacam a forma que as penalidades (sanções) com a remoção dos conteúdos serão realizadas deixando uma abertura para questionamentos quanto aos procedimentos que devem ser realizados.

Portanto, pode-se observar que a RSC, realizada de forma mais completa e que busca um real compromisso com seus usuários, é aquela realizada pelo Youtube, o qual amplamente destaca os casos de violações e as sanções a serem realizadas. Em que pese a atuação não ampla das demais empresas de redes sociais (Meta e LinkedIn), elas representam uma atuação introdutória de atuação da RSC. Assim, está plenamente comprovado que a viabilidade da RSC representa mecanismo viável de controle em redes sociais, o qual é definido pela efetivação da autorregulação empresarial no compromisso com seus usuários. Porém, a viabilidade da RSC como mecanismo de controle somente será possível se houver a aplicação da Teoria do Direito em Rede como forma de reposicionamento normativo necessário para a aplicação do direito transnacional. É o que se passa a explanar.

3.2 A Teoria do Direito em Rede no reposicionamento normativo para efetivar a RSC como mecanismo de controle em redes sociais.

A aplicabilidade do direito em rede para a efetivação da RSC como mecanismo de controle em redes sociais tem como base normativa tanto as normas de regulação *soft law* como as *hard law*, em nível nacional e internacional. O arcabouço normativo, apresentado ao longo deste trabalho, possibilitou a delimitação de diversas normas, em múltiplos níveis de atuação (internacional, transnacional e nacional), impossibilitando o processo de análise no modelo tradicional (piramidal). Mesmo porque estas estão correlacionadas de di-

¹¹⁹ YOUTUBE. *Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR>

¹²⁰ META. *Código de Conduta*. Disponível em: <https://about.facebook.com/code-of-conduct/>. p. 28.

¹²¹ LINKEDIN. *Standards of Business Conduct*. Disponível em: <https://legal.linkedin.com/documents/LinkedIn-Code-of-Business-Conduct>. p. 32.

ferentes frentes e, muitas vezes, possuem convergência no mesmo sentido para controle de abusos de liberdade de expressão em redes sociais. Sendo necessário um reposicionamento no processo de análise dessas normas, o que é viabilizado pela aplicação da Teoria do Direito em Rede.

A Teoria do Direito em Redes incorpora os atores privados e suas responsabilidades (atribuídas pelos processos de autorregulação) ao processo de análise normativa tradicional, sem, contudo, retirar as responsabilidades dos Estados quanto às suas atribuições¹²². A teoria possui relação direta com a regulação responsiva, com diferentes graus e formas de regulamentação, os quais são construídos por meio da sintonia da empresa, governos e outros atores. Uma regulamentação eficaz deve atender aos diversos objetivos das empresas regulamentadas, com regulamentações próprias que afetam estruturas produtivas e motivações da atuação dos atores privados¹²³.

A Teoria do Direito em Redes¹²⁴ originou-se de um reposicionamento das normas no panorama transnacional¹²⁵, derivado das complexidades jurídicas criadas pela globalização¹²⁶, principalmente pela internet. A teoria recondiciona a atuação das normas para além do modelo piramidal, destacando os papéis dos diversos atores da sociedade internacional, diante de seus poderes, definindo o engajamento e as responsabilidades, além de incorporar à autonomia privada com o processo de autorregulação¹²⁷. As atuações dos atores privados estão vinculadas, diretamente, à ideia de formação de “constituições próprias” para a autorregulação¹²⁸. Tais fatores estão diretamente vinculados à percepção do direito transnacional que reconhece que o Estado não possui mais o imperativo da definição de normas, que, atualmente, está se tornando um processo contínuo envolvendo uma série de atores¹²⁹, possibilitando a inclusão de perspectivas antes renegadas pela construção tradicional do direito.

A teoria não retira a atuação do Estado por meio do modelo tradicional, porém incorpora normas privadas criando outras oportunidades de regulação, sem, no entanto, que os resíduos importantes desapareçam do modelo piramidal. A atuação da teoria destaca-se na expressa mudança no aspecto normativo, quebrando o modelo de direito estruturado meramente em nacional e/ou internacional, estabelecendo interações e funções aos atores privados para além da atuação dicotomia do Estado, também denominada de extrapiramidal¹³⁰. Assim, pode-se dizer que há uma pulverização de normas, atores e instituições que demandam um pensamento e uma construção em rede, permitindo uma visão não setária, e sim integrada. Ou seja, uma abordagem multidirecional das fontes do direito, não partindo, apenas, de método *top-down* e *bottom-up* da análise das normas, mas reposicionando as perspectivas frente à contemporaneidade, sendo capaz de traduzir a evolução da aplicação de normas privadas ou sociais em um plano transnacional¹³¹.

A aplicação prática da Teoria do Direito em Redes, ao realizar o reposicionamento das normas no panorama transnacional, é perceptível quando considera o impacto das normas empresariais (Códigos de Ética e Conduta das plataformas de redes sociais) no controle de casos de abusos de liberdade de expressão em redes sociais. As multinacionais definem suas normas por meio dos seus Códigos de Ética e Conduta,

¹²² OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Presses de l'Université Saint-Louis, 2010, p. 72.

¹²³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 15.

¹²⁴ OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Université Saint-Louis, 2010.

¹²⁵ LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Collection: Méthodes du droit. Editeur: Dalloz, 2016. p. 9.

¹²⁶ Esse reposicionamento está presente no item 3.2.3.1.

¹²⁷ TEUBNER, Gunther. *Fragments Constitutionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 99.

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. *Fragments Constitutionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 267.

¹²⁹ LEVIT, Janet Koven. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal Of International Law*, v. 30, 2005. p. 130.

¹³⁰ OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Université Saint-Louis, 2010. p. 20.

¹³¹ LEVIT, Janet Koven. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal of International Law*, v. 30, 2005. p. 132.

e esses documentos passam a integrar o cenário normativo das partes interessadas, sejam elas usuários de redes sociais, comunidades do entorno ou funcionários. Há uma redefinição dos espaços organizados, tendo como normas não apenas aquelas impostas pelos Estados, mas também aquelas definidas pelas corporações naquele ambiente. Afinal, as normas das plataformas (multinacionais) são únicas, mas com aplicabilidade em várias partes do mundo, com necessidade de adequação e incorporações diversas no campo normativo de cada região.

Portanto, a Teoria do Direito em Redes auxilia o reposicionamento da aplicação normativa das normas de controle de casos de abusos de liberdade de expressão em redes sociais, reconstruindo, ao realizar a análise e discussão dos resultados, a aplicação das responsabilidades e os papéis exercidos pelas partes interessadas no contexto empresarial, buscando o aprimoramento da RSC como mecanismo viável de controle em redes sociais.

O arcabouço normativo-jurídico existente, definido em normas, julgados e documentos empresariais, pode ser dividido em 03 (três) grandes blocos: normas que atribuem aos Estados obrigações controle de casos de abusos de liberdade de expressão em redes sociais (listadas e analisadas no item 2.2.1 deste trabalho); normas e projetos de lei que atribuem às empresas um compromisso para o controle de casos de abusos de liberdade de expressão em redes sociais (listadas e analisadas no item 3.1.1 deste artigo) e, por fim, normas de autorregulação empresarial que definem estratégias do controle, direto ou indireto, de abusos de liberdade de expressão em redes sociais (Código de Ética e Conduta – definidos no Quadro 01 deste artigo e analisados nos itens 2.2.2 e 3.1.2).

Os dois primeiros blocos normativos integram a categoria de regulação normativa, possuindo um caráter, vinculante ou não, mas que integram e efetivam a aplicabilidade das normas para a redefinição da RSC em prol do controle de casos de abusos de liberdade de expressão em redes sociais. Já o último bloco compõe a categoria de autorregulação empresarial, motivando a definição de sanções também no caráter interno empresarial. É importante compreender que a utilidade dessas normas internas das empresas implica um processo de efetivação da melhor forma de gestão, além de possibilitar uma melhor incorporação dos princípios empresariais no novo conceito de RSC.

Assim, as categorias definidas para as normas que compõem o arcabouço normativo da RSC, regulação e autorregulação, possuem uma aplicabilidade diversificada em comparação à lógica piramidal. Esse reposicionamento normativo favorece a aplicação da Teoria do Direito em Rede na efetivar a RSC como mecanismo de controle em redes sociais.

4 Considerações finais

O presente trabalho teve o desígnio de verificar se os atos de controle (autorregulação empresarial) realizados na limitação da liberdade de expressão em redes sociais possuem legalidade em sua arena de atuação.

O primeiro objetivo específico deste trabalho teve a intenção de conhecer o alcance da garantia do exercício do direito de liberdade de expressão em redes sociais. Este resultado pode ser verificado no item 2 do presente artigo, a respeito dos limites existentes no direito de liberdade de expressão em redes sociais. Primeiramente, por se tratar de uma arena privada, incompatível para as discussões de livre exercício da liberdade de expressão e, ainda, por ter uma limitação público-privada da liberdade de expressão em redes sociais, definida tanto nas normas Estatais como nos compromissos empresariais de RSC.

O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou verificar como os compromissos empresariais de autorregulação (responsabilidade social corporativa) representam mecanismo viável de controle em redes sociais. Esse resultado pode ser verificado no item 3 do presente artigo, ao relatar sobre sua atuação positiva

da RSC no processo de autorregulação empresarial presente tanto na regulação Estatal em redes sociais, como no compromisso das empresas para com os usuários de redes sociais.

Portanto, os atos de controle, realizados pelas empresas na limitação da liberdade de expressão em redes sociais, possuem legalidade em sua arena de atuação, afinal, trata-se de atos de controle da autorregulação empresarial, por meio da RSC. Por ser uma arena privada de atuação e existindo uma autorregulação por parte das plataformas, sem contrariar qualquer norma Estatal vigente, essa atuação das redes sociais possui sua legitimidade nos atos de controle em liberdade de expressão. Como verificado ao longo do trabalho, essa atuação é construída considerando o direito limitado de liberdade de expressão em redes sociais e, ainda, a RSC como mecanismo de controle em redes sociais na esfera privada, em uma atuação de direito transnacional. Como futuros estudos em continuidade deste trabalho, propõe-se uma análise das contradições do atual modelo normativo implementado no Brasil após a Lei de Liberdade Econômica e as propostas levantadas na Medida Provisória n.º 1.068/2021¹³² e não implementadas.

Referências

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York Oxford: Oxford University Press, 1992.

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. *A articulação entre a participação social e a responsabilidade social corporativa (RSC) na prevenção de impactos socioambiental*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 70. ed. São Paulo: 2016. 229 p.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Decreto-lei no.2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. *EMI nº 00072/2021 MTur MCTI MJSP*. Brasília, 6 set. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1068-21.pdf.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

BRASIL. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

BRASIL. *Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm.

¹³² BRASIL. *Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm. [Rejeitada]

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm (Rejeitada).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 496*. Relator: Min. Roberto Barroso, Distrito Federal, 22 jun. 2020.

CAETANO, Guilherme. Youtube faz limpeza inédita e apaga vídeos com mentiras sobre fraude nas eleições. *O Globo*, 09 jun. 2022. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/youtube-faz-limpeza-inedita-e-apaga-videos-com-mentiras-sobre-fraude-nas-eleicoes.html?utm_source=globo.com&utm_medium=oglobo.

VIEIRA, Alessandro. *Projeto de Lei (PL) 2.630/20*. Câmara dos Deputados: Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>.

CEFAI, Daniel. O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). Públicos, Problemas Públicos, Arenas Públicas... *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 36, p. 187-213, mar. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/zdyH9SGqnWm5LwrV7MT4k9M/?format=pdf&lang=pt>.

CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. Escazú, Costa Rica, 4 mar. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf.

CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. *Informe Anual: Capítulo VII Las Expresiones De Odio Y La Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expresiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>.

CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur on Freedom of Expression. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatório Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>.

CLAYTON, James. Apple takes down Quran app in China. *BBC News*, 15 out. 2021. Disponível em: <https://na01.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.bbc.com%2Fnews%2Ftechnology-58921230&data=04%7C01%7C%7C067e85a67d424e0d403708d997b38f5e%7C84df9e7fe9f640afb435aaaaaaaaaaaa%7C1%7C0%7C637707619734389232%7CUnknown%7CTWFPbGZsb3d8eyJWljoimC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Iik1haWwiLCJXVCi6Mn0%3D%7C1000&data=7Q1BAPxQ4O%2Fb1PXXWT19OyetGxwHdBIVP%2FAkvnaywzU%3D&reserved=0>.

CONGRESSO NACIONAL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 58, de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativa, quantitativo e misto*. Tradução Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CRUZ, Gisele dos Reis; FREIRE, Jussara. Participação e arenas públicas: um quadro analítico para pensar os conselhos municipais setoriais e os fóruns de desenvolvimento local. *Cadernos Metrópole*, n. 10, p. 75-102, 2. sem. 2003. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/metropole/article/download/9200/6815/22883>.

FUNG, Brian. Twitter bans President Trump permanently. *CNN Business*, 9 jan. 2021. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2021/01/08/tech/trump-twitter-ban/index.html>.

YOUTUBE suspende monetização de canal de Monark e do Flow. *Globo.com*, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2022/02/18/monark-diz-que-youtube-suspendeu-monetizacao-de-seu-canal.gh.html>.

GASPARETTO, Hígor Lameira; PEDROSO, Frederico Thaddeu; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Fake news, discursos de ódio e ativismo digital: movimentos sociais de desmonetização, desafios jurídicos e reflexões sobre o case sleeping giants Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 3. p. 179-198, 2022.

GLOBAL NETWORK INITIATIVE. *Gni Principios de Libertad de Expresión Y Privacidad*. Disponível em: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles/>.

LAMY, Marcelo. *Metodologia da pesquisa jurídica técnicas de investigação, argumentação e redação*. Elsevier, 2011.

LEVITT, Janet Koven. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal Of International Law*, v. 30, 2005.

LHUILIER, Gilles. *Le droit transnational*. Collection : Méthodes du droit. Editeur: Dalloz, 2016.

LINKEDIN. *Standards of Business Conduct*. Disponível em: <https://legal.linkedin.com/documents/LinkedIn-Code-of-Business-Conduct>.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017.

MARRELLA, Fabrizio. Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales. In: *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HÁ. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2017, v. 385.

META. *Código de Conduta*. Disponível em: <https://about.facebook.com/code-of-conduct/>.

MICROSOFT. *Foundational principles*. Disponível em: https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/human-rights-statement?activetab=pivot_1:primaryr7.

MIRANDA, Giovani Vieira. *Um Mafuá na Comunicação 'Glocal': Um Estudo do caso do Blogue Bauruense 'Mafuá Do Hpa' Como Arena Pública*. 2016. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação (FAAC) da Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" (Unesp), Bauru – SP, 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/143873/miranda_gv_me_bauru.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

OLIVEIRA, José Cardos de; AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar. O modelo de autorregulação regulada e a Teoria da Captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de direito no Brasil. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. p. 365-388.

ONU. Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. Anexo *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. São Francisco: 26 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Nova York, 7 mar. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html.

OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Université Saint-Louis, 2010.

PINKSE, Jonatan; KUSS, Matthias; HOFFMANN, Volker H. On the Implementation of a 'Global' Environmental Strategy: The Role of Absorptive Capacity. *International Business Review*, Spring 2010. 26 nov. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1513862>.

RAMOS, André De Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 504-520, 2016.

ROA, Jorge Ernesto Roa. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 202-216, 2019.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, Jonára França da. *Participação Política na Timeline: o Facebook como arena pública para sugestões legislativas apresentadas no e-cidadania*. Tese (Programa de Pós-graduação em Comunicação) - Universidade Federal de Santa Maria – UFSM), Santa Maria/RS, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/16978/TES_PPGCOMUNICACAO_2018_SILVA_JONARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FACEBOOK e Instagram derrubam live em que Bolsonaro associa Aids a vacina contra covid. *UOL*, 25 nov. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/videos/2021/10/25/facebook-e-instagram-derrubam-live-em-que-bolsonaro-associa-aids-a-vacina-contracovid.htm>.

VERMELHO, Sônia Cristina; VELHO, Ana Paula Machado; BERTONCELLO, Valdecir. Sobre o conceito de redes sociais e seus pesquisadores. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 41, n. 4, p. 863-881, out./dez. 2015.

YOUTUBE. *Política contra desinformação sobre vacinas*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/11161123?hl=pt-BR&ref_topic=10833358.

YOUTUBE. *Política de informações médicas incorretas relacionadas à COVID-19*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=pt-BR>.

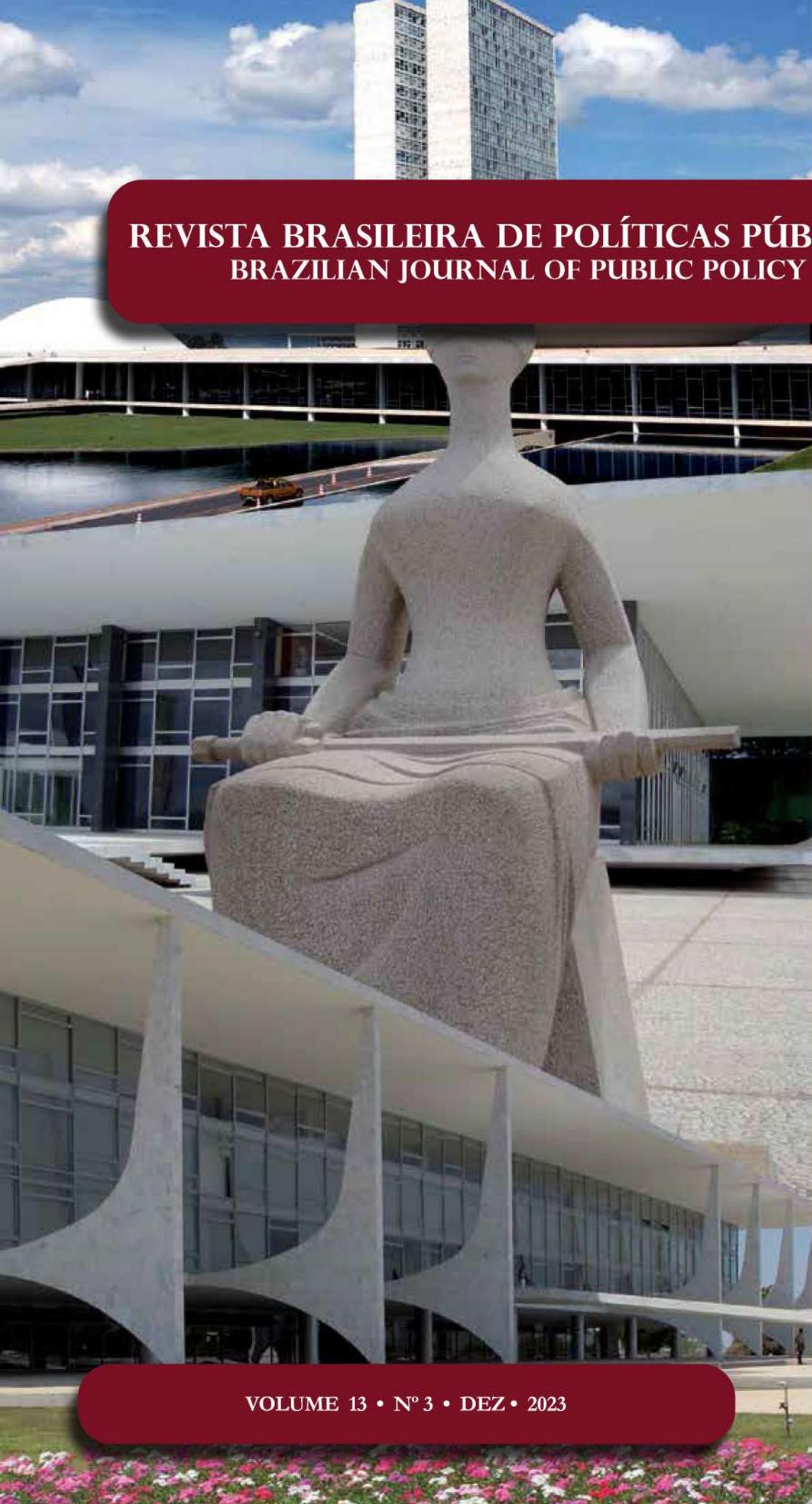
YOUTUBE. *Política sobre envolvimento falso*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/3399767?hl=pt-BR&ref_topic=9282365.

YOUTUBE. *Políticas contra a desinformação*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10834785?hl=pt-BR&ref_topic=10833358.

YOUTUBE. *Políticas contra desinformação em eleições*. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/10835034?hl=pt-BR&ref_topic=10833358.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una Asimetría Normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Hegoa, 2009.

**III. POLÍTICAS PÚBLICAS EM
REGULAÇÃO FINANCEIRA E FISCAL**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Desastres sicionaturais e política fiscal: uma análise crítica do orçamento federal voltado à Defesa Civil no Brasil

Socio-natural disasters and fiscal policy: a critical analysis of the federal budget for Civil Defense in Brazil

Fernanda Dalla Libera Damacena

Renato Eliseu Costa

Felipe Fonseca

Victor Marchezini

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Desastres socionaturais e política fiscal: uma análise crítica do orçamento federal voltado à Defesa Civil no Brasil*

Socio-natural disasters and fiscal policy: a critical analysis of the federal budget for Civil Defense in Brazil

Fernanda Dalla Libera Damacena**

Renato Eliseu Costa***

Felipe Fonseca****

Victor Marchezini*****

Resumo

Neste artigo analisou-se a parcela do orçamento da União correspondente à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), entre 2018 e 2022, com o objetivo de verificar se os valores disponibilizados, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Regional, bem como sua execução, podem ser considerados suficientes para a implementação do dever legal de prevenção e mitigação de desastres no País. Baseado em revisão da literatura, análise de pesquisa documental e de dados quantitativos e qualitativos de uma Pesquisa Municipal em Proteção e Defesa Civil com 1.993 municípios brasileiros, realizada entre 18 de fevereiro e 27 de maio de 2021, estruturou-se o estudo com base em uma organização que discorreu sobre: orçamento e cenário da execução orçamentária da Defesa Civil no Brasil; emendas do relator; crédito extraordinário, especial e suplementar por meio de medidas provisórias e leis ordinárias; o dever do planejamento orçamentário como instrumento para a implementação da Política Nacional no Brasil, diagnóstico do problema e possíveis alternativas de solução. Como resultado, identificou-se a insuficiência do orçamento federal para garantir ações efetivas e eficazes de prevenção e mitigação de desastres. Em consequência, destacou-se a necessidade de replanejamento orçamentário em relação ao valor reservado à Proteção e Defesa Civil. Por fim, a partir de uma visão escassa na literatura nacional, que conecta planejamento, execução orçamentária e o dever legal de combate à insuficiência e omissão em políticas públicas, algumas recomendações voltadas à redução da vulnerabilidade orçamentária identificada foram apresentadas.

Palavras-chaves: desastre; orçamento público; dever de planejamento; insuficiência orçamentária; prevenção/mitigação.

* Recebido em: 29/06/2022

Aprovado em: 23/02/2023

** Doutora e mestre em Direito Público. Pós-doutorado na área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Pesquisador do projeto Elos Cemaden/MCTI. Advogada e consultora. E-mail: fer.dl.damacena@gmail.com.

*** Pesquisador do projeto Elos Cemaden/MCTI. Doutorando em Políticas Públicas (UFABC). Mestre em Ciências da América Latina (USP). Mestre em Gestão de Políticas e Organizações Públicas (UNIFESP). E-mail: renatoeliseu@gmail.com.

**** Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduado em Direito pela UFPA. Pesquisador do projeto Elos Cemaden/MCTI. Professor e advogado. E-mail: filip.fons@hotmail.com.

***** Pós-doutorando no Natural Hazards Center, Universidade do Colorado-Boulder, Estados Unidos. Pesquisador no Cemaden/MCTI. E-mail: victor.marchezini@cemaden.gov.br.

Abstract

The article analyzed the federal budget corresponding to the National Civil Defense and Protection Policy, between 2018 and 2022, aiming of verifying whether the amounts made available, within the scope of the Ministry of Regional Development, as well as their execution, can be considered sufficient for the implementation of the legal duty to prevent and mitigate disasters in the country. Based on a literature review, analysis of documentary research, and quantitative and qualitative data from a Municipal Survey on Civil Protection and Defense with 1,993 Brazilian municipalities, carried out between February 18 and May 27, 2021, the study is structured from an organization that discusses: budget and scenario of budgetary execution of Civil Defense in Brazil; parliamentary amendments; extraordinary, special and supplementary credit through provisional measures and ordinary laws; the duty of budget planning as an instrument for the implementation of the National Policy in Brazil, diagnosis of the problem and possible solution alternatives. As a result, the insufficiency of the federal budget was identified. As a result, the need for budget replanning regarding the amount reserved for Civil Defense and Protection was highlighted. Finally, from a scarce view in the national literature, which connects planning, budget execution, and the legal duty to combat insufficiency and omission in public policies, some recommendations for reducing the identified budgetary vulnerability were presented.

Keywords: civil defense; public budget; law; budget shortfall; prevention.

1 Introdução

O orçamento é uma ferramenta importante no processo de planejamento de um sistema de fontes de recursos para a implementação de políticas públicas¹. Corresponde ao resultado de um ciclo, que pode ser definido como um processo contínuo, por meio do qual se elabora, aprova, executa, controla e avalia as ações do setor público no aspecto financeiro.

No Brasil, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, cuja promulgação é anual, a Lei de Responsabilidade Fiscal² e a Lei Geral de normas de Direito Financeiro³ representam uma tríade de regulação em relação à execução das despesas orçamentárias. Em complemento, e no que interessa, as Leis n.º 12.340/10, e n.º 12.983/14, e o Decreto n.º 11.219/22 estabelecem as diretrizes orçamentárias em relação à transferência de recursos da União aos demais entes federados integrantes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC).⁴

O artigo analisa a parcela do orçamento da União correspondente à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), entre 2018 a 2022, com o objetivo de verificar se os valores disponibilizados, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Regional, bem como sua execução, podem ser considerados suficientes para a implementação do dever legal de prevenção e mitigação de desastres no País.⁵

¹ FARIA, C. A. P. F. Implementação: ainda o elo perdido da análise de políticas públicas no Brasil? *In*: FARIA, C. A. P. F. (org). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2012. p. 123-152.

² BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

³ BRASIL. *Lei nº 4.320, 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁴ Ressalta-se que o atual cenário mundial as áreas urbanas na representam quase 80%, o que antes, em 1940 eram de 26%, um aumento vertiginoso de áreas que estão expostas a desastres siconaturais, o que demanda gestão de risco, em outras palavras políticas públicas e assim gastos, que devem ser previstos no orçamento. FERENTZ, Larissa Maria da Silva; GARCIA, Carlos Mello. A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 244-267, 2020. p. 246.

⁵ É notório que as políticas públicas para desastres siconaturais no Brasil exigem atuação conjunta e dialógica entre todos os entes

O estudo está baseado em revisão da literatura, análise de pesquisa documental sobre a parcela do orçamento público federal brasileiro destinado à Defesa Civil, bem como em dados quantitativos e qualitativos da Pesquisa Municipal em Proteção e Defesa Civil.⁶ A pesquisa executada pelo Centro de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais (CEMADEN) foi uma iniciativa da Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, como parte da cooperação internacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), fez uso de diversas metodologias, dentre as quais um questionário *online* aplicado juntamente a 1.993 municípios brasileiros, entre 18 de fevereiro e 27 de maio de 2021. A análise dos dados identificou as principais necessidades dos órgãos municipais em termos de recursos financeiros. Dos 1.993 municípios analisados, 72% não possuem orçamento para atividades de proteção e defesa civil, como também não dispõem de recursos materiais; 30% não possuem computador, e 59% das defesas civis municipais são compostas por uma a duas pessoas, isto é, não contam com recursos humanos suficientes.⁷

A pesquisa também contou com a realização de seminários virtuais, que compartilharam os resultados preliminares a fim de coletar sugestões para o fortalecimento da implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) nos municípios brasileiros, como o Seminário Final de apresentação da “Proposta Metodológica para Fortalecimento da Implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil nos municípios brasileiros.”⁸ Essa proposta foi elaborada a partir de cinco grupos de trabalhos com os seguintes eixos fundamentais: i) recursos financeiros para proteção e defesa civil; ii) profissionalização da proteção e defesa civil; iii) capacitação; iv) comunicação; e, v) participação social e intersetorial.

Dentre as sugestões coletadas, o grupo de trabalho de recursos financeiros identificou e analisou um conjunto de alternativas voltadas ao fortalecimento dos recursos financeiros para as defesas civis. Uma delas apontava para a necessidade de melhoria dos recursos financeiros oriundos da União para o planejamento e execução de políticas públicas de prevenção e mitigação.

Nesse sentido, uma análise sobre a suficiência e a melhor execução possível do orçamento federal na parcela correlata à defesa civil justifica-se por razões fáticas inequívocas e reiteradas em diversos estados brasileiros, mas especialmente por uma questão de *compliance*. A Lei 12.340/10, expressamente, estabelece que

são obrigatórias as transferências da União aos órgãos e entidades dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, assim como de resposta e recuperação de áreas atingidas, observados os requisitos e procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável.

Ocorre que sem previsão orçamentária minimamente adequada a previsão legal acaba sendo meramente simbólica. Todo recurso precisa ter uma fonte que, por imposição legal, requer de planejamento prévio.

Considerando que o Fundo Nacional de Calamidade Pública (FUNCAP), que teria a função de auxiliar o fornecimento de recursos para essas mesmas ações, ainda, depende de regulamentação no Brasil, e que outras alternativas, também, apontadas pela pesquisa carecem de desenvolvimento, a questão orçamentária segue sendo fundamental.

Para elucidar a temática proposta, além da introdução e das considerações finais, o artigo está estruturado em quatro tópicos. O primeiro apresenta o orçamento e o cenário da execução orçamentária da Defesa Civil no Brasil. O segundo aborda as emendas do relator, créditos extraordinários, especiais e suplementares por meio de

federados, por isso a necessidade de avaliar a participação da União através de recursos por meio de seu orçamento. FERENTZ, Larissa Maria da Silva; GARCÍAS, Carlos Mello. A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 244-267, 2020. p. 261.

⁶ MARCHEZINI, Victor (coord.). *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasil. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Diagnóstico de Capacidades e Necessidade Municipais em Proteção e Defesa Civil*. *Gov.br*, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/protecao-e-defesa-civil/diagnostico-de-capacidades-e-necessidade-municipais-em-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸ MARCHEZINI, Victor (coord.). *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasil. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

Medidas Provisórias e Leis Ordinárias. O terceiro enfatiza as lacunas e o dever do planejamento orçamentário como instrumento de implementação da PNPDEC. O quarto apresenta algumas recomendações que podem auxiliar o processo de busca por soluções voltadas à observância de um dever legalmente estabelecido.

2 Orçamento e cenário da execução orçamentária da Defesa Civil no Brasil

A análise do orçamento anual fiscal⁹, destinado à Defesa Civil entre os anos de 2018 e 2022, considerando a correção monetária, aponta para uma diminuição nos recursos destinados à subfunção “182-Segurança Pública- Defesa Civil”, com acentuada queda no ano de 2019, quando foram reduzidos recursos na ordem de 43% do ano anterior (2018), recuperando-se em 2020. Essa queda representa uma perda estimada de R\$612 milhões ao longo de três anos. Na Tabela 1, demonstra-se, proporcionalmente, quanto do orçamento da União tem sido destinado à Defesa Civil, bem como a perda de representatividade desse ente em termos orçamentários nos últimos quatro anos.

Tabela 1 - Orçamento da Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Orçamento Autorizado	1.483.084.372,7	1.072.271.303,00	1.534.995.848,00	626.604.027,33	1.331.635.553,09
% do orçamento da União	0,062	0,037	0,047	0,034	0,061

Fonte: elaboração própria, baseada no Portal da Transparência.¹⁰

Apesar de não representar 1% do orçamento da União, os valores contingenciados, em termos percentuais, chegam a quase 2%, demonstrando, mais uma vez, o enfraquecimento do orçamento da área de defesa civil. No texto do projeto de Lei Orçamentária Anual – LOA de 2022, havia previsão no sentido de que a suplementação de dotações das despesas abrangidas pela subfunção Defesa Civil, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Regional, ocorresse por meio da utilização de recursos provenientes de: I. anulação de dotações consignadas a ações compreendidas nessa subfunção e; II. anulação de dotações, limitada a trinta por cento do valor do subtítulo objeto da anulação¹¹. O mesmo texto estabelecia que os recursos não utilizados fossem destinados ao superávit financeiro (sobra de recursos, não comprometidos no resto a pagar, que são destinados a pagamento de dívidas) apurado no balanço patrimonial do exercício de 2021, observado o disposto no inciso I do § 1º e no § 2º do art. 43 da Lei n.º 4.320.¹²

Entre 2020 e maio de 2022, não houve contingenciamento do orçamento da Defesa Civil. Já a soma do contingenciamento de 2019 e 2018 foi da ordem de R\$321.788.558,00, representando 25 % do orçamento da pasta para 2019, e 9,11% em 2018 (nesse último ano, o contingenciamento do orçamento da defesa civil representou 1,85% do contingenciado em todo orçamento federal). Quanto à distribuição do orçamento, o valor fica alocado, majoritariamente, no Ministério do Desenvolvimento Regional, mas não somente nele,

⁹ Todos os dados deste estudo foram coletados com base no Portal da Transparência. BRASIL. Controladoria-Geral da União. Dados abertos. *Portal da Transparência*, [2022]. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/download-de-dados>. Acesso em: 30 jun. 2022.

¹⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoes/acao/22BO-acoes-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹¹ BRASIL. Ministério da Economia. Orçamento Anual 2022. *Gov.br*, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/orcamentos-anuais/2022/loa/volume_4_vetos.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹² BRASIL. *Lei nº 4.320, 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

havendo orçamento da subfunção 182 no IBGE (Ministério da Economia) e na Estrutura da Presidência da República, conforme a Tabela 2.

Tabela 2 - Distribuição do Orçamento da Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Ministério do Desenvolvimento Regional	1,4 bi.	978,7 mi.	1,5 bi.	831 mi.	1,4 bi.
%	100 %	99,99 %	99,99 %	99,98%	99,94%
IBGE		131,1 mil	119,9 mil	370,7 mil	390,2 mil
%		0,01 %	0,01%	0,04 %	0,03 %
Presidência	-	-	-	570 mil	547,6 mil
%	-	-	-	0,04	0,04

Fonte: elaboração própria, baseada no Portal da Transparência.¹³

A grande maioria dos recursos da Defesa Civil relaciona-se à Ação orçamentária 22BO, que envolve intervenções de preparação e, sobretudo, resposta, das quais são exemplo:

[...] evacuação das populações em risco, busca e salvamento, primeiros socorros, atendimento pré-hospitalar, assistência e atividades de logística, abrigos provisórios, roupas, material de desinfecção, de limpeza e higienização, atividades de promoção social e de proteção à saúde dos afetados, atendimento aos grupos vulneráveis, a desmontagem de edificações e de obras-de-arte com estruturas comprometidas, o suprimento e distribuição de energia elétrica, água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, drenagem das águas pluviais, trafegabilidade e desobstrução e remoção de escombros e a reconstrução de infraestrutura destruída ou danificada pelo desastre.¹⁴

Nessa ação orçamentária 22BO, encontram-se os valores da “Operação Carro-Pipa para distribuição de água no Semiárido, pelo Exército Brasileiro” e os gastos do Cartão de Pagamento da Defesa Civil. A ação do Carro-pipa utiliza recursos da ordem de R\$600 milhões, em média 1/3 do valor destinado para a ação no orçamento vigente¹⁵.

Em relação ao Cartão de Pagamento da Defesa Civil (CPDC), o presente estudo obteve acesso a dados desde 2011. Apesar do decréscimo em 2019, esse elemento de despesa mais que dobrou entre o ano de 2018 e 2022. O ano em que mais se executou esse tipo de recurso foi 2013. A soma de todos os anos da execução do CPDC representou R\$2.033.727.191,10 bilhões desde sua criação (Tabela 3). Na tabela 3, comunica-se não apenas a variação dos valores ao longo dos anos, mas o quanto eles impactam na falta de recursos para mitigação e prevenção.

Tabela 3 - Orçamento do Cartão de Pagamento da Defesa Civil

TOTAIS ANUAIS					
2011	R\$	11.000.000,00	2017	R\$	118.318.684,59
2012	R\$	297.874.186,23	2018	R\$	100.953.680,96
2013	R\$	310.731.024,08	2019	R\$	75.822.204,58
2014	R\$	192.130.040,40	2020	R\$	237.702.311,35
2015	R\$	148.466.205,39	2021	R\$	129.136.065,85
2016	R\$	102.623.697,67	2022	R\$	308.969.090,00
Total	R\$	2.033.727.191,10			

Fonte: elaboração própria, baseada no Portal da Transparência.¹⁶

¹³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-aco-es/acao/22BO-aco-es-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Economia. Plano Plurianual 2020/2023. *Gov.br*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-aco-es/acao/22BO-aco-es-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-aco-es/acao/22BO-aco-es-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

Os gastos com carro pipa e CPDC consomem, praticamente, todos os valores destinados à Defesa Civil na ação 22BO. Essa constatação sustenta a afirmação de que, nos últimos quatro anos, mais de 94% das ações orçamentárias da Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (SEDEC) ocorreram na área de resposta a desastres. Apenas cerca de 6% foram destinados à mitigação e prevenção, a depender da variação anual¹⁷. Não se questiona a importância desses recursos, tampouco o fim a que se destinam. Todavia, o investimento em programas voltados a soluções poderia reduzir o gasto com resposta e, conseqüentemente, ampliar o investimento em prevenção e mitigação.

Por fim, cabe ainda menciona-se a existência da Ação 20NN — “Apoio ao Planejamento de Intervenções Estruturais em Municípios Críticos a Desastres Naturais”, cuja função é o apoio aos Entes Federados para:

[...] elaboração de estudos, planos municipais de redução de risco (PMRR) e cartas geotécnicas à aptidão urbana com foco nas áreas suscetíveis à ocorrência de inundações, enxurradas e deslizamentos de encostas e processos correlatos a movimentos de massa.

Essa ação, advinha do então extinto Ministério das Cidades, não tinha sido utilizada, visto que a SEDEC optou por não pulverizar a dotação entre ações, cujo objeto do instrumento a ser formalizado poderia ser enquadrado na ação 8172.¹⁸

Compreendido o cenário da execução orçamentária da Defesa Civil no Brasil, passa-se à análise da sua execução.

3 Execução orçamentária

A execução orçamentária pode ser compreendida como a “utilização” autorizada dos recursos disponíveis no Orçamento Público, ao considerar as despesas pagas, somadas ao valor do resto a pagar¹⁹. Conforme se verificará na sequência, devido ao baixo orçamento em 2019, houve a necessidade de liberação de créditos adicionais para suportar a necessidade de recurso. Já em 2020, possivelmente devido à pandemia, houve uma execução abaixo dos demais anos, voltando ao mesmo patamar em 2021.

Tabela 4 - Valores pagos em Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Valores Pagos	1.156.815.915,5	1.370.828.649,00	1.034.921.321,50	927.001.468,30	1.232.463.766,90
% do pago pela União	0,049	0,001	0,038	0,044	0,059
% Execução	67%	128 %	67%	148%	93%

Fonte: elaboração própria, com base nos dados do Portal da Transparência²⁰.

Em relação à aplicação dos recursos, a SEDEC é a maior responsável pela execução das despesas, seguida pelos municípios, que, no ano de 2020, receberam 37% do orçamento para a área, valor que caiu em

¹⁷ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹⁸ Ação 8172: Coordenação e fortalecimento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sinpdec), promovendo a articulação e o preparo dos órgãos de proteção e defesa civil nas três esferas de governo. BRASIL. Ministério da Economia. Plano Plurianual 2020/2023. *Gov.br*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹⁹ UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. Execução orçamentária e financeira. *UFU*, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://ufu.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/execucao-orcamentaria-e-financiera>. Acesso em: 12 mar. 2022.

²⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

2021 para 24%. Na tabela 6, demonstra-se como o recurso da Defesa Civil é aplicado, e a sua diminuição ao longo do tempo.

Tabela 5 - Forma de Aplicação dos recursos da Defesa Civil da União (valores em reais – milhões)

	2022		2021		2020		2019		2018	
	Valor	%	Valor	%	Valor	%	Valor	%	Valor	%
Aplicação Direta	551,8	37%	929,6	67%	539,2	52%	608,1	66%	787,7	64%
Transferência a Municípios	772,1	52%	336,9	24%	379,3	37%	258,7	28%	337,8	27%
Transferência aos Estados e ao DF	141,9	9%	75,08	5%	100	10%	42,4	5%	84,8	7%
Aplicação Direta – Operações Intraorçamentárias	16,4	1%	29,1	2%	16,5	2%	17,9	2%	21,8	2%
Transferência ao Exterior	741,9	0,05	-	-	-	-	-	-	3,4	0%

Fonte: elaboração própria, a partir de dados do Portal da Transparência.²¹

A partir da análise dos dados apresentados, pode-se observar que boa parte dos recursos é aplicada de forma direta pela SEDEC e outra parte é repassada aos municípios. Considera-se, ainda que em 2022, o que não aconteceu em outros anos, foram repassados R\$226,4 mil para organizações do terceiro setor. Porém ressalta-se que, apesar da aplicação direta, a execução dos recursos não ocorre por forma direta, mas sim, de forma indireta²², chegando a 34% em 2020 (Tabela 6).

Tabela 6 - Execução do Orçamento da Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Execução Direta	R\$ 568.200.000,00	439.610.899,29	649.168.365,71	649.258.536,40	754.968.898,26
%	38%	45%	40%	75%	52%
Execução Indireta	R\$ 914.741.900,00	199.395.642,35	552.661.824,16	166.875.884,46	686.146.039,60
%	61%	20%	34%	19%	47%
Sem Informação	0	334.690.816,36	407.907.182,02	52.454.463,12	3.841.738,23
%	0	34%	25%	6%	0%

Fonte: elaboração própria, a partir de dados do Portal da Transparência.²³

O mesmo cenário se repete quando observada, somente, a descentralização na ação 22BO, ação orçamentária que chegou a 33% do orçamento da SEDEC em 2020, com gastos por meio de execução indireta, mas que tem uma queda para 18% em 2021 (Tabela 7).

Tabela 7 - Execução do Orçamento da Ação 22BO (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
(Execução Indireta)	770.234.919,70	161.915.038,20	473.382.977,10	123.061.682,00	198.326.867,60
%	52%	18%	33%	16%	21%
Demais elementos	139.708.070,80	438.813.386,20	565.000.039,70	647.049.696,40	732.374.339,10

²¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-acoes/acao/22BO-acoes-de-protacao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

²² Ao contrário da execução direta, na qual os serviços e produtos são prestados pelos próprios órgãos públicos (Órgão de Estado), a Execução Indireta consiste na forma pela qual a Administração Pública contrata com terceiros a realização de um serviço que é de sua responsabilidade, passando assumir o papel de financiador e controlador. ENAP. *Legislação Aplicada à Logística de Suprimentos Lei nº 8.666/93, pregão e registro de preços – Módulo 06: Regime de Execução Indireta*. Brasília: ENAP, 2014.

²³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-acoes/acao/22BO-acoes-de-protacao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

	2022	2021	2020	2019	2018
%	9%	49%	39%	82%	79%
0- Não informado	R\$ 573.141.382,20	303.886.775,60	405.570.477,30	14.274.284,58	33.462,37
%	39%	34%	28%	2%	0%

Fonte: elaboração própria, baseada em dados do Portal da Transparência.²⁴

Outra questão a destacar diz respeito à análise pela natureza da despesa. Quando se olha para despesa de capital, ou seja, a despesa para investimento, observa-se que ela vem perdendo força ao longo dos anos. Houve um decréscimo de 34% do orçamento em 2018 para, apenas, 19% em 2021, o que demonstra que essa área tem perdido a capacidade de investimento e, logo, de crescimento (Tabela 8).

Tabela 8 - Categorização Econômica do Orçamento da Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Corrente	922,8 mi	1.639.732.333,30	774,4 mi	700,7 mi	811,3 mi
%	62%	98%	75%	76%	66%
Capital	560,3 mi	30.961.460,15	260,5 mi	226,3 mi	421,2 mi
%	38%	2%	25%	24%	34%

Fonte: elaboração própria, a partir de dados do Portal da Transparência.²⁵

Sabe-se, contudo, que a receita de capital é de mais “difícil” execução, pois envolve processos de licitação mais complexos. As licitações que visam adquirir bens e contratar serviços para atender às unidades do Ministério do Desenvolvimento Regional são realizadas de modo centralizado pelo Departamento de Gestão Interna da Secretaria Executiva, sendo mais difícil sua visualização.

Considerando os convênios, instrumento administrativo significativamente utilizado pela administração pública, percebe-se uma oscilação na quantidade de estados e municípios alcançados do ano de 2018 a 2021. O ano de 2019 teve o maior valor em convênio com municípios (Tabela 9), alcançando 194 municípios, porém somente 60% do valor foi executado. Em relação aos Estados, o ano de 2020 apresenta o maior valor, com execução na margem de 86%. Em 2021, nota-se alcance de 264 municípios, com 84% de execução. No mesmo ano, foram somente 10 convênios com Estados, mas a margem de execução foi a mais alta (97%).

Tabela 9 - Convênios na Defesa Civil

		Estados	Municípios
2022	Número de Convênios	23	289
	Valor do Convênio	83.563.839,25	728.704.307,1
	Valor Liberado	83.559.859,51	647.086.718,4
	Executado	99%	89%
2021	Número de Convênios	10	264
	Valor do Convênio	R\$ 26.305.445,40	R\$ 134.386.361,60
	Valor Liberado	R\$ 25.398.366,10	R\$ 112.826.016,20
	Executado	97%	84%

²⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

²⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

		Estados	Municípios
2020	Número de Convênios	28	460
	Valor do Convênio	R\$ 111.168.272,20	R\$ 297.040.231,30
	Valor Liberado	R\$ 95.311.864,27	R\$ 244.617.123,90
	Executado	86%	82%
2019	Número de Convênios	14	194
	Valor do Convênio	R\$ 40.539.752,66	R\$ 313.263.501,40
	Valor Liberado	R\$ 35.455.391,06	R\$ 189.416.731,00
	Executado	87%	60%
2018	Número de Convênios	12	262
	Valor do Convênio	R\$ 70.581.389,63	R\$ 244.151.997,50
	Valor Liberado	R\$ 52.294.432,50	R\$ 220.112.395,00
	Executado	74%	90%

Fonte: elaboração própria, com base nos dados do Portal da Transparência.²⁶

Se a insuficiência de orçamento para resposta e prevenção já é um problema, a estratégia de solução adotada para fazer frente ao déficit orçamentário da Defesa Civil no Brasil não é menos preocupante conforme se verificará na sequência.

4 Emendas do relator, créditos extraordinários, especiais e suplementares: quando o público paga duas vezes pelo desastre

Tendo em vista o alto custo envolvido em resposta a desastres, medidas provisórias acabam sendo editadas e, como se verificará a seguir, mais de 50% são provenientes de Emendas do Relator²⁷. Ou seja, quando o Deputado relator que revisa o orçamento geral observa a existência de poucas emendas dos deputados representantes de seus Estados ou da bancada da Defesa Civil, pode destinar mais valores para a área.

Em 2020, foi aberto crédito extraordinário de R\$ 892 milhões para ação 22BO, através da Medida Provisória 920/2020, prática repetida já em 2021, com a Medida Provisória 1.030/2021, que abriu crédito extraordinário de R\$ 450 milhões para a mesma rubrica. Estes valores poderiam ser reduzidos se outras alternativas como as emendas parlamentares de bancada, por exemplo, fossem melhor trabalhadas. Mas conforme a Tabela 10, a quantidade desse tipo de emendas parlamentares, destinadas à Defesa Civil, é muito baixa em comparação aos créditos mencionados.

Tabela 10 - Emenda Parlamentar para Defesa Civil (valores em reais)

	2022	2021	2020	2019	2018
Deputado Federal	561.361,97	3.159.944,69	737.255,00	1.647.516,00	1.699.634,00
N.º de Emendas de Deputado Federal	9	12	1	2	7

²⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portalttransparencia.gov.br/programas-e-acoes/acao/22BO-acoes-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

²⁷ Emenda à programação da despesa a fim de corrigir erros e omissões de ordem técnica ou legal; recompor, total ou parcialmente, dotações canceladas, limitada a recomposição ao montante originalmente proposto no projeto e atender às especificações dos pareceres preliminares. EMENDA de relator. In: BRASIL. Congresso Nacional. Glossário de Termos Orçamentários. *Congresso Nacional*, [2022]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/emenda_de_relator#:~:text=Emenda%20%C3%A0%20programa%C3%A7%C3%A3o%20da%20despesa,Emenda%20. Acesso em: 17 maio 2022.

	2022	2021	2020	2019	2018
Relator	801.712,13	Não foi executada	611.051.423,00	-	-
N.º de Emendas de Relator	5	5	6	-	-
Bancada Estadual	22.751.291,62	5.600.106,00	-	30.000.000,00	-
N.º de Emenda de Bancada	2	2	-	3	-
Total Emendas Executadas	24.114.364,72	9.720.050,69	611.788.677,00	31.647.516,00	1.699.634,00
Total de Emendas	16	19	7	5	7

Fonte: elaboração própria, baseada no Portal da Transparência.²⁸

Desses valores, destaca-se que a ação 22BO recebeu R\$547.754.317,00. Ou seja, 40% da maior ação da Defesa Civil é fruto da complementação parlamentar, e 62% da Ação 8348,²⁹ no ano de 2020. Destaca-se, também, que em 2022 houve uma emenda de Senador no valor de R\$800 mil.

Esse cenário amplia a preocupação quando observamos a LOA 2022, oportunidade em que se vislumbra uma queda de valores destinados à área de Proteção e Defesa Civil, chegando a pouco mais de 1/3 do valor do ano de 2020, já considerado insuficiente. O valor estimado é de R\$503 milhões. Esse valor que, em um primeiro momento, causa preocupação por ser menor que o valor de 2021 — destinado na LOA o montante de R\$571.253.138³⁰—, na verdade, será, ainda, menor, considerando a necessidade de correção monetária, que somente entre o período de janeiro a agosto de 2020, elevaria o valor atual a R\$666.913.588,98. Considera-se, ainda, que esse orçamento foi amplamente complementado por Emenda Parlamentar e Medida Provisória.

Destaca-se que, por meio do Ofício SEI n.º 438/2021, de 6 de outubro de 2021, o Ministério da Economia realizou proposta de modificação do Projeto de Lei n.º 16/2021, oportunidade em que retirou R\$660 milhões do Ministério da Ciência e Tecnologia, destinando R\$252 milhões para o Ministério de Desenvolvimento Regional, o que demonstra, ainda que indiretamente, que o próprio governo reconhece o orçamento insuficiente. Salienta-se que, em relação ao valor encaminhado ao Ministério de Desenvolvimento Regional, R\$150 milhões serviram para financiar a ação do Carro Pípa.

5 Crédito Extraordinário, especial e suplementar por meio de Medidas Provisórias e Leis Ordinárias³¹

Segundo as informações disponibilizadas pelo portal do executivo federal³², no ano de 2019, não houve medidas provisórias para liberação de crédito extraordinário para Defesa Civil. Com o objetivo de elucidar

²⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protacao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

²⁹ Apoio a Obras Emergenciais de Mitigação para Redução de Desastres.

³⁰ A Nota Técnica Conjunta n.º 4/2020 da Consultoria de Orçamento do Congresso Nacional já apontou na LOA 2021, o risco de problemas na execução orçamentária, com falta de dinheiro para gastos, subvenções e salários. BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica Conjunta 4/2020*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/estudos-tipos-de-estudos/notas-tecnicas-e-informativos/nota-tecnica-conjunta-4-2020-subsidios-a-apreciacao-do-projeto-de-lei-orcamentaria-ploa-para-2021/view>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³¹ A Medida Provisória é um ato unipessoal do presidente da República, com força de lei, editada sem, no primeiro momento, a participação do Poder Legislativo, que somente será chamado a discuti-la e aprová-la em momento posterior, matéria de disciplina de Direito. ENTENDA a tramitação da medida provisória. *Congresso Nacional*, [2022]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 09 maio 2022.

³² As informações foram retiradas do portal do governo federal que desde 2019 disponibiliza a relação de medidas provisórias,

melhor essa questão, apresentam-se, na tabela 11, as MPs localizadas no portal do governo federal que, desde 2019, disponibiliza para consulta todas as medidas provisórias realizadas pelo Presidente da República.

Tabela 11 - Relação de Medidas Provisórias (MPs) publicadas de 2019 até 2021

ANO	Número da MP	Ementa	Situação
2019	-----	-----	-----
2020	Medida Provisória n.º 920, de 30.1.2020	Crédito extraordinário no valor de R\$892.000.000,00, em favor do Ministério do Desenvolvimento Regional.	Convertida na Lei n.º 14.014/2020
2021	Medida Provisória n.º 1.030 de 22.2.2021	Crédito extraordinário no valor de R\$450.000.000,00, em favor do Ministério do Desenvolvimento Regional.	Convertida na Lei n.º 14.175/2021

Fonte: elaboração própria, baseada nos dados do site do planalto.³³

As leis ilustradas na Tabela 12 apresentam os recursos destinados ao Ministério do Desenvolvimento Regional em ações ligadas à Defesa Civil, por meio de crédito suplementar e/ou especial. Recursos com outras destinações ligados às competências do referido ministério foram desconsiderados.

Tabela 12 - Relação de crédito suplementar e especial para a Defesa Civil

Número da Lei	Ementa	Destinação para Defesa Civil
2019		
Lei n.º 13.919, de 28.11.2019	Crédito especial no valor de R\$ 56.542.840,00, em favor do Ministério do Desenvolvimento Regional	R\$56.542.840,00
Lei n.º 13.952, de 16.12.2019	Crédito especial no valor de R\$ 69.345.645,00, em favor do Ministério de Desenvolvimento Regional e outros	R\$28.577.745,00
Lei n.º 13.955, de 16.12.2019	Crédito suplementar no valor de R\$ 9.625.700.843,00, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo	R\$62.500.000
2020		
Lei n.º 14.077, de 11.11.2020	Crédito suplementar no valor de R\$ 6.118.751.868,00, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo	R\$306.366.937
Lei n.º 14.105, de 24.11.2020	Crédito suplementar no valor de R\$ 6.245.544.242,00, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo	R\$16.000.000
2021		
Lei n.º 14.168, de 10.6.2021	Crédito suplementar no valor de R\$ 584.265.195,00, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo	R\$29.336.515

Fonte: elaboração própria, baseada nos dados do site do planalto.³⁴

bem como leis aplicáveis no Brasil. BRASIL. Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional n.º 32. *Portal da Legislação*, 2022. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>. Acesso em: 04 jun. 2022.; BRASIL. Leis Ordinárias. *Portal da Legislação*, [2022]. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>. Acesso em: 08 jun. 2022.

³³ BRASIL. Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional n.º 32. *Portal da Legislação*, 2022. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>. Acesso em: 04 jun. 2022.

³⁴ BRASIL. Leis Ordinárias. *Portal da Legislação*, [2022]. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>. Acesso em: 08 jun. 2022.

As informações presentes nas tabelas demonstram a dependência do orçamento voltado para Defesa Civil de recursos *extras*, crédito suplementar/especial/extraordinário. A gravidade da situação piora ao observar que há previsão legal de contingenciamento, presente no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), § 1º e § 2º, que é baseada na avaliação da realização da receita. As rubricas apresentadas, por não serem obrigatórias, ficam mais suscetíveis ao cenário do contingenciamento de recursos. Essa questão precisa ser revista, especialmente, num contexto de mudanças climáticas.

6 O orçamento enquanto instrumento de planejamento voltado ao atendimento das expectativas sociais

O orçamento sempre foi considerado um instrumento importante pela legislação brasileira. Todas as Constituições reservaram algum dispositivo para tratar da matéria. Sua imprescindibilidade, contudo, remonta ao surgimento do Estado de Direito em detrimento de um Estado Absolutista.

A Constituição de 1988 atribuiu ao processo orçamentário uma seção especial e à parte: Título VI – Da Tributação e do Orçamento, Capítulo II das Finanças Públicas, Seção II dos Orçamentos. Nesse contexto, o artigo 165, I inova em comparação às constituições anteriores ao trazer uma hierarquia de documentos e estabelecer que: “leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais”. Ainda, em observância ao Princípio da Legalidade, e com destaque para o papel do legislativo nesse processo, o artigo 167, I da Carta estabelece a “vedação do início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”.

Em âmbito infraconstitucional, entre 1988 e 2000, algumas medidas normativas também contribuíram para a reorganização do processo de planejamento e orçamento do Governo Federal. O Decreto n.º 2829/1998 e a Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal – LRF, n.º 101/2000 são os exemplos mais conhecidos.³⁵

A Lei n.º 101/2000 introduziu inovações na administração das finanças públicas, instituindo mecanismos de transparência fiscal e controle social dos gastos públicos aplicáveis a todos os entes federados.

Nessa linha, a perspectiva orçamentária prevista nas legislações abarca uma visão inovadora, típica da Constituição de 1988, que reúne “aspectos de ordem política, jurídica, contábil, econômica, financeira e administrativa,” um legado que decorre da evolução do conceito de orçamento público mutante ao longo da história³⁶. Antes o orçamento era compreendido como a fixação das despesas a serem pagas em dado exercício, as quais eram contrabalançadas com a previsão da receita necessária. Ou seja, em uma perspectiva histórica, a visão e o compromisso de transparência em relação aos motivos, objetivos e o mérito do gasto eram diferentes do atual, presente na Constituição Federal. Atualmente, o orçamento público tem como função ser um instrumento da administração pública para materialização das ações do governo, com o fim de autofuncionamento, mas sem esquecer do alcance dos objetivos sociais.³⁷

Esse ideário de orçamento-programa que estabelece os propósitos, os objetivos e as metas inseridas em uma estrutura de programas a realizar, permite que os planos expressos, em unidades de medida, o sejam também em termos de dinheiro, possibilitando assim levá-los à execução prática.

³⁵ ABREU, Cilair Rodrigues de. *A produção de informação no contexto do orçamento programar: uma análise a partir das informações contidas no cadastro de ações orçamentárias do governo federal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3937/1/2009_CilairRodriguesdeAbreu.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

³⁶ GIACOMONI, James. *Orçamento governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

³⁷ GIACOMONI, James. *Orçamento governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

Por essa razão, mais recentemente ao orçamento público é dado o caráter de principal documento para divulgação das ações do governo juntamente à sociedade. Nessa conceituação embute-se uma das principais obrigações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que é a publicação periódica e sistemática das informações sobre as receitas e as despesas da instituição pública, para que o cidadão possa saber o que está acontecendo e exercer sua cidadania na fiscalização do que o governo faz.³⁸

A partir dessa linha de raciocínio, o orçamento reúne um conjunto de recursos disponíveis a serem aplicados segundo as prioridades estabelecidas e afinadas com a política adotada pelo gestor público. É sinônimo de transparência e “esclarecimento das obrigações dos governantes perante a sociedade”.³⁹

É exatamente neste ponto em que políticas públicas, direito e planejamento fiscal são temas absolutamente conectados. Essa concepção ganha força modernamente, quando de instrumento de autorização e controle, de modo que o orçamento passa também a auxiliar na administração e planejamento, veiculando a programação do governo, suas metas e objetivos.⁴⁰

Entende-se, assim, que um bom orçamento pode prestar serviços e estimular o desenvolvimento de um país, região ou política pública. Se elaborado na direção certa, considerando, por exemplo, as reais necessidades do problema social da política pública a que estiver vinculado, contribui sobremaneira para o bem-estar social. Todavia, se elaborado de forma insuficiente ou não bem planejada, atrapalha e até inibe sua implementação. Essa realidade tem consequências graves. Pode impactar no desenvolvimento de um município, estado ou país; não atende aos anseios da sociedade e desrespeita a garantia de uma série de direitos fundamentais.

O orçamento possui natureza jurídica por duas razões principais: assume a forma de lei e tem o caráter de lei formal. Não se trata de um jogo de palavras. Os eventos que formam o processo orçamentário têm amparo em normativos legais de variada hierarquia. Ainda que essas normas não estabeleçam regras jurídicas, a forma de lei é necessária para garantir a sua observância. Por outro lado, o orçamento é lei formal por resultar de decisão soberana dos poderes constituídos: governo e representação do povo democraticamente eleitos.⁴¹

Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 70, estabelece duas espécies de estruturas de controle no sistema orçamentário brasileiro: controle externo e interno. Assim,

a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.⁴²

Ademais, os princípios orientadores das normas constitucionais são bastantes relevantes nesse contexto. O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (princípio da legalidade). O que se extrai do dispositivo é um comando geral e abstrato, segundo o qual somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades.

³⁸ PIRES, José Santo Dal Bem; MOTTA, Waldir Francelino. A evolução histórica do orçamento público e sua importância para a sociedade. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 25, n. 2, p. 16-25, 2006.

³⁹ PIRES, José Santo Dal Bem; MOTTA, Waldir Francelino. A evolução histórica do orçamento público e sua importância para a sociedade. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 25, n. 2, p. 16-25, 2006. p. 24.

⁴⁰ GIACOMONI, James. *Orçamento governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

⁴¹ GIACOMONI, James. *Orçamento governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2022. art. 71.

O artigo 37, caput, do texto constitucional, por seu turno, estabelece que: “a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Essa obrigatoriedade está intimamente ligada ao Princípio da Indisponibilidade do interesse público, pois o administrador não pode agir como ele quiser dentro da Administração, e deve observar a legislação naquilo que lhe compete fazer. A legalidade está relacionada com a observância dos requisitos normativos para o planejamento e gestor público, devendo observar, em sua atuação, a Constituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal e as orientações da política pública a que disser respeito.

6.1 O dever do planejamento orçamentário como um dos meios de implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil no Brasil: entre a legalidade e a lacuna

No caso da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), a legalidade orientadora das disposições gerais, prevista no artigo 2º da Lei n.º 12.608/12, traz dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotarem medidas necessárias à redução dos riscos de desastre, e incerteza quanto ao risco não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras.

Inequivocamente, a Política Pública traz ao debate uma postura precaucional, que vai além da preventiva. Isso porque, não raras vezes, o risco potencialmente catastrófico, tanto na esfera pública quanto privada, pode estar relacionado a um determinado grau de incerteza científica, ou mesmo ao desconhecimento parcial em relação ao potencial de extensão do dano.

Assim, desde 2012, as disposições gerais da PNPDEC não deixam dúvidas quanto à opção do legislador pela ação antes da ocorrência do desastre. Entre as diretrizes da PNPDEC, há uma orientação de abordagem sistêmica das ações ligadas ao gerenciamento de risco e de desastre, mas com “prioridade às ações preventivas” (artigo 4º, II e III). A mesma perspectiva perpassa todo o arcabouço normativo que regula a proteção e defesa civil no País. Apesar disso, conforme demonstrado anteriormente, a maior parte dos recursos orçamentários segue sendo destinada à resposta.

Além da perspectiva da obrigação de fazer, imposta pela legislação, destaca-se que, por uma questão principiológica que rege a administração pública e sua gestão, o gasto público há de ser legítimo, no sentido de atendimento das necessidades públicas. Se é fato que as necessidades em matéria de redução de risco de desastre não encontram uma receita pronta em um país como o Brasil, com diferentes áreas geográficas, biomas e vulnerabilidades; os recentes desastres e suas principais causas potencializadoras têm apontado para a real necessidade de planejamento e ação em relação à matéria. Não há nada mais legítimo do que o investimento no desestímulo ao desastre, que não apenas gera perdas econômicas, financeiras e ambientais, mas compromete uma série de direitos constitucionalmente garantidos.

Além da legalidade e da legitimidade, a economicidade traz, para esse contexto, a consideração entre o objeto da despesa e menor custo possível. Nesse ponto, uma questão precisa ser destacada. A perspectiva do custo-benefício em matéria de desastre precisa ser ponderada considerando a complexidade da matéria, a qualidade dos estudos técnicos, seu necessário tempo de duração, e uma visão de longo prazo atenta às orientações científicas. É dizer, o investimento em obras e ações de prevenção pode não ser barato e não deve ser considerado gasto, mas investimento no próprio desenvolvimento do País. Se bem planejado e executado, acaba sendo muito mais eficiente do que os investimentos em resposta e recuperação, uma vez que tende a mitigar perdas e danos, e ainda contribui para o salvamento de vidas. Em complemento, ao mesmo tempo em que traz aos entes federados o dever de adotarem as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre, o artigo 2º, caput, da Lei 12.608/12, em seu § 1º, sinaliza com um contraponto, definindo que o dever dos entes federados no que tange à matéria poderá contar com a colaboração de entidades públicas, privadas e da sociedade em geral.

Legalidade, legitimidade e economicidade não são as únicas diretrizes principiológicas a guiarem o planejamento e execução do orçamento de políticas públicas como a de redução de risco e desastre. A transparência em relação ao orçamento e gasto público, a qual deve estar acompanhada de fácil acesso, compreensão e publicidade também é fundamental. Aliás, esse princípio está no Brasil desde 2000, em relação à entrada em vigor da Lei Complementar n.º 101/2000, que preconiza o dever de transparência dos instrumentos de gestão fiscal, como os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal; e as versões simplificadas desses documentos (artigo 48, §1, I, II, III, §2º a 5º, CF), aos quais será dada ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de acesso público.

Há pouco mais de dois anos, o Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão n.º 351/2020, constatou que o processo de alocação de recursos e seleção de projetos para prevenção de desastres não possuía critérios técnicos estabelecidos para o alcance dos objetivos da PNPDEC. As seguintes fragilidades foram identificadas:

- a. a distribuição de recursos e a seleção de projetos para prevenção de desastres naturais não possuem critério técnico;
- b. há destinação de recursos para áreas menos necessitadas, em detrimento de outras mais carentes;
- c. a estruturação e a atuação dos membros do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, principalmente dos órgãos municipais de defesa civil, em relação à atuação preventiva são deficientes;
- d. recursos vão para obras com projetos deficientes porque são liberados sem prévia análise dos projetos e custos envolvidos.
- e. Em cumprimento à sua competência fiscalizatória, em 2022, o Tribunal de Contas da União criou um painel digital com dados de recursos para gestão de riscos e de desastres.⁴³ O espaço traz informações sobre a evolução da execução orçamentária e financeira das ações de defesa civil, e a distribuição dos recursos entre os estados e municípios atingidos por desastres. A perspectiva é a de que, por meio de atualizações semanais das informações, seja possível acompanhar o repasse de recursos pela União para os demais entes da federação para ações de respostas aos desastres, bem como a evolução dos gastos relacionados à prevenção.

Além das situações constatadas pelo TCU e da insuficiência orçamentária, a falta de regulamentação de instrumentos que poderiam ser uma fonte alternativa de recurso para prevenção e mitigação, como o caso do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil (Funcap), contribui, diretamente, para a não implementação da política pública neste quesito. Tão grave quanto a omissão é a demora de regulamentação de instrumentos importantes como é o caso do Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos Correlatos, que somente veio a ser parcialmente regulamentado pelo Decreto n.º 10.692/21. Quase uma década se passou desde o reconhecimento legal de que essa espécie de cadastro é relevante para o processo de prevenção de desastre. Esse dever ficou condicionado à regulamentação do poder executivo, e, durante esse tempo, muitas perdas, danos e vidas precisaram ser contados até que um início de movimentação ocorresse.

A raiz da defesa civil no Brasil advém da ideia de defesa em um contexto de guerra, portanto, essencialmente focada em resposta. Essa linhagem, também, impulsionou o arcabouço normativo do Direito dos Desastres no Brasil⁴⁴. Desde a primeira medida provisória, na sequência revertida na Lei n.º 12.340/2010,

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Painel de Recursos para Gestão de Riscos e de Desastres*. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=8c55a931-25b4-4d71-b645-bef3ab8249fc. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁴⁴ DAMACENA, Fernanda D. L. *Direito dos Desastres e compensação climática no Brasil: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.; CARVALHO, D. W.; DAMACENA, Fernanda D. L. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

a perspectiva de base foi a transferência de recursos da União para o auxílio do ente federado em situação reconhecida como de desastre⁴⁵. Apenas posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 12.983/14, que alterou a emenda da Lei 12.340/2010, a prevenção em área de riscos de desastres passou a ser considerada. A mesma lei elencou os meios de transferência de recursos financeiros da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco, sendo o primeiro deles o depósito em conta específica, a ser mantida pelo ente beneficiário em instituição financeira oficial federal.

Os Decretos n.º 10.593/2020 e n.º 11.219/2022 regulamentam a Lei n.º 12.340/10 definindo procedimentos a serem adotados pela SEDEC para as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos estados, Distrito Federal e municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres. Esses atos do poder executivo eram muito aguardados, pois esclarecem uma série de questões importantes para a execução prática das solicitações de recursos. Mas a questão segue sendo a mesma. Ainda que obrigatórias por lei, as transferências ficam condicionadas à disponibilidade orçamentária e financeira do Ministério a que está vinculada a Defesa Civil. Logo, se o recurso inexistente, pois, dependente de um orçamento que não alcança os fins a que se destina, a definição de procedimento é inócua.

O segundo meio de transferência de recursos financeiros para prevenção, segundo a Lei n.º 12.983/14, é o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil – FUNCAP. Essa transferência seria oriunda do Fundo Nacional para fundos constituídos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ocorre que o Funcap nunca foi regulamentado no Brasil. Assim, embora a lei de 2014 tenha inspirado a criação de fundos estaduais e municipais pelo País, nenhum recebeu recursos do fundo federal. A importância da elaboração e posterior publicação de um plano anual de aplicação dos recursos do Funcap, após sua posterior aprovação por um Comitê Gestor, em um determinado período, e em modo de compatibilidade com a Lei Orçamentária Anual, nunca foi considerada. A existência de um plano plurianual do fundo poderia trazer as informações sobre uma carteira de projetos em execução, o volume de recursos contratado e a estimativa de recursos disponíveis para aplicação; a indicação de áreas, temas e regiões prioritários para aplicação dos recursos; a indicação das modalidades de seleção, as formas de aplicação e o volume de recursos; dentre outros, nos moldes que ocorre no Fundo Clima, nos termos do Decreto n.º 9.578/2018.

As insuficiências e lacunas mencionadas ao longo deste artigo apontam para a falta de uma proposta de implementação da política pública em termos de financiamento das ações que fazem parte de todo ciclo de gestão de riscos e desastres. Sem bases sólidas de recursos, uma implementação bem-sucedida da política pública fica praticamente inviável, e o *compliance* legislativo, em termos de prevenção, fica comprometido. O planejamento, replanejamento, organização e fiel execução orçamentária, em matéria de proteção e defesa civil, não é uma opção, mas uma obrigação de estado, que independe do governo.

Se é verdade que o orçamento não é a única fonte de recursos à disposição das ações de prevenção e mitigação, também o é que as demais formas dependem de regulamentação ou de desenvolvimento, sobretudo no âmbito dos municípios que, em coró na pesquisa realizada por este estudo, apontam a falta de recursos financeiros como a maior necessidade das defesas civis para fins de estruturação.

6.2 O diagnóstico do problema às possíveis alternativas de solução

Considerando a revisão orçamentária realizada e sua execução, é possível perceber quão baixos são os recursos destinados à Proteção e Defesa Civil. Esse diagnóstico aponta para a necessidade de ampliação do

⁴⁵ Vide a redação da primeira ementa da Lei n.º 12.340/2010. BRASIL. *Lei nº 12.340, de 01 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112340.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

número de ações ligadas à gestão de riscos e de desastres no Brasil. Em relação a esse contexto, é importante deixar mais claro e transparente que ações, de fato, precisam de mais recursos e, historicamente, são dependentes de suplementação.⁴⁶

Os orçamentos públicos no Brasil são, de forma geral, elaborados de forma incremental, ou seja, utilizam-se os dados do orçamento do ano anterior e acrescentam projeções e estimativas de receitas e despesas para o novo orçamento.

A Emenda Constitucional n.º 95, de 15 de dezembro de 2016 convalida essa metodologia e instituiu novo regime fiscal, em virtude da necessidade de maiores cuidados com as finanças públicas, em que se optou por estabelecer, popularmente, o denominado de “teto de gastos” de modo que, de forma geral, os gastos públicos federais, por 20 anos, são atualizados pelos índices de preços ao consumidor.

Todavia, muitas das ações que podem auxiliar o melhor aproveitamento do orçamento, e logo diminuir a possibilidade de contingenciamento e redução, são conhecidas do poder público, e não exigem novos investimentos, mas passam por uma reprogramação orçamentária. Esse processo envolveria uma recuperação dos dados de execução orçamentária dos últimos anos. Propõe-se ao menos cinco anos, através do Tesouro Gerencial (sistema de consulta à execução orçamentária, financeira, patrimonial do Governo Federal), por meio do SIAFI, para a realização de diagnóstico do comportamento da utilização de cada um dos elementos de despesa da Defesa Civil. Há diversos manuais que podem auxiliar essa elaboração como o “Tesouro Gerencial Aplicado às Ações De Controle”, do Tribunal de Contas da União – TCU.⁴⁷

Uma revisão das ações orçamentárias possibilitaria maior clareza e transparência das ações, em especial envolvendo políticas públicas e as necessidades nacionais como foi identificado no projeto *Elos*⁴⁸. Já a reprogramação, auxilia a busca por espaço orçamentário que possibilite recursos a serem transferidos aos Municípios para, por exemplo, equipar as Defesas Cíveis e investir em prevenção.

A fim de operacionalizar a tarefa de acompanhamento do Orçamento, a Secretaria de Finanças e Orçamento – SOF publicou a Portaria SOF n.º 103/2012, que implantou o processo de acompanhamento físico-financeiro das ações orçamentárias.

Uma alternativa importante para melhoria do orçamento são as emendas parlamentares, instrumento que o Congresso Nacional possui para participar da elaboração do orçamento anual. Por meio das emendas, os parlamentares procuram aperfeiçoar a proposta encaminhada pelo Poder Executivo, visando a uma melhor alocação dos recursos públicos. Essa é a oportunidade que a política tem de acrescentar novas programações orçamentárias com o objetivo de atender as demandas das comunidades que representam.

De acordo com os dados levantados pelo questionário do projeto *Elos*⁴⁹, os recursos oriundos de emendas parlamentares são muito baixos. Apenas 5% das Defesas Cíveis municipais do Brasil declararam ter acesso a esse recurso. Essa é uma estratégia que pode ser melhorada. À exceção da Região Sudeste, que tem exemplos bem-sucedidos na área, observa-se uma falta de articulação da defesa civil com a política nesse sentido.

⁴⁶ Cenário que exige maiores políticas de caráter de prevenção, mitigação e preparação, focado mais em uma gestão de riscos do que na gestão dos desastres, estruturada em resposta e recuperação, ainda mais coadunando com protocolos internacionais, em vista da emergência climática, como a agenda 2030 da ONU. FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030: emergência climática e o papel das instituições públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 623-634, 2020. p. 626.; Sobre o tema ver ainda: DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A necessária interface entre direito, economia e finanças no processo de adaptação às mudanças climáticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020.

⁴⁷ BRASIL. Secretaria Federal de Controle Interno. *Tesouro Gerencial Aplicado a Ações de Controle*. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44967/1/Tesouro%20Gerencial%20Aplicado%20as%20Acoes%20de%20Controle.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁴⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-acoas/acao/22BO-acoas-de-protacao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

⁴⁹ MARCHEZINI, Victor (coord.). *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasil. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021. p. 21 e seg.

A aplicação dos recursos provenientes de emendas parlamentares, assim como em toda política pública, deverá obedecer aos princípios formais da administração pública e nortear-se pela finalidade precípua da Administração, que é o atendimento do interesse público. Inere-se da nova sistemática, trazida pela Lei n.º 13.019/14, a pretensão de se estabelecer, por meio de diagnóstico da sociedade, quais áreas de atendimento devem ser priorizadas, bem como um sistema equânime para habilitação das entidades parceiras, com regras objetivas de seleção, vinculado a um diagnóstico objetivo da realidade territorial, e não mais por meio de escolha de cunho pessoal.

O estado de São Paulo representa um exemplo interessante de evolução nesse contexto. Apenas no ano de 2020, destinou R\$4.860.000,00 em emendas parlamentares para 34 municípios. Já em 2021 esse valor foi ampliado para R\$6.958.000,00, destinado a 52 municípios. Esse número expressivo de emendas ocorreu devido ao Programa de Reparelhamento das Coordenadorias Municipais de Proteção e Defesa Civil, criado pela Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa Civil (CEPDEC). O Programa propôs ao parlamentar o envio de emendas aos Municípios escolhendo um dos três “kits” de equipamentos, sendo os valores de R\$100 mil, R\$200 mil e R\$300 mil.⁵⁰

Ponto de interesse dessa ação é que cada parlamentar recebia um Ofício da Defesa Civil do Estado de São Paulo, que, além de demonstrar, de forma ilustrada o Kit, continha uma orientação, recomendando como o parlamentar deveria escrever o Objeto, o valor do Kit, a prefeitura beneficiada e órgão beneficiado “Casa Militar/Defesa Civil”. Essas informações são importantes e evitam problemas de não pagamento da emenda a posteriori, por algum erro de redação. Após receber o material, as cidades que tiveram sua Defesa Civil contemplada passam por treinamento para uso do equipamento. Essa ação foi antecedida pela promulgação do Decreto n.º 64.849/2020 que autoriza a Casa Militar, do Gabinete do Governador, por intermédio da Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa Civil – CEPDEC, a representar o Estado na celebração de convênios com Municípios paulistas, visando ao aparelhamento dos órgãos municipais de proteção e defesa civil, e dá providências correlatas, garantindo, assim, agilidade nas ações.

Além disso, no Estado de São Paulo, as emendas parlamentares individuais são de execução obrigatória desde a aprovação, pela Assembleia Legislativa, do chamado orçamento impositivo (parte do Orçamento-Geral da União, definida Congresso Nacional que não pode ser alterada pelo Poder Executivo). Após votação de uma emenda à Constituição estadual, em 2017, 0,3% da receita corrente líquida prevista no Projeto de Lei Orçamentária Anual passou a ser reservada a esse tipo de emenda.⁵¹

A correta execução das emendas orçamentárias depende da ação de três atores: prefeituras ou organizações da sociedade civil de interesse público, como ONGs, por exemplo, secretarias ou órgãos estaduais, e os deputados estaduais. As prefeituras e as organizações são responsáveis pelo fornecimento da documentação obrigatória para o recebimento dos recursos ou materiais previstos nas emendas. Entre suas atribuições, está prestar contas juntamente aos órgãos de controle. As secretarias de Estado devem cuidar da instrução processual necessária para realizar o repasse ou a utilização dos recursos. Já os deputados são os responsáveis por discutir e votar a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, sendo, durante a tramitação desta última, o momento certo para a apresentação das emendas parlamentares individuais.

Dentre as vantagens do desenvolvimento do papel das emendas parlamentares no contexto do orçamento, destacam-se: não há necessidade de alteração legislativa; os recursos podem ser utilizados para equipar as defesas civis ou para obra de prevenção/mitigação; trata-se de oportunidade que amplia a visibilidade da temática da Defesa Civil no parlamento.

⁵⁰ SÃO PAULO (Estado). Emendas Parlamentares. *Casa Civil do Estado de São Paulo*, [2021]. Disponível em: <http://www.casacivil.sp.gov.br/emendas/>. Acesso em: 06 maio 2022.

⁵¹ TONN, Richard Braga O. *Emendas Parlamentares Individuais Impositivas no Estado de São Paulo: guia prático para gestores*. São Paulo: [s. n.], [2021]. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/noticia/N-05-2021/doc267265.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

Dentre as desvantagens, os recursos oriundos de emendas somente podem ir para capital; não são recursos que possuem temporalidade; após a conquista da emenda, não é garantida sua utilização, sendo necessária atuação política para seu pagamento; os municípios devem estar aptos a receber (por exemplo, não podem receber municípios com problemas fiscais e no CADIN); é necessária a construção de plano de aplicação dos recursos.

7 Considerações finais

O conhecimento científico sobre política fiscal, orçamento direito e implementação da política pública voltada a ações de redução de risco de desastres é raro na literatura científica. Analisaram-se neste artigo fez essa análise ressaltando as limitações e insuficiências do orçamento da União para a implementação da política pública em relação ao quesito prevenção e mitigação, impulsionado pela necessidade apontada por órgãos municipais de proteção e defesa civil. Após discorrer sobre o diagnóstico da situação do orçamento federal nos últimos cinco anos, e do desenvolvimento de um raciocínio legal que apontou a importância das obrigações envolvidas nesse contexto, bem como sérias lacunas legislativas tanto em termos orçamentários quanto de outros instrumentos que ao orçamento poderiam ser complementares, algumas proposições foram apresentadas com o objetivo de reduzir as vulnerabilidades institucionais e orçamentárias detectadas. Por fim, a partir de exemplos práticos de implementação de políticas públicas, como é o caso do programa de aparelhamento das defesas civis municipais no Estado de São Paulo, buscou-se dar luz às boas práticas, que também devem ser desenvolvidas com o objetivo de obter recursos.

O artigo discutiu, ainda, o papel dos parlamentares em relação a esse tema, atendendo a uma das recomendações do Marco de Sendai para Redução de Risco de Desastres, da Organização das Nações Unidas, sobre a necessidade de envolvimento destes atores na agenda. Entretanto, novos estudos, ainda, precisam ser realizados a fim de entender, por exemplo, como as emendas parlamentares têm sido utilizadas em outras regiões do país, as limitações enfrentadas, os desafios fiscais enfrentados pelos órgãos estaduais de proteção e defesa civil, dentre outros aspectos.

Referências

- ABREU, Cilair Rodrigues de. *A produção de informação no contexto do orçamento programa: uma análise a partir das informações contidas no cadastro de ações orçamentárias do governo federal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Administração, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3937/1/2009_CilairRodriguesdeAbreu.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório de danos materiais e prejuízos decorrentes de desastres naturais no Brasil: (1995-2019)*. 2. ed. Florianópolis: FAPEU, 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 08 maio 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ações de Proteção e Defesa Civil. *Portal da Transparência*, 2022. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-e-aco-es/acao/22BO-aco-es-de-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Dados abertos. *Portal da Transparência*, [2022]. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/download-de-dados>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.692, de 03 de maio de 2021*. Institui o Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos Correlatos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10692.htm. Acesso em: 12 abril 2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.578, de 22 de novembro de 2018*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei n.º 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9578.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.340, de 01 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12340.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.983, de 02 de junho de 2014*. Altera a Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, para dispor sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco e de resposta e recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12983.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 4.320, 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Leis Ordinárias. *Portal da Legislação*, [2022]. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional nº 32. *Portal da Legislação*, 2022. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. *Ofício SEI nº 438/2021/ME*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 06 out. 2021. Assunto: Proposta de modificação do Projeto de Lei do Congresso Nacional - PLN nº 16/2021 - CN. - Processo SEI n. 10080.101128/2021-33. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9025750&ts=1633634630684&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Orçamento Anual 2022. *Gov.br*, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/orcamentos-anuais/2022/loa/volume_4_vetos.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Plano Plurianual 2020/2023. *Gov.br*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa>. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Diagnóstico de Capacidades e Necessidade Municipais em Proteção e Defesa Civil. *Gov.br*, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/protecao-e-defesa-civil/diagnostico-de-capacidades-e-necessidade-municipais-em-protecao-e-defesa-civil>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Portaria nº 3.033, de 04 de dezembro de 2020*. Define procedimentos a serem adotados pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil para as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos estados, Distrito Federal e municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de recuperação em áreas atingidas por desastres. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-3.033-de-4-de-dezembro-de-2020-292419840>. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. *Portaria SOF nº 103, de 22 de outubro de 2012*. Estabelece o acompanhamento da execução orçamentária das ações constantes na programação das Leis Orçamentárias Anuais – LOAs. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2012-1/portaria-sof/PortariaSOF103de191012.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Secretaria Federal de Controle Interno. *Tesouro Gerencial Aplicado a Ações de Controle*. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44967/1/Tesouro%20Gerencial%20Aplicado%20as%20Acoes%20de%20Controle.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica Conjunta 4/2020*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/notas-tecnicas-e-informativos/nota-tecnica-conjunta-4-2020-subsidios-a-apreciacao-do-projeto-de-lei-orcamentaria-ploa-para-2021/view>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 351/2020*. Relator: Min. João Augusto Ribeiro Nardes. Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/351%252F2020/%2520 /DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=b2a32120-5a45-11ea-ae9c-cdf785744fc8>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Painel de Recursos para Gestão de Riscos e de Desastres*. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/Paineis/_Pub/?workspaceId=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=8c55a931-25b4-4d71-b645-bef3ab8249fc. Acesso em: 19 jun. 2022.

CARVALHO, D. W.; DAMACENA, Fernanda D. L. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DAMACENA, Fernanda D. L. *Direito dos Desastre e compensação climática no Brasil: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A necessária interface entre direito, economia e finanças no processo de adaptação às mudanças climáticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020.

EMENDA de relator. In: BRASIL. Congresso Nacional. Glossário de Termos Orçamentários. *Congresso Nacional*, [2022]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/emenda_de_relator#:~:text=Emenda%20%C3%A0%20programa%C3%A7%C3%A3o%20da%20despesa,Emenda%20. Acesso em: 17 maio 2022.

ENAP. *Legislação Aplicada à Logística de Suprimentos Lei nº 8.666/93, pregão e registro de preços – Módulo 06: Regime de Execução Indireta*. Brasília: ENAP, 2014.

ENTENDA a tramitação da medida provisória. *Congresso Nacional*, [2022]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 09 maio 2022.

FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030: emergência climática e o papel das instituições públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 623-634, 2020.

FARIA, C. A. P. F. Implementação: ainda o elo perdido da análise de políticas públicas no Brasil? In: FARIA, C. A. P. F. (org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2012. p. 123-152.

FERENTZ, Larissa Maria da Silva; GARCIAS, Carlos Mello. A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 244-267, 2020.

GIACOMONI, James. *Orçamento governamental: teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

MARCHEZINI, Victor (coord.). *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasil. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

PIRES, José Santo Dal Bem; MOTTA, Walmir Francelino. A evolução histórica do orçamento público e sua importância para a sociedade. *Enfoque: Reflexão Contábil*, v. 25, n. 2, p. 16-25, 2006.

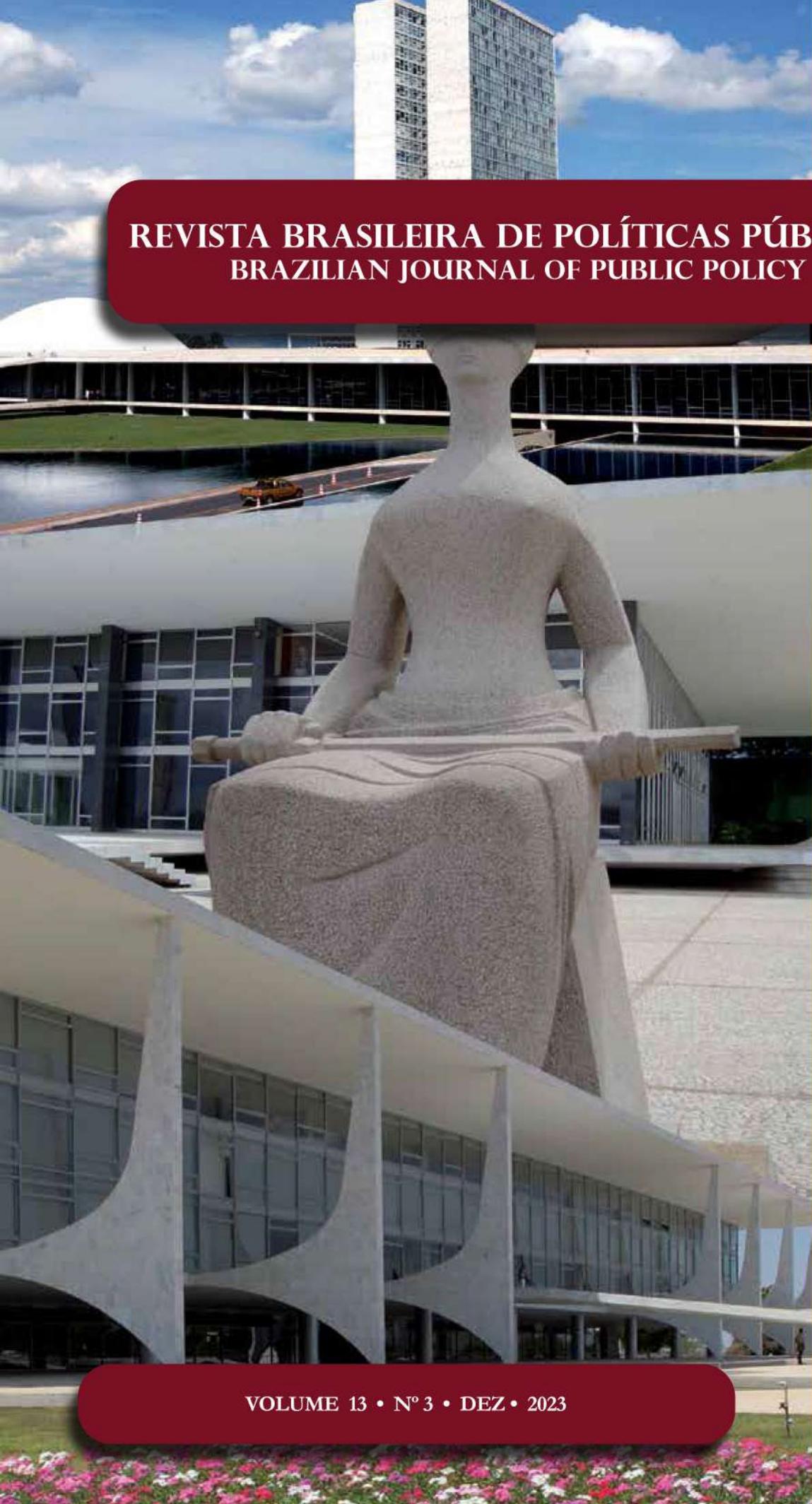
SANTOS, Flavio Rosendo dos *et al.* O orçamento-programa e a execução das políticas públicas. *Revista do Serviço Público*, v. 68, n. 1, p. 191-212, 2017.

SÃO PAULO (Estado). *Decreto nº 69.849, de 23 de abril de 2020*. Dá nova redação ao artigo 4º do Decreto n.º 64.881, de 22 de março de 2020, que decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia da COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64949-23.04.2020.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Emendas Parlamentares. *Casa Civil do Estado de São Paulo*, [2021]. Disponível em: <http://www.casacivil.sp.gov.br/emendas/>. Acesso em: 06 maio 2022.

TONN, Richard Braga O. *Emendas Parlamentares Individuais Impositivas no Estado de São Paulo: guia prático para gestores*. São Paulo: [s. n.], [2021]. Disponível em: <https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/noticia/N-05-2021/doc267265.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. Execução orçamentária e financeira. *UFU*, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://ufu.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/execucao-orcamentaria-e-financiera>. Acesso em: 12 mar. 2022.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O papel das complementaridades locais na recepção de políticas regulatórias globais: evidências da regulação bancária brasileira e mexicana

The role of local complementarities for the reception of global regulatory policies: evidence from banking regulation in Brazil and Mexico

Mario G. Schapiro

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

O papel das complementaridades locais na recepção de políticas regulatórias globais: evidências da regulação bancária brasileira e mexicana*

The role of local complementarities for the reception of global regulatory policies: evidence from banking regulation in Brazil and Mexico

Mario G. Schapiro**

Resumo

Este artigo visa a analisar as condições de recepção local de políticas regulatórias globais, com foco no papel desempenhado pelos recursos estatais na recepção de regras prudenciais bancárias internacionais. Essas regras são complexas e de difícil implementação, mas simplesmente rejeitá-las acarreta custos econômicos e riscos, como a ocorrência de crises bancárias. Para analisar como os recursos estatais podem mitigar as complexidades de implementação associadas às regras da Basileia, este artigo realiza um estudo de caso no Brasil e busca evidências comparáveis no México. Ambos os países têm procurado combinar a adesão às regras prudenciais com medidas estatais compensatórias, particularmente políticas lenientes de concorrência no setor bancário e a oferta de crédito direcionado a setores potencialmente resistentes a regras prudenciais onerosas. O artigo conclui sugerindo que não há antinomia necessária entre as regras do mercado global e os recursos estatais domésticos. Portanto, o Estado tem um papel relevante na criação de condições locais para o acolhimento adequado das regras globais. A revelação dessa complementaridade institucional entre recursos estatais e regras globais é a principal contribuição deste artigo, que, embora focado no setor bancário, oferece elementos de análise para outras políticas igualmente sujeitas a regras globais implementadas localmente.

Palavras-chave: difusão global; recepção local; complementaridades institucionais; regras de Basileia; Brasil; México.

Abstract

This article aims to analyze the conditions for the local reception of global regulatory policies, focusing on the role played by state resources in the reception of international prudential rules. These rules are complex, but rejecting them involves market costs as well as risks, such as the occurrence of banking crises. To analyze how state resources can mitigate the costs associated with the Basel rules and ensures local implementation, this article

* Recebido em: 28/06/2022
Aprovado em: 29/12/2022

** Professor associado na FGV Direito SP. Doutor e mestre em direito econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: mario.schapiro@fgv.br

conducts a case study on Brazil and seeks comparable evidence from Mexico. Both countries have sought to combine adherence to prudential rules with compensatory state measures, particularly competitive leniency policies in the banking sector and the provision of earmarking credit to sectors potentially resistant to costly prudential rules. The article concludes by suggesting that there is no necessary antinomy between global market rules and domestic state resources. Therefore, the State plays a relevant role in creating local conditions for the adequate reception of global rules. The revelation of this institutional complementarity between state resources and global rules is the main contribution of this article, which, although focused on the banking sector, offers elements of analysis for other policies equally subject to global rules and local implementation.

Keywords: global diffusion; local reception; institutional complementarities; Basel rules; Brazil; Mexico.

1 Introdução

Um dos desdobramentos da globalização é a difusão internacional de políticas e regras, um fenômeno bem documentado pela literatura em campos tão diversos quanto falências,¹ propriedade intelectual², governança corporativa³, comércio internacional⁴, contratações públicas,⁵ e políticas de combate à corrupção.⁶ Trabalhos como os de Simmons, Garret e Dobin⁷ explicam os diferentes mecanismos pelos quais o fenômeno ocorre, chamando a atenção para fatores como a coerção internacional exercida pelos mercados e grandes potências, a competição, o aprendizado institucional entre os países, e a socialização de agentes públicos em comunidades internacionais. Antes deles, um trabalho já clássico e muito citado de DiMaggio e Powell⁸ mostrou como a coerção, a imitação, e a socialização são as forças motrizes que promovem a convergência nas organizações. A difusão das políticas e regras e os incentivos para uma convergência institucional, todavia, não têm implicado em uma eliminação das diversidades locais. Ainda que os países adotem regras globais, implementam-nas de formas distintas, por vezes cumprindo-as de forma excessiva, como é o caso do Brasil com o tratado de propriedade intelectual (TRIPS),⁹ outras tantas recusando seu efetivo cumprimento, como a Indonésia com os parâmetros falimentares.¹⁰ Este artigo dialoga com esta literatura de difusão e de recepção das regras globais e procura analisar em que medida complementaridades institucionais locais podem contribuir para uma efetiva implementação das regras globais.

¹ HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt: global lawmaking and systemic financial crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

² MORIN, Jean-Frédéric; GOLD, Edward Richard. An integrated model of legal transplantation: the diffusion of intellectual property law in developing countries. *International Studies Quarterly*, v. 58, n. 4, p. 781-792, dez. 2014.

³ BERKOVITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD Jean-Francois. The transplant effect. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 1, p. 163-204, jan. 2003.

⁴ BADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, 2019.

⁵ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth M. P. A influência do Direito Administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

⁶ JORDÃO, Eduardo Ferreira; PENNER, Luiz Carlos. Estratégias regulatórias de combate à corrupção. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021. Para uma análise percuciente sobre a construção local dos acordos de leniência, globalmente difundidos, ver PIMENTA, Raquel de Mattos. *A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção*. São Paulo: Blucher, 2020. Sobre o papel da cooperação internacional na constituição de acordos subsequentes, ver PIMENTA, Raquel de Mattos. *International cooperation and negotiated settlements for transnational bribery: a study of the Odebrecht case*. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 2, 2021.

⁷ DOBBIN, Frank; GARRET, Geoffrey; SIMMONS, Beth. The global diffusion of public policies: social construction, coercion, competition, or learning?. *Annual Review of Sociology*, v. 33, n. 1, p. 449-472, ago. 2007.

⁸ DIMAGGIO, Paul J; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983.

⁹ SHADLE'N, Kenneth C. *Coalitions and compliance: the political economy of pharmaceutical patents in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

¹⁰ HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt: global lawmaking and systemic financial crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

O setor selecionado para analisar o papel das complementaridades institucionais locais na recepção de políticas regulatórias globais é o segmento da regulação bancária, que desde o final dos anos 1980 tem sido objeto de regras globais – as regras prudenciais de Basileia. Atualmente, mais de cem países adotam estas regras prudenciais, incluindo economias de renda baixa e média, como Paquistão, Ruanda, e Quênia.¹¹ No entanto, é interessante observar que a expressiva difusão das regras de capital ou regras de Basileia tem sido acompanhada de uma variância importante na forma local de sua implementação, em especial nos países em desenvolvimento. Neste universo, um número significativo de países tem optado por implementar tais regras de forma seletiva, escolhendo determinados componentes e rejeitando outros¹², ou ainda recorrido a uma conformidade simulada, isto é, sinalizam a implementação das regras para apaziguar investidores ao mesmo tempo em que distorcem a sua aplicação efetiva.¹³ Por outro lado, há também países em desenvolvimento que têm promovido uma convergência substantiva com as regras prudenciais globais, implementando-as de fato em sua governança bancária, como é o caso da Bolívia,¹⁴ do Brasil,¹⁵ e da China¹⁶.

Subjacente a esta diversidade de estratégias locais de implementação regulatória, residem assimetrias entre a natureza das regras globais de capital e o ambiente doméstico dos países. As regras de Basileia são baseadas em uma racionalidade de mercado e procuram atribuir aos bancos o ônus de constituir reservas de capital para se precaverem de perdas inesperadas. Estas regras, por sua vez, foram desenhadas para disciplinar bancos globais, ou seja, bancos que apresentam uma escala global de operações e que estão sujeitos a uma competição financeira internacional. Ambos os fatores (escala e competição) permitem que a constituição das reservas exigidas pelas regras prudenciais não represente um ônus significativo para os bancos, bem como limitam o poder dos bancos em repassar tais custos para seus clientes, os tomadores de empréstimos. Por estas razões, a universalização das regras de Basileia para os países em desenvolvimento não é uma tarefa trivial, embora venha acontecendo. Em primeiro lugar, em boa parte dos países em desenvolvimento, a governança financeira não observa os padrões de mercado implícitos nas regras de Basileia, uma vez que prevalecem relações de proximidade entre bancos e políticos ou entre bancos e governos. Além disso, em tais países o mercado bancário costuma contar com agentes financeiros locais e não globais, que atuam em regime de elevada concentração econômica. Nestas condições, a aplicação das regras de Basileia pode implicar ônus regulatório para os bancos e, conseqüentemente, um custo mais elevado para o crédito, que já costuma ter uma oferta restrita nestes países.¹⁷

Por fim, vale mencionar que os novos acordos de Basileia, como segundo acordo celebrado em 2004 e o terceiro acordo de 2010, são mais complexos do que o primeiro acordo de 1988. Enquanto o primeiro acordo apenas exigia que os bancos atingissem uma razão de 8% entre o seu capital (ações, lucros, dívidas subordinadas) e seus ativos ponderados pelo risco (empréstimos, investimentos, etc), o segundo acordo estabeleceu a exigência de um monitoramento específico para riscos de crédito, de mercado, e operacional. O terceiro acordo, por sua vez, além destas exigências determina um valor mais alto de capitalização, a cria-

¹¹ JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

¹² JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra. The limits of globalizing Basel banking standards. *Journal of Financial Regulation*, v. 3, n. 1, p. 89–124, 2017.

¹³ WALTER, Andrew. *Governing finance: East Asia's adoption of international standards*. Nova York: Cornell University Press, 2008.

¹⁴ KNAACK, Peter. An unlikely champion of global finance: why is China exceeding international banking standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017.

¹⁵ SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021.

¹⁶ NÖLKE, Andreas. International financial regulation and domestic coalitions in state-permeated capitalism: China and global banking rules. *International Politics*, v. 52, n. 6, p. 743-759, 2015. KNAACK, Peter. An unlikely champion of global finance: why is China exceeding international banking standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017. WALTER, Andrew. Chinese attitudes towards Global Financial Regulatory Cooperation: revisionist or status quo?. In: HELLEINER, Eric; PAGLIARI, Stefano; ZIMMERMAN, Hubert. *Global finance in crisis: the politics of international regulatory change*. New York: Routledge, 2010.

¹⁷ JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

ção de reservas especiais de capital para situações de risco potencial, limites mínimos de liquidez de curto e de longo prazo, e ainda um teto de alavancagem para os bancos. Este teto de alavancagem significa que, independentemente da razão entre o capital e os ativos ponderados pelo risco, os bancos devem também observar um limite máximo de empréstimos e investimentos – uma razão de 3% entre o total de seus ativos e seu capital.

A decisão sobre cumprir ou não cumprir Basileia não é simples. De um lado, atender as exigências de um conjunto de regras desenhado para grandes bancos globais demanda recursos institucionais e humanos nem sempre disponíveis em países em desenvolvimento. Além disso, a adoção das regras pode amplificar as falhas dos mercados financeiros locais, como é o caso da escassez de crédito. De outro lado, não atender tais regras pode excluir os países do arranjo financeiro internacional e pode também aumentar as condições de vulnerabilidade a que estas economias estão expostas. Uma vez que as economias são abertas e não há significativos controles à entrada e à saída de capitais, um sistema bancário alheio a regras globais pode se tornar vulnerável a oscilações dos mercados internacionais. E crises bancárias tendem a ter efeitos muito deletérios sobre as economias nacionais.

Diante disso, este artigo procura analisar condições que podem tornar mais favoráveis a recepção das regras globais de regulação bancária. O principal argumento desenvolvido é o de que a implementação substantiva das regras de Basileia depende da criação de complementaridades institucionais locais capazes de mitigar os custos envolvidos em seu cumprimento pelos bancos. Para os propósitos deste artigo, complementaridades institucionais são arranjos adjacentes às regras de Basileia que, embora realizem outras finalidades de política pública, têm como efeito facilitar as condições locais de seu cumprimento, evitando assim a sua implementação seletiva ou meramente simulada. O arranjo complementar analisado é a atuação do Estado por meio da capacidade regulatória dos governos, da atuação dos bancos públicos, e do crédito direcionado. A capacidade regulatória representa o poder normativo das autoridades em recepcionar e implementar as regras sem constrangimentos políticos ou econômicos. Os bancos públicos e o crédito direcionado, por sua vez, são recursos estatais que oferecem uma compensação aos custos de implementação das regras prudenciais, garantindo crédito a setores que, em situações distintas, poderiam resistir a aplicação das custosas regras prudenciais globais. Tais resistências e restrições de grupos de interesse não são incomuns, como revelam os casos do Japão¹⁸ e recentemente da Índia, países em que a implementação das regras de Basileia experimentou restrições e questionamentos.¹⁹

Valendo-se de um desenho de pesquisa qualitativa, este trabalho realiza um estudo de caso em profundidade (*in-depth case study*) sobre a experiência regulatória brasileira, e estabelece ainda comparações com o caso mexicano. O Brasil tem convergido para as regras prudenciais globais desde os anos 1990, ao mesmo tempo em que a governança financeira preservou os bancos públicos e o crédito direcionado. Os bancos públicos brasileiros, orientados por políticas públicas, financiam setores relevantes da economia e desta maneira favorecem a recepção de Basileia, dissuadindo, por exemplo, a eventual resistência de setores política e economicamente relevantes a regras prudenciais duras. Além disso, o regulador brasileiro conta com ampla discricionariedade regulatória, um ativo institucional herdado da governança desenvolvimentista que lhe faculta adotar regras globais sem custosas negociações congressuais. Por fim, o artigo analisa o caso do México, que, diferentemente do Brasil, descontinuou seu sistema de bancos públicos nos anos 1990, mas, como o Brasil, passou a fortalecer novamente seus bancos públicos recentemente – curiosamente, ao mesmo tempo em que adotou as regras de Basileia III.

¹⁸ CHEY, Hyoung-kyu. International financial standards and emerging economies since the global financial crisis. In: HENNING, R.; WALTER, A. (ed.). *Global financial governance confronts the rising powers*. Waterloo: Center for International Governance Innovation, 2016.

¹⁹ MEHRA, Puja. Reserve Bank of India stands its ground. *Asia Times*, nov. 2018. Disponível em: <https://asiatimes.com/2018/11/reserve-bank-of-india-stands-its-ground>. Acesso em: 24 jun. 2022.; WALTER, Andrew. *Emerging countries in global financial standard setting: explaining relative resilience and its implications*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2019.

Embora este artigo faça um mergulho mais vertical no sistema bancário, o marco analítico e o debate teórico proposto tem a pretensão de alcançar outros segmentos. Compreender como regras globais podem ser implementadas localmente importa para diversos segmentos de políticas públicas, tais como, as regras climáticas, a defesa da concorrência, e as agendas de inclusão financeira, entre tantos outros. O artigo não ignora as assimetrias de poder estabelecidas entre o norte e o sul global, tampouco considera pouco importante que as regras globais sejam estabelecidas por clubes de países, com pouca ou nenhuma participação dos países em desenvolvimento. Mas até por isso procura compreender como as condições locais podem permitir a recepção de regras globais de forma favorável aos interesses dos países do sul global; afinal, nem sempre o não cumprimento das regras é uma alternativa disponível ou satisfatória.

Para isso, o artigo está dividido em outras quatro seções. A próxima apresenta a literatura sobre difusão regulatória e complementariedades institucionais, focalizando o caso das regras de Basileia. A terceira seção apresenta o desenho da pesquisa e a quarta discute os casos do Brasil e do México. A quinta seção conclui.

2 Difusão regulatória em países em desenvolvimento

No decorrer das últimas décadas, assistiu-se à difusão de uma nova forma de governança econômica, a governança regulatória. Caracterizada, entre outros, por uma redivisão de funções entre o Estado e o mercado (privatização), por uma prevalência das regras sobre a discricionariedade na disciplina econômica, e por uma certa primazia da legitimidade técnica sobre a legitimidade político-eleitoral na ação pública²⁰, a governança regulatória deu azo ao, assim chamado, capitalismo regulatório. Alguns indicadores atestam a rapidez das transformações ocorridas, tais como a contínua expansão das agências reguladoras independentes, até mesmo em países improváveis como Cuba, e também dos bancos centrais independentes.²¹ Dados de Garriga indicam, por exemplo, que em 182 países analisados que realizaram reformas financeiras, 72% destas reformas tiveram como objeto a atribuição de independência para os bancos centrais.

O capitalismo regulatório está também associado à difusão de regras e parâmetros globais de regulação, acordados em comitês internacionais e órgãos multilaterais (Quadro 1).²² Tais parâmetros, também conhecidos como *standards* e códigos globais, visam a estabelecer balizas para os reguladores domésticos e cobrem os mais variados campos, de seguros a valores mobiliários, de transparência fiscal a lavagem de dinheiro, passando por falências e combate à corrupção. A forma como os países adotam tais parâmetros é monitorada pelo FMI e pelo Banco Mundial, por meio dos ROSCs - Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSCs) e mais recentemente também pelo Financial Stability Board.²³

Quadro 1 - Principais Comitês Globais e Standards Regulatórios

Ano	Comitês e Standards	Ano	Comitês e Standards
1975	I Concordata da Basileia	2001	Criação do IASB - International Accounting Standard Board
1983	Criação da Iosco - International Organization of Securities Commissions	2001	Criação do Comitê Internacional sobre Sistema de Pagamentos

²⁰ LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The annals of the American academy of political and social science*, v. 598, n. 1, p. 12-32, 2005.

²¹ LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American regulatory state? the diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. *Intl Journal of Public Administration*, v. 29, n. 4-6, p. 335-366, 2006.

²² DREZNER, Daniel W. *All politics is global: explaining international regulatory regimes*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

²³ FINANCIAL STABILITY BOARD. *Monitoring implementation of reforms*. 2022. Disponível em: <https://www.fsb.org/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

Ano	Comitês e Standards	Ano	Comitês e Standards
1984	II Concordata da Basileia	2001	Edição dos Princípios Internacionais sobre Sistema de Pagamentos
1988	Primeiro Acordo da Basileia	2001	Edição dos Princípios Reguladores Internacionais de Contabilidade
1994	Criação da IAIS - International Association of Insurance Supervisors	2003	Edição dos Princípios Reguladores Internacionais de Seguro
1997	Edição dos Princípios da Basileia para uma Efetiva Supervisão Bancária	2004	Segundo Acordo de Basileia
1998	Edição dos Princípios Regulatórios da IOSCO	2009	Transformação do Financial Stability Forum em Financial Stability Board, com a participação do G-20
1999	Criação do Financial System Assessment Program do FMI e Banco Mundial	2010	Terceiro Acordo da Basileia
1999	Criação do Financial Stability Forum	2017	Criação da rede internacional de bancos centrais verdes. ²⁴

Fonte: Mosley²⁵; BIS; NGFS.

Sucedee, no entanto, que a difusão da governança regulatória, bem como de seus códigos e *standards* não segue o mesmo curso em todas as jurisdições. Como as seções a seguir descrevem, fatores locais importam na implementação de tais regras e afetam as condições de sua recepção. Mas também é verdade que complementaridades locais podem favorecer a adoção das regras regulatórias globais.

2.1 Difusão regulatória global, falhas de implementação local e as regras de Basileia

Não obstante os esforços de convergência e de difusão global dos parâmetros regulatórios, diferentes abordagens da literatura especializada, de explicações baseadas na escolha racional,²⁶ passando por teorias institucionalistas²⁷, e contribuições sócio-jurídicas,²⁸ têm apontado para a existência de limites em sua implementação local, notadamente em países em desenvolvimento. Os *standards* parecem assim prosperar mais nos livros (*law in books*) do que em ação (*law in action*), ou seja, os países adotam os parâmetros, mas não os implementam ou os implementam imperfeitamente. Em curta síntese, a literatura explica este descompasso salientando que os *standards* globais incorporam essencialmente o modelo regulatório do norte global, em especial o caráter liberal da regulação dos EUA,²⁹ o que os torna impróprios ou imperfeitos para a regulação de países em desenvolvimento, que geralmente contam com arranjos baseados no ativismo estatal e em grupos empresariais familiares.³⁰ Além disso, as regras globais envolvem níveis de complexidade e custos

²⁴ NGFS. *Governance*. 2019. Disponível em: <https://www.ngfs.net/en/page-sommaire/governance>. Acesso em: 23 jun. 2022.

²⁵ MOSLEY, Layna. Regulating globally, implementing locally: the financial codes and standards effort. *Review of International Political Economy*, v. 17, n. 4, p. 724-761, 2010.

²⁶ CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014.; WALTER, Andrew. *Governing finance: East Asia's adoption of international standards*. Nova York: Cornell University Press, 2008.

²⁷ MOSLEY, Layna. Regulating globally, implementing locally: the financial codes and standards effort. *Review of International Political Economy*, v. 17, n. 4, p. 724-761, 2010. PHILLIPS, Nicola. States and Modes of Regulation in the Global Political Economy. In: MINOGUE, Maritín; CARÍÑO, Ledivina (ed.). *Regulatory governance in developing countries*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 17-39.

²⁸ DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen (ed.). *The rise of the regulatory state of the south: infrastructure and development in emerging economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013. HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt: global law-making and systemic financial crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

²⁹ NEWMAN, Abraham L.; POSNER, Elliot. *Voluntary disruptions: international soft law, finance, and power*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

³⁰ HABER, Stephen (ed.). *Crony capitalism and economic growth in Latin America: theory and evidence*. Stanford: Hoover Institution Press, 2002. NÖLKE, Andreas. International financial regulation and domestic coalitions in state-permeated capitalism: China and

elevados de ajuste local, o que as tornam dispendiosas para países em desenvolvimento e mesmo para as economias emergentes.

Nessa mesma linha, em uma apreciação mais geral sobre a difusão do Estado regulador e sua recepção pelos países do sul global, um trabalho comparado de Dubash e Morgan³¹ aponta importantes limitações no que eles chamam criticamente de um transplante institucional. Os autores argumentam que, diferentemente dos países ricos, economias em desenvolvimento, contam com sociedades mais desiguais e com uma maior taxa relativa de pobreza, o que torna tortuosa uma governança econômica tecnocrata, baseada em regras comprometidas com a eficiência econômica, cujo pressuposto é o de uma inclusão pelo mercado. O saldo, assinalam, é de uma governança regulatória mais embrenhada em tensões, com maior deslocamento dos conflitos para a arena judicial, bem como certa prevalência dos espaços políticos como ambientes de mediação dos conflitos – características que não são típicas do Estado regulador, tal como descrito por Majone.³² As limitações de *enforcement* e de *compliance* nos países do sul global levam Dubash e Morgan³³ a descrever a recepção do Estado regulador como uma concha institucional oca (*hollow institutional shell*).

A literatura de regulação bancária apresenta diagnósticos semelhantes para a difusão das regras de Basileia nos países em desenvolvimento – as regras de Basileia são um subconjunto do capitalismo regulatório. Desde os anos 90, mais de cem países, tanto desenvolvidos como em desenvolvimento, aderiram às regras de Basileia, e um grande número deles vem adotando as novas versões do acordo, incluindo a mais recente - Basileia III.³⁴ Entretanto, a adoção massiva das regras prudenciais tem sido em grande parte associada a casos de fracasso em sua implementação, como revelam estudos sobre a conformidade simulada no Leste e Sul da Ásia.³⁵ Mais recentemente, os estudiosos identificaram casos de conformidade simulada na Nigéria e no Vietnã, sugerindo que as falhas de aplicação se estendem além do desenvolvimentismo do leste asiático.³⁶ Afora estes casos, diversos países têm também optado por uma implementação seletiva de Basileia, escolhendo determinados componentes, usualmente de menor complexidade, e rejeitando os demais, usualmente os de maior complexidade.³⁷

Uma das principais questões que os autores invocam para explicar tais falhas de implementação ou a sua seletividade é a incompatibilidade existente entre a natureza mercado-orientada das regras de Basileia e o ativismo financeiro ainda prevalecente em diversos países do sul global. De modo geral, as regras de Basileia

global banking rules. *International Politics*, v. 52, n. 6, p. 743-759, 2015. SCHNEIDER, Ben Ross. *Hierarchical capitalism in Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 2013.

³¹ DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen (ed.). *The rise of the regulatory state of the south: infrastructure and development in emerging economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³² MAJONE, Giandomenico. From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, v. 17, n. 2, p. 139-167, 1997.

³³ DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen (ed.). *The rise of the regulatory state of the south: infrastructure and development in emerging economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³⁴ JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

³⁵ CHEY, Hyoung-Kyu. Explaining cosmetic compliance with international regulatory regimes: the implementation of the Basle Accord in Japan, 1998–2003. *New Political Economy*, v. 11, n. 2, p. 271-289, 2006. CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014. No mesmo sentido, TAMURA, Kentaro. *Preference formation, negotiations and implementation: Japan and the Basel Capital Accord*. 2005. Tese (Pós-Doutorado em Relações Internacionais) - The Department of International Relations, London School of Economics and Political Science, London, 2005. WALTER, Andrew. From developmental to regulatory state? Japan's new financial regulatory system. *The Pacific Review*, v. 19, n. 4, p. 405-428, 2006. WALTER, Andrew. *Governing finance: East Asia's adoption of international standards*. Nova York: Cornell University Press, 2008.

³⁶ DAFE, Florence. Nigeria: Catch 22 - navigating Basel standards in Nigeria's fragile banking sector. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 260-282.; TRAN-THI, Que-Giang; VU-THAN, Tu-Ahn. The dilemma of bringing global financial standards to a socialist market economy. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 305-326.

³⁷ JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra. The limits of globalizing Basel banking standards. *Journal of Financial Regulation*, v. 3, n. 1, p. 89-124, 2017.

exigem que os bancos atinjam uma relação pré-definida de adequação de capital (inicialmente de 8% e de 10,5% com a Basileia III) entre seu capital (recursos dos acionistas, lucros, etc.) e seus ativos ponderados pelo risco (empréstimos, hipotecas, títulos, etc.). Fundamentalmente, Basileia tem como objetivo assegurar a solidez financeira por meio de uma intervenção regulatória mínima, garantindo a estabilidade financeira em um arranjo de quase auto-regulação bancária.³⁸ Bancos minimamente capitalizados seriam resilientes a choques adversos e a utilização de um volume mínimo de recursos próprios seria um desincentivo para que banqueiros tomem decisões imprudentes ou arriscadas. Basileia, portanto, está ancorada em uma lógica regulatória de mercado, balizada na atribuição de riscos aos bancos e na consequente eliminação das atuações de política pública que possam vir a distorcer as avaliações financeiras privadas de risco e retorno.³⁹

O ativismo financeiro, por sua vez, deriva de linhagens mercantilistas e nacionalistas e envolve a direção governamental das finanças.⁴⁰ Este arranjo conta com ferramentas e políticas como a discricionariedade regulatória, os bancos públicos, e o crédito direcionado, isto é, a concessão de empréstimos seguindo propósitos de política pública.⁴¹ Em países em que vigora o ativismo financeiro, o crescimento induzido pelo crédito geralmente tem precedência sobre a estabilidade impulsionada pelo mercado, como descreve Chey.⁴² Em tais arranjos institucionais, a adoção de regras prudenciais rigorosas pode impor pesado ônus regulatório para os bancos, que são usualmente bastante alavancados, e pode também prejudicar as empresas nacionais, geralmente dependentes de crédito.⁴³ Além disso, as regras de Basileia têm se tornado ao longo do tempo cada vez mais complexas e sofisticadas, exigindo grande capacidade estatal para serem implementadas, não sendo pois uma tarefa simples para países em desenvolvimento.⁴⁴ Por último e não menos importante, reside o fato de que estas regras de mercado foram desenhadas para disciplinar agentes financeiros em mercados globais, isto é, agentes com capacidade de captação global de recursos e também expostos a uma competição global. Traduzi-las para sistemas financeiros domésticos, dotados de agentes financeiros locais e competição restrita nem sempre encontra bons resultados.

Curiosamente, no entanto, há países em desenvolvimento que escapam das falhas de implementação da governança regulatória bancária. Alguns destes, são inclusive candidatos improváveis a uma implementação robusta da governança regulatória bancária. Trabalhos recentes revelam que a China tem cumprido as regras de Basileia de forma substantiva.⁴⁵ Na mesma linha, a adesão às regras prudenciais de mercado na Bolívia tem ocorrido simultaneamente ao incremento do controle público sobre o sistema bancário.⁴⁶ O mesmo vale

³⁸ JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. TARULLO, Daniel K. *Banking on Basel: the future of international financial regulation*. Washington: Peterson Institute, 2008.

³⁹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Core principles for effective banking supervision*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2012. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁴⁰ HURBON, Elizabeth. *Developmental mindset: the revival of financial activism in South Korea*. Ithaca: Cornell University Press, 2016. WOO-CUMINGS, Meredith. Introduction: Chalmers Johnson and the politics of nationalism and development. In: WOO-CUMINGS, Meredith (ed.). *The developmental state*. New York: Cornell University Press, 1999. p. 1-31.

⁴¹ Um exemplo típico é o modelo japonês – convoy system em que o governo oferecia uma garantia implícita aos bancos para que estes realizassem funções de desenvolvimento. Ver sobre isso: CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014.

⁴² CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014.

⁴³ CHEY, Hyoung-Kyu. Explaining cosmetic compliance with international regulatory regimes: the implementation of the Basel Accord in Japan, 1998–2003. *New Political Economy*, v. 11, n. 2, p. 271-289, 2006.

⁴⁴ CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014.

⁴⁵ JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra. The limits of globalizing Basel banking standards. *Journal of Financial Regulation*, v. 3, n. 1, p. 89–124, 2017.

⁴⁶ KNAACK, Peter. An unlikely champion of global finance: why is China exceeding international banking standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017. WALTER, Andrew. Chinese attitudes towards Global Financial Regulatory Cooperation: revisionist or status quo? In: HELLEINER, Eric; PAGLIARI, Stefano; ZIMMERMAN, Hubert. *Global finance in crisis: the politics of international regulatory change*. New York: Routledge, 2010.

⁴⁷ KNACK, Peter. Bolivia: pulling in two directions – the developmental state and Basel standards. In: JONES, Emily (ed.). *The*

para o caso brasileiro, em que os estudos indicam uma combinação do cumprimento das regras de Basileia com a manutenção de um ativismo estatal no sistema bancário.⁴⁷

O que explica tais trajetórias institucionais, discrepantes das previsões convencionais da literatura? Como e por que o ativismo financeiro pode ser conciliável com as regras de mercado da basileia?

2.2 Transplantes, complementaridades institucionais e convergência substantiva

A resposta a estas questões é sugerida pela literatura de transplantes e complementaridades institucionais. Os trabalhos sobre transplantes apontam que a recepção das regras estrangeiras tende a ter maior eficácia quando as regras “importadas” encontram familiaridade com o restante do ambiente institucional. Analisando as reformas societárias no Leste Europeu, Berkovitz e co-autores⁴⁸ assinalam que a recepção das regras de mercado foi mais exitosa nos países que contavam com instituições de direito ocidental previamente à virada comunista. Nestes casos, identificados pelos autores como casos afinados com a noção de legalidade, a recepção das regras frutificou, ao passo que nos demais casos os transplantes seguiram caminhos de baixa implementação. Na mesma linha, Pistor⁴⁹ assinala que o direito é um ordenamento interdependente, de forma que o sentido e a aplicação das regras depende de relações estabelecidas dentro do ordenamento. Por esta razão, os transplantes são tantas vezes mal-sucedidos, já que representam a transposição de regras e institutos desprovidos das articulações com o restante do ordenamento, carecendo assim de sentido e mecanismos de operação.

A noção de familiaridade e de interdependência discutidos por Berkovitz e coautores e por Pistor sugere caminhos pelos quais regras internacionais podem vir a ser implementadas de forma bem-sucedida. Se as regras tendem a ter maior taxa de implementação quanto mais alinhadas estiverem com o restante do entorno institucional, reguladores locais podem manejar os arranjos domésticos para diminuir as eventuais discrepâncias existentes. Transplantes institucionais não são necessariamente projetos unilaterais, *top down*, associados a um consumo passivo das regras importadas. A recepção de uma regra ou de um instituto pode estar associada a uma reconfiguração do ambiente local a fim de torná-lo mais receptivo à regra estrangeira – caso, evidentemente, seja esta a real intenção a balizar a recepção das regras globais.

Tal ideia ganha mais robustez com a noção de complementaridade institucional discutida por Crouch.⁵⁰ Para o autor, complementaridade institucional significa uma relação entre duas instituições em que se verifica um reforço mútuo, de tal maneira que a coexistência entre ambas aumenta a propensão a sua efetividade e resiliência. Nos casos de complementaridade, verifica-se pois uma relação compensatória entre as instituições em questão, de tal maneira que as eventuais fragilidades de uma instituição são compensadas pela instituição complementar.⁵¹ Nos termos do presente artigo, a noção de complementaridade sugere que se a recepção de regras globais é sujeita a imperfeições, condições institucionais locais podem favorecer o sucesso do experimento.

political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 239-259. Naqvi, 2019.

⁴⁷ GOTTSCHALK, Ricardo; SODRÉ, Cecilia. Basel rules in Brazil: what are the Implications for development finance? In: GOTTSCHALK, Ricardo (ed.). *The Basel capital accords in developing countries: challenges for development finance.* Springer, 2010. p. 34-50. SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021.

⁴⁸ BERKOVITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD Jean-Francois. The transplant effect. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 1, p. 163-24, jan. 2003.

⁴⁹ PISTOR, Katharina. Standardization of law and its effect on developing economies. *Am. J. Comp. L.*, v. 50, p. 97, 2002.

⁵⁰ CROUCH, Colin. Complementarity. In: MORGAN, Glenn et al. (ed.). *The Oxford handbook of comparative institutional analysis.* Nova York: Oxford University Press, 2010. p. 117-138.

⁵¹ CROUCH, Colin. Complementarity. In: MORGAN, Glenn et al. (ed.). *The Oxford handbook of comparative institutional analysis.* Nova York: Oxford University Press, 2010. p. 117-138.

No caso específico das regras de Basileia que envolvem custos regulatórios locais capazes de tornar o crédito mais caro justamente em economias que sofrem com a escassez de crédito, o Estado (e o ativismo financeiro) pode atuar como uma instituição complementar. Primeiro, a existência de uma ampla capacidade regulatória no Executivo pode reduzir o custo político envolvido na adoção das regras globais. Segundo, os bancos públicos e o crédito direcionado podem ser utilizados para contrabalançar os custos econômicos associados às regras prudenciais. Assim, a capacidade regulatória ampla, os bancos públicos, e o crédito direcionado podem dirimir potenciais oposições, políticas e econômicas, de autoridades governamentais, banqueiros e tomadores de crédito às regras prudenciais.

Embora o ativismo financeiro seja descrito pela literatura como um antípoda das regras de mercado de Basileia, esta relação de oposição não é necessária. De fato, o ativismo financeiro implica um tipo de condução das finanças discrepante da racionalidade de Basileia, notadamente ao substituir os juízos privados de risco e retorno por preferências de política. Mas estas preferências de política podem assumir parâmetros conservadores, atendendo às métricas prudenciais, e ainda assim garantir recursos para setores estratégicos subatendidos pelo sistema privado. Se os governos podem utilizar os bancos públicos para perseguir metas de desenvolvimento, podem igualmente utilizá-los para perseguir tais metas em conformidade com as regras prudenciais globais. Entre outras possibilidades, o governo pode utilizar recursos orçamentários para capitalizar os bancos públicos e assim cumprir as regras de capital ao mesmo tempo em que leva a cabo suas políticas financeiras. É esta a conclusão de estudos de caso sobre a China, por exemplo, que explicam o cumprimento substantivo das regras de Basileia pela capacidade do Estado em mitigar os correspondentes custos regulatórios.⁵²

O restante do artigo procura analisar o desempenho desta complementaridade institucional no caso do Brasil, em uma comparação com o caso do México. Como esta complementaridade acontece e como ela habilita a implementação substantiva das regras de Basileia?

3 Marco analítico, método e desenho da pesquisa

O artigo procura identificar a existência de uma complementaridade institucional entre os recursos estatais e a recepção das regras de Basileia em países em desenvolvimento. Para isso, o artigo realiza um estudo de caso em dois países em desenvolvimento – o Brasil e o México.

Ambos são membros do Comitê da Basileia e, portanto, vinculados à aplicação das regras globais de capital. Além disso, Brasil e México são países sujeitos a certa volatilidade econômica, ou seja, são suscetíveis a choques externos de preços e a mudanças nas políticas financeiras dos Estados Unidos. Tais fatores podem implicar fuga de investidores, crises cambiais e, por conseguinte, crises bancárias. Portanto, pode-se presumir um interesse dos governos locais em cumprir com a regulação prudencial global como forma de salvaguardar seus sistemas financeiros. Por outro lado, tanto Brasil como México são dependentes do sistema bancário para as atividades de financiamento, e seus mercados de crédito são limitados – o crédito é escasso e caro em ambas as economias. Manter, pois, o passo da convergência com Basileia pode implicar um incremento de custos para estes países.

Para analisar como Brasil e México têm administrado este dilema político, o artigo se vale do marco analítico contido no quadro 2. Construído como recurso heurístico a partir da literatura, o marco analítico identifica quatro tipos ideais de ajuste entre os recursos estatais e as regras de Basileia: rivalidade, dualidade, transformação e complementaridade. A hipótese do trabalho é a de que as regras de Basileia tendem a ter

⁵² KNAACK, Peter An unlikely champion of global finance: why Is China exceeding International Banking standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017.

maior taxa de sucesso quanto mais a sua relação com os recursos estatais se aproximarem de um arranjo de complementaridade.

Quadro 2 - Marco analítico



A rivalidade, contida no quadrante superior esquerdo, indica o arranjo mais típico descrito na literatura, em que regras globais e ativismo financeiro competem, como nos casos já citados de implementação seletiva ou de conformidade simulada das regras globais. A rivalidade, no entanto, é um arranjo dotado de maior instabilidade e por essa razão apresenta uma linha divisória pontilhada com a transformação, no quadrante inferior esquerdo. A transformação representa uma reconfiguração do *status quo* regulatório.

A rivalidade é instável porque a implementação das regras globais é sujeita a um monitoramento periódico realizado por agências multilaterais e também pelas agências de classificação de risco. Países que recorrem à conformidade simulada, por exemplo, podem ser detectados e pressionados a melhorar a sua governança financeira, saindo assim do quadrante de rivalidade para o de transformação. É o que ocorreu, por exemplo, com o Vietnã, que antes seguia um padrão de conformidade simulada, mas pressionado por agentes de mercado passou a adotar de forma crível as regras de Basileia.⁵³ Isso não significa, por sua vez, que a rivalidade sempre resulte em transformação. Como explicam Dafe e Engebretsen⁵⁴ em um trabalho sobre Angola e Nigéria, agentes de mercado mesmo cientes da implementação imperfeita das regras globais podem preferir não pressionar os países, dados os seus demais interesses econômicos em jogo. A rigor, tanto a rivalidade como a transformação são equilíbrios instáveis – afinal, nada garante que o Vietnã não volte ao curso de uma implementação falha, bem como nada garante que Angola e Nigéria não venham a ter que transformar seus regimes regulatórios.

A dualidade e a complementaridade são tipos de arranjo mais estáveis. No primeiro caso, os reguladores locais adotam as regras globais circunscrevendo-as a espaços delimitados do sistema financeiro, enquanto preservam suas políticas de ativismo financeiro. Neste caso, bancos pequenos ou bancos públicos, por exemplo, são excluídos das regras de Basileia. É uma forma de recepção das regras que permite suavizar seus custos, mas que também pode resultar em rivalidade, a depender de como a dualidade é estabelecida. No caso do Japão, por exemplo, Walter⁵⁵ descreve que os formuladores de política exigiam dos bancos locais uma razão de capital (capital/ativos) de apenas 4% (e não de 8%), o que para o autor compunha a estratégia japonesa de conformidade simulada. Por esta razão, o marco analítico estabelece uma linha pontilhada entre a rivalidade e a dualidade.

Por último, no quadrante inferior direito, o marco analítico apresenta a possibilidade da complementaridade entre o ativismo financeiro e as regras globais. Complementaridade significa que o ativismo financeiro favorece a implementação das regras da Basileia ao mitigar parte de seus custos, em especial para setores política e economicamente relevantes, que seriam capazes de resistir a tais regras, caso viessem a arcar com seus custos. Ao mesmo tempo, a complementaridade significa que as regras da Basileia podem reforçar os bancos públicos, estabelecendo parâmetros prudenciais capazes de preservá-los de atuações políticas indevidas. A ideia de complementaridade tem como premissa que o ativismo financeiro e as regras de Basileia não são categoricamente contraditórios e que, a depender da forma como os bancos públicos são governados, ambos os sistemas podem se reforçar mutuamente.

⁵³ DAFE, Florence; ENGBRETSSEN, Rebecca Elisabeth Husebye. Tussle for space: the politics of mock-compliance with global financial standards in developing countries. *Regulation & Governance*, 2021.

⁵⁴ DAFE, Florence; ENGBRETSSEN, Rebecca Elisabeth Husebye. Tussle for space: the politics of mock-compliance with global financial standards in developing countries. *Regulation & Governance*, 2021.

⁵⁵ WALTER, Andrew. From developmental to regulatory state? Japan's new financial regulatory system. *The Pacific Review*, v. 19, n. 4, p. 405-428, 2006.

Nesses termos, o restante do artigo procura analisar a existência de uma complementaridade entre o ativismo financeiro e as regras da Basileia em um estudo de caso sobre o Brasil e uma comparação com o caso Mexicano. A análise se baseia principalmente nos relatórios do Comitê da Basileia, notadamente nas suas revisões entre pares. Além disso, o estudo de caso se vale de documentos, relatórios financeiros, dados produzidos pelos bancos centrais e agências reguladoras financeiras dos países, e avaliações internacionais por agências multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. A literatura acadêmica também foi utilizada, principalmente para reconstruir as histórias institucionais dos países.

4 Complementaridades institucionais no Brasil e México

Esta seção apresenta os casos do Brasil e do México, analisando como esses países têm organizado a recepção local das regras de Basileia III. Os estudos de caso recaem principalmente sobre estas regras porque ambos os países tornaram-se membros do Comitê da Basileia em 2009, devendo desde então aplicar este conjunto de regras. A seção 4.1 descreve o Brasil como um caso de complementaridade entre ativismo financeiro e regras de Basileia, ao passo que a seção 4.2. sugere o México como um caso menos evidente de complementaridade e que também conta com menor taxa de implementação das regras globais.

4.1 A complementaridade regulatória brasileira

O arranjo regulatório brasileiro se assemelha ao que a literatura de mudanças institucionais denomina de sobreposição de camadas – *layering*.⁵⁶ Trata-se de uma configuração institucional em que a criação de um novo arranjo não substitui o arranjo anterior, justapõe-se a este. No caso do sistema financeiro brasileiro, esta justaposição não implica apenas uma dualidade de dois regimes que rumam separados, mas uma sobreposição complementar de camadas em que se verifica um mútuo reforço entre ambas. As camadas em questão são o arranjo governativo do ativismo financeiro e as regras de mercado de Basileia.

O ativismo financeiro brasileiro tem uma característica de dependência trajetória (*path dependence*), remontando ao pós-II Guerra Mundial, quando os formuladores de políticas introduziram as regras básicas que têm governado o mercado bancário.⁵⁷ Esta infraestrutura jurídica, consubstanciada na Lei do Sistema Bancário, Lei nº 4.595/64, instituiu como órgão de cúpula o Conselho Monetário Nacional (CMN) e estabeleceu uma quase simetria entre o Banco Central (BCB) e os bancos públicos, notadamente o Banco do Brasil (BB) e o BNDES. Neste desenho, competia ao CMN, que contava com uma representação corporativa, tendo como membros representantes do BCB, dos bancos públicos, e dos bancos privados, estabelecer as diretrizes políticas que seriam implementadas pelo BCB e pelos bancos estatais. O BCB encarregava-se da política monetária e da regulação bancária e aos bancos estatais competia a missão de apoiar financeiramente as políticas de desenvolvimento do governo. Para isso, os bancos estatais contavam com recursos especiais, via de regra, provenientes de poupança compulsória, como os recursos do PIS e do PASEP, que desde os anos 1970 provêm o *funding* do BNDES, ou de privilégios regulatórios como a gestão das disponibilidades de caixa da União, no caso do BB.

⁵⁶ MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. In: MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining institutional change*. Nova York: Cambridge University Press, 2010. p. 1-37.

⁵⁷ ARMIJO, Leslie Elliott. Brazilian politics and patterns of financial regulation, 1945–1991. In: HAGGARD, Stephen; LEE, Chung; MAXFIELD, Sylvia. (ed.). *The politics of finance in developing countries*. New York: Cornell University Press, 1993. SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021. TAYLOR, Matther M. *Decadent developmentalism: the political economy of democratic Brazil*. Nova York: Cambridge University Press, 2020.

Durante a década de 1990, este arranjo financeiro permeado pelo Estado foi reformado, embora não tenha sido desfeito. O controle bem-sucedido da hiperinflação em 1994, desencadeou um reequilíbrio das relações políticas e uma reorganização do Estado. Isso implicou no fortalecimento do BCB como a principal autoridade monetária e bancária, que passou a contar com autonomia de fato para perseguir políticas monetárias e prudenciais.⁵⁸ A reforma financeira também envolveu uma mudança na composição do CMN, que deixou de ser um órgão de representação corporativa,⁵⁹ e ainda a privatização de boa parte dos bancos públicos controlados pelos Estados.⁶⁰

No entanto, por mais bem-sucedido que tenha sido o ímpeto reformista, não foi capaz de dismantlar o arranjo ativista. A reforma bancária limitou-se a reorganizar o papel do BCB e de parte dos antigos bancos regionais, mas nem desconstituiu o CMN, nem privatizou os bancos federais. Entre os cinco maiores bancos em operação por volume de ativos, dois são estatais, a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Banco do Brasil (BB). Além deles, o BNDES tem sido uma das maiores fontes de financiamento corporativo. Dos grandes bancos restantes, dois são de propriedade nacional (Itaú e Bradesco) e apenas um, Santander, é controlado por estrangeiros⁶¹

Além disso, a reforma administrativa dos anos 1990 também não descontinuou as políticas de crédito direcionado, que atribuem aos bancos objetivos de financiamento em consonância com propósitos de política pública, estipulando condições especiais para estes financiamentos. É o caso dos setores rural e habitacional, que contam com regras de alocação mínima de recursos e custos diferenciados para os tomadores relativamente às taxas de mercado. Também foi até há pouco o caso dos empréstimos realizados pelo BNDES, cujos valores eram balizados pelo CMN em taxas usualmente inferiores às de mercado e atendiam setores considerados estratégicos pelo governo. O montante alocado via crédito direcionado é significativo, representando cerca de 50% de todo o estoque de crédito desembolsado às empresas nos anos 2010⁶².

Nesta configuração, o tipo de propriedade bancária importa para os diferentes modelos de negócios. Enquanto os agentes privados, estrangeiros ou locais, favorecem empréstimos de baixo risco e de curto prazo, os bancos estatais tendem a realizar a maior parte do financiamento de longo prazo e de maior risco⁶³. Os dados do BCB indicam que BB, CEF e BNDES têm uma participação considerável no financiamento da agricultura (BB), habitação e saneamento (CEF), e investimentos corporativos (BNDES)⁶⁴. Embora os

⁵⁸ SOLA, Lourdes; WHITEHEAD, Laurence. *Statecrafting monetary authority: democracy and financial order in Brazil*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2006.; SCHAPIRO, M. Gomes. A regulação executiva da moeda: a variedade institucional da regulação monetária brasileira na Nova República. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 141-183, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82008>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵⁹ A partir da Lei do Plano Real (9.069) o CMN passou a ser composto pelo Ministro da Fazenda, pelo Ministro do Planejamento e pelo Presidente do BCB. Em 2019, com a fusão de ambos os ministérios, o CMN passou a ser composto pelo Ministro da Economia, pelo Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia e pelo Presidente do BCB (Lei n.º 13.844).

⁶⁰ SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021. No mesmo sentido, STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspective*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.; TAYLOR, Matthew M. Institutional development through policy-making: a case study of the Brazilian Central Bank. *World Politics*, [S. l.], v. 61, n. 3, p. 487-515, jul. 2009.; TAYLOR, Matther M. *Decadent developmentalism: the political economy of democratic Brazil*. Nova York: Cambridge University Press, 2020.

⁶¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de economia bancária*. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 23 jun. 2022. VALOR 1000: maiores empresas e as campeãs em 25 setores e 5 regiões. *Valor Econômico*, 2019. Disponível em: <https://especial.valor.com.br/valor1000/2019>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁶² BANCO CENTRAL DO BRASIL. *SGS: Sistema gerenciador de séries temporais*. 2020. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgs/pub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁶³ MELLO, João Manoel de; GARCIA, Márcio G. P. Bye, bye financial repression, hello financial deepening: the anatomy of a financial boom. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 52, n. 2, p. 135-153, 2012. SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021. STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspective*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

⁶⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de economia bancária*. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 23 jun. 2022.

bancos privados também cumpram com as regras do CMN sobre crédito direcionado, os bancos estatais implementam uma parte mais considerável das políticas públicas.

Mas o ativismo financeiro não tem atuado sozinho. Desde os anos 1990, com o fortalecimento do BCB e a emergência de uma coalizão tecnocrata de reguladores e formuladores de política, a governança financeira tem adotado parâmetros globais de regulação bancária. Ato contínuo à estabilização monetária, o BCB adotou, por meio da Resolução n.º 2.099, as regras da Basileia, isso em um contexto de uma crise bancária ocasionada pela perda dos recursos que os bancos ganhavam com a inflação (*float* inflacionário). A superação da crise demandou uma recapitalização dos bancos, fato favorecido pela aplicação das regras globais de capital, cuja aura técnica e neutra favoreceu o trabalho dos reguladores domésticos⁶⁵. Anos adiante, em 2007, o BCB adotou e implementou as regras de Basileia II e em 2013, iniciou uma ritmada implementação de Basileia III. Em seu relatório sobre o país, o FMI concluiu que “a estrutura prudencial está bem inserida no sistema bancário brasileiro⁶⁶”

Os reguladores brasileiros emitiram as primeiras regras relacionadas ao Acordo de Basileia III no início de 2013, acelerando o cronograma estabelecido pelo Comitê⁶⁷. A partir de então, os bancos tiveram que atender ao limite mínimo de 4,5% de capital acionário próprio (um piso que não existia nos acordos anteriores), garantir parâmetros de liquidez, no curto e no longo prazo, e ainda limitar sua alavancagem a 3% - uma conta entre seus ativos e seu capital (Resolução CMN 4.616/2017).

As evidências disponíveis indicam uma conformidade substancial com o conjunto de ferramentas de Basileia III. Os relatórios realizados pelo pares, no âmbito do Comitê da Basileia, apontaram o Brasil como uma jurisdição conforme, isto é, uma jurisdição que observa materialmente os termos estabelecidos pelas regras globais de capital⁶⁸. O cumprimento de tais regras tem sido igualmente verificado nos bancos estatais e nos bancos privados. A Tabela 1 mostra que os maiores bancos estatais e privados, aqueles que representam 85% dos ativos bancários, superaram confortavelmente o limite mínimo de capital de 10,5% estabelecido por Basileia III. Da mesma forma, de acordo com o relatório do BCB⁶⁹, os números de alavancagem do conjunto do sistema bancária flutuam acima de 7%, ou seja, muito além da exigência mínima de 3%.

⁶⁵ NEWMAN, Abraham L.; POSNER, Elliot. *Voluntary disruptions: international soft law, finance, and power*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁶⁶ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil: financial system stability assessment*. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Acesso em: 23 jun. 2022. p. 5.

⁶⁷ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III regulations in Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2013. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁶⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III regulations in Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2013. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III regulations in Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2013. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁶⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de economia bancária*. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 23 jun. 2022. p. 33.

Tabela 1 - A relação de adequação de capital dos maiores bancos privados e estatais – Brasil (%)

Banco Privados								
	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Itaú	14.50	15.80	18	18.8	19.1	17.8	16.9	16.6
Bradesco	15.8	16.50	17.8	17.1	15.4	16.8	16.5	16.6
Santander	15.25	15.00	15.06	15.8	16.3	15.7	17.5	19.2
Bancos Públicos								
	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Banco do Brasil	21.14	18.58	18.86	19.64	18.48	16.13	16.11	14.53
CEF	17.62	18.96	19.6	17.65	13.5	14.43	16.07	15.13
BNDES	41.19	36.78	29.01	27.51	21.7	14.04	15.89	18.66

Fonte: Orbis Bank Focus.

A implementação das regras de Basileia tem se valido de uma complementaridade institucional com o arranjo institucional do ativismo financeiro.⁷⁰ Em primeiro lugar, o arranjo do ativismo financeiro conferiu grandes poderes discricionários ao Poder Executivo, notadamente ao CMN e ao BCB. Com isso, CMN e BCB têm sido capazes de implementar todos os acordos da Basileia sem requerer a aprovação de leis específicas pelo Congresso. Trata-se de uma margem de manobra política, conferida pelos termos abertos com que a Lei Bancária disciplinou as competências reguladoras, algo que não é igualmente conferido a reguladores de todos os países. No caso do Chile, por exemplo, a Lei Bancária de 1986 estipulou uma delegação estrita para o regulador bancário, sendo a adoção das regras de Basileia dependente de autorização legislativa⁷¹. Ainda que sujeito a restrições menores do que as impostas pelo Chile, o México também teve que alterar a sua legislação bancária para adotar Basileia III.

As amplas competências regulatórias do CMN e do BCB, típicas de arranjos ativistas, também têm abarcado a discricionariedade para executar uma política de concorrência permissiva, que resultou em um incremento substantivo da concentração bancária. A maior concentração bancária é fator que favorece a lucratividade do setor e por conseguinte a sua capitalização⁷². Segundo a base de dados FRED, do Federal Reserve de St. Louis, os cinco maiores bancos brasileiros dominavam 51% de todos os ativos bancários em 1996, saltando para 85% dos ativos, em 2016.

Mas a parte mais substantiva das complementaridades institucionais diz respeito à criação de condições muito favoráveis de operação para dois segmentos com capacidade política e econômica de resistir a regras caras de prudência bancária – bancos e grandes tomadores. Os estudos em países que enfrentam dificuldades em implementar as regras de Basileia indicam que são esses os setores a exercer poder de oposição às regras. No caso brasileiro, além da facilidade de concentração do poder econômico, os bancos têm sido beneficiados pelas operações de recompra e revenda de títulos públicos. Tais operações são típicas para os Bancos Centrais, é por meio delas que as autoridades monetárias realizam a sua política monetária e os Estados financiam a dívida pública. No caso do Brasil, no entanto, a taxa de juros que baliza tais transações (Taxa SELIC) é via de regra elevada, tornando as transações com títulos públicos uma fonte importante de

⁷⁰ SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021.

⁷¹ CHO, Young Bong. *Why do countries implement Basel II?: an analysis of the global diffusion of Basel II implementation*. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) - The Department of International Relations, London School of Economics and Political Science, London, 2013.

⁷² FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil: financial system stability assessment*. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Acesso em: 23 jun. 2022.

lucro para os bancos, como aponta o FMI.⁷³ Vale ainda mencionar que as operações com títulos públicos são ponderadas pelas regras de Basileia com risco zero, ou seja, comprar títulos do governo é rentável e não exige a constituição de capital, favorecendo pois duplamente o cumprimento das regras prudenciais.⁷⁴

Por fim, o crédito direcionado favorece principalmente grandes empresas. Dados de Ornelas e coautores sobre o crédito direcionado encontraram uma correspondência entre o tamanho das empresas e sua capacidade de obter esta modalidade de crédito, identificando que “para cada trabalhador adicional de uma empresa, a probabilidade de receber crédito direcionado aumenta em 2,6%”.⁷⁵ No caso dos bancos públicos, a correlação se mantém. Dados do BNDES, por exemplo, revelam que ao longo das últimas três décadas as grandes empresas têm sido mais beneficiadas do que as pequenas e médias. Beneficiadas com o crédito direcionado, tais empresas têm tido menos incentivos a disputar a regulação prudencial.

Para os bancos públicos, por sua vez, é favorável financiar grandes empresas, que costumam contar com grande capacidade de pagamento e garantias. É dizer, emprestar para as grandes empresas garante aos bancos públicos o cumprimento das regras prudenciais ao mesmo tempo em que se desincumbem de suas finalidades de política pública. Em síntese, com condições favoráveis criadas pelo Estado, a implementação de regras prudenciais globais tornou-se uma política regulatória de baixa contestação no Brasil, garantindo assim um sistema financeiro dotado de solidez. O arranjo, evidentemente, tem custos: o sistema bancário é concentrado, o crédito de mercado é caro, e o acesso ao crédito direcionado é desigual.

5 A busca pela complementaridade institucional no México

A recepção das regras de Basileia no México tem ocorrido em meio a um movimento pendular que caracteriza a regulação bancária mexicana. Com maior nitidez do que no caso do Brasil, no México, os arranjos regulatórios têm apresentado certa oscilação entre a governança de mercado e a governança estatal. Em ambas as modalidades de governança, contudo, a recepção das regras globais de capital tem contado com a atuação do governo, seja pela constituição de um ambiente propício à convergência regulatória, seja pelo reforço recente ao poder dos bancos públicos. Comparativamente ao Brasil, no entanto, esta atuação do governo no México é menos enfática, os bancos públicos são menos robustos, e o ritmo de aplicação das regras de Basileia III tem sido também mais lento.

Assim como no Brasil, o desenvolvimentismo marcou a política regulatória mexicana, entre os anos 1950 e 1980. A arquitetura regulatória atribuía um papel proeminente ao Estado no sistema financeiro, que incluía o controle de bancos estatais e a adoção de políticas de crédito direcionado.⁷⁶ Ainda no começo dos anos 1980, reagindo à famosa crise da dívida que abalou boa parte da América Latina, o governo Mexicano entoou uma espécie de canto do cisne da governança estatal, nacionalizando todos os bancos, em 1982.⁷⁷ Um canto do cisne porque a ascendência estatal foi logo em seguida revista e de forma contundente.

⁷³ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil: financial system stability assessment*. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁷⁴ SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021.

⁷⁵ ORNELAS, José Renato; PEDRAZA, Alvaro; RUIZ-ORTEGA, Claudia; SILVA, Thiago. Winners and losers when private banks distribute government loans: evidence from earmarked credit in Brazil. *Policy Research Working Paper*, n. 8952, 2019.

⁷⁶ CALOMIRIS, Charles W.; HABER, Stephen. *Fragile by design: the political origins of banking crises and scarce credit*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

⁷⁷ CALOMIRIS, Charles W.; HABER, Stephen. *Fragile by design: the political origins of banking crises and scarce credit*. Princeton: Princeton University Press, 2014.; LEHOUCQ, Fabrice; NEGRETTO, Gabriel; APARICIO, Francisco; NACIF, Benito; BENTON, Allyson. Policymaking in Mexico under one-party hegemony and divided government. In: STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano (ed.). *Policymaking in Latin America: how politics shapes policies*. Harvard: David Rockefeller Center for Latin American Studies, 2008. p. 287-328. STALLINGS, Barbara; STUART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspec-*

No decorrer dos anos 1980 e, sobretudo, no início dos anos 90, com o governo tecnocrata de Salinas de Gortari (1988-1994), os formuladores de política mexicanos deram causa a uma ampla liberalização financeira, que incluiu até mesmo uma mudança constitucional para reverter a propriedade estatal dos bancos nacionalizados.⁷⁸ O governo privatizou os bancos nacionalizados e também diminuiu o papel central que os bancos de desenvolvimento desempenhavam na economia, como é o caso da Nacional Financiera (Nafin).⁷⁹

Longe de seguir um curso suave, a transição institucional mexicana do Estado ao mercado transcorreu de forma conturbada. A liberalização e a privatização no início dos anos 90 ocorreu sem que fosse estabelecido um aparato regulatório adequado, o que desencadeou uma grave crise financeira em 1995, a chamada crise Tequila. A crise seguiu o típico roteiro de uma desregulamentação massiva sem re-regulamentação, o que permitiu ao novo sistema financeiro aumentar em um primeiro momento a oferta dos empréstimos sem um escrutínio adequado, levando em seguida os bancos a registrarem altas taxas de inadimplência. Além disso, a privatização teve graves inconsistências de desenho, tais como permitir que os compradores autofinanciassem as aquisições dos bancos, contando para isso com o crédito desembolsado pelos próprios bancos adquiridos.⁸⁰ As atividades bancárias imprudentes, as falhas significativas no processo de privatização, mais os desequilíbrios macroeconômicos associados à abertura da conta de capital desencadearam duas crises conjugadas, uma no câmbio e a outra no sistema bancário.⁸¹

É em função desta crise que o México passou a adotar as regras de Basileia. O governo, por meio do Fundo para a Proteção da Poupança Bancária (FOBAPROA), assumiu os passivos irrecuperáveis dos bancos, ao mesmo tempo em que realizou uma reforma regulatória destinada a exigir maior capitalização dos bancos, para o que instituiu as regras de capitalização de Basileia. Mas a aplicação das regras de Basileia naquela circunstância revelou a fragilidade dos bancos mexicanos, que contavam com uma estrutura imprópria de capital. Uma evidência disso foi a falência dos principais bancos do país em um período já posterior ao da crise, entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000. Dos três maiores bancos mexicanos de então, dois mostraram-se economicamente inviáveis – Serfim e Banamex.⁸²

A solução definitiva da crise foi de mercado, mas foi construída pelo governo. Pressionado pela instabilidade financeira e pelo desgaste político decorrente do salvamento bancário conduzido pelo FOBAPROA, o governo Zedillo (1994-2000) propôs ao Congresso uma alteração legislativa de monta. A lei bancária que proibia o controle estrangeiro dos bancos mexicanos foi alterada e os limites foram revogados. A alteração ocorreu na esteira da celebração do NAFTA, o acordo de livre comércio entre EUA, Canadá e México, que reorientou estratégias de investimentos dos bancos e empresas norte-americanas e canadenses. Neste contexto, o governo fomentou uma espécie de segunda rodada de privatização, procurando assim recapitalizar os bancos objeto da primeira onda malsucedida de privatizações. Sem os limites da lei bancária e com o estímulo indireto do governo, a venda dos bancos mexicanos resultou em uma massiva internacionalização do setor.⁸³ Desde então, o sistema financeiro mexicano tornou-se um dos mais privatizados e internacionalizados da região, chegando a ter cerca de 80% de seus ativos controlados por bancos estrangeiros.⁸⁴

tive. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

⁷⁸ STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspective*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

⁷⁹ MORENO-BRID, Juan Carlos; CALDENTEY, Esteban Pérez; VALDEZ, Laura. Changing challenges in the modernization of Nacional Financiera: Mexico's key development bank. In: GRIFFITH-JONES, Stephany; OCAMPO, José Antonio. (eds.). *The future of national development banks*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁸⁰ CALOMIRIS, Charles W.; HABER, Stephen. *Fragile by design: the political origins of banking crises and scarce credit*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

⁸¹ STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspective*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

⁸² MARTINEZ-DIAZ, Leonardo. *Globalizing in hard times: the politics of banking-sector opening in the emerging world*. Ithaca: Cornell University Press, 2009.

⁸³ MARTINEZ-DIAZ, Leonardo. *Globalizing in hard times: the politics of banking-sector opening in the emerging world*. Ithaca: Cornell University Press, 2009.

⁸⁴ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil: financial system stability assessment*. Washington, 2018. Disponível em:

A reforma financeira recapitalizou os bancos, garantiu a aplicação das regras de Basileia, e estabilizou o sistema financeiro. Mas também deixou problemas por resolver, principalmente a grave escassez de crédito e a grande exclusão financeira que sustentam o setor bancário mexicano. Segundo o Banco Mundial, o número de pessoas excluídas do mercado formal de crédito é um dos maiores da região - dos 40 por cento mais pobres, apenas 29 por cento têm uma conta bancária⁸⁵. Além disso, o volume de empréstimos ao setor privado é muito menor do que os números brasileiros ou chilenos. Em 2010, os empréstimos ao setor privado atingiram 23,7% do PIB, enquanto os números brasileiros e chilenos atingiram 58% e 98%, respectivamente.

Neste contexto, aplicar Basileia III poderia tornar mais agudo o quadro de restrição de crédito e exclusão financeira. O governo Peña Nieto (2012-2018) deu curso à implementação de Basileia III no bojo de uma ampla reforma bancária concebida para endereçar problemas interdependentes do setor financeiro mexicano, como a falta de concorrência, as dificuldades de recuperação das dívidas, a restrição ao crédito, e a adoção dos novos *standards*.⁸⁶

A reforma constituía o Programa Nacional de Financiamento do Desenvolvimento, que trazia como objetivos, por exemplo, o aumento do crédito dos bancos estatais de 6,2% do PIB para 7,9%, em 2018⁸⁷. Para isso, a reforma bancária reverteu algumas das restrições jurídicas introduzidas durante os anos 90 e 2000 que impediam os bancos estatais de desempenhar um papel econômico mais significativo. Entre outros, a reforma garantiu maior autonomia aos bancos estatais para definir seu projeto de governança, incluindo política salarial, e critérios próprios de avaliação de risco, autorizando-os ainda a financiar empresas privadas através da subscrição de valores mobiliários⁸⁸.

No bojo deste processo, o regulador bancário, a Comissão Nacional de Bancos e Valores (CNBV), implementou Basileia III, adotando assim patamares regulatórios mais altos de capital para os bancos já em 2013. A aplicação sem delongas dos novos padrões regulatórios obteve o reconhecimento do *peer-review* de Basileia. No relatório do país, os revisores registraram que “os arranjos de transição são geralmente mais conservadores porque movem as organizações bancárias para o cumprimento total mais rapidamente do que o previsto pelas regras de capital da Basileia III⁸⁹”. Desde então, tanto os bancos comerciais quanto os estatais constituíram reservas de capital consideráveis, permitindo-lhes alcançar facilmente a proporção mínima de capital de 10,5% (Tabela 3).

Tabela 3 - Relação de adequação de capital dos maiores bancos privados e estatais - México.

Bancos Privados	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
BBVA	17.52	15.61	15.27	14.25	13.73	14.90	15.22	15.90
Banorte	20.20	18.55	17.17	17.23	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Banamex	16.12	14.35	13.74	14.07	14.36	13.96	15.50	13.71

<https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁸⁵ BANCO MUNDIAL; FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *México financial sector assessment*. 2017. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28536>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁸⁶ MEXICO. *Decreto de 16 de dezembro de 2013*. Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo 2013–2018. Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25606/ProNaFiDe_2013-2018_20131216.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.; NAVA, Abigail Rodríguez; HERNANDEZ, Patricia Margarita Dorantes. La reciente reforma financiera en México: transformaciones y perspectivas. *Economía UNAM*, Ciudad de México, v. 13, n. 37, p. 89-106, abr. 2016.

⁸⁷ MEXICO. *Decreto de 16 de dezembro de 2013*. Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo 2013–2018. Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25606/ProNaFiDe_2013-2018_20131216.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁸⁸ MÉXICO. *Ley de instituciones de crédito*. 1990. Disponível em: <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Ley%20de%20Instituciones%20de%20Cr%C3%A9dito.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁸⁹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III risk-based capital regulations – Mexico*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2015. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d315.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

Santander	19.01	16.37	15.91	15.73	15.74	15.61	16.17	15.91
Bancos Públicos								
	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Nafin	18.52	17.03	14.52	14.46	13.26	13.57	14.62	14.32
Banobras	17.11	18.20	18.51	16.99	13.69	13.98	n.a.	n.a.
Bancomext	18.99	18.87	18.79	18.08	19.03	12.63	13.08	13.72
SHF	18.61	16.94	14.52	14.21	14.70	13.81	14.53	18.65
Bansefi	108.77	77.22	24.51	20.81	18.93	21.57	16.28	25.03
Banjercito	26.88	24.03	23.07	21.34	20.88	20.26	n.a.	n.a.

Fonte: Orbis Bank Focus.

Contudo, dado que os bancos públicos Mexicanos não ganharam a mesma envergadura dos bancos brasileiros, a CNBV tem tido condições menos favoráveis para implementar as demais regras de Basileia III. Um dado recente publicado pelo Comitê da Basileia mostra que dos 23 componentes de Basileia III que deveriam ser implementados até 2022, o Brasil implementou 22 e o México 10.⁹⁰ Vale mencionar, por exemplo, que a adoção das regras de liquidez de longo prazo, assim como as regras de alavancagem foram implementadas com atraso segundo informa o Banco Central do México.

6 Considerações finais

Este artigo utilizou o setor bancário latino-americano para analisar as condições de recepção das políticas regulatórias globais. O principal argumento desenvolvido foi o de que a agência local, isto é, as ações adotadas pelos governos locais são determinantes para a implementação bem-sucedida das regras. Isso sugere que a globalização regulatória não é um processo exógeno, mas uma construção endógena, dependente dos governos e mecanismos institucionais locais. Em particular, capacidade regulatória, bancos públicos e o crédito direcionado cumprem um papel de destaque nesta construção endógena ao aliviar os custos políticos e econômicos e assim dissipar eventuais resistências às regras globais. Os estudos de caso mostraram, portanto, que os governos constroem os mercados, inclusive os mercados sujeitos a regras globais.

O primeiro dos casos analisados foi o do Brasil, que enraizou as políticas regulatórias nos anos 90, com o governo Cardoso. A virada neoliberal brasileira foi, no entanto, moderada, e não desmantelou o estado desenvolvimentista desde há muito estabelecido. Forjou-se assim uma espécie de sobreposição de camadas entre as regras de mercado e a organização estatal, do que seguiu a formação de uma complementaridade institucional entre ambas as camadas. A discricionariedade regulatória do CMN e do BCB, os bancos públicos e o crédito direcionado, remanescentes do período desenvolvimentista, desempenham um papel complementar às regras da Basileia, suavizando seus custos de implementação. A exigência de mais capital é mitigada pela oferta mais barata de crédito aos setores considerados estratégicos, em especial as grandes empresas, que poderiam ser resistentes a políticas que repercutissem no incremento do custo bancário. Além disso, o Estado tem também atuado de outras maneiras favoráveis à implementação das regras, seja garantindo capacidade regulatória ao BCB, seja favorecendo a concentração bancária ou ainda criando condições favoráveis de negociação dos títulos públicos – um mercado lucrativo e seguro para os bancos.

O México tem apresentado uma trajetória regulatória mais inconstante, em que Estado e mercado tem apresentado certo revezamento na liderança dos arranjos institucionais. É neste ambiente que as regras de Basileia foram incorporadas. Inicialmente, assim como no Brasil, uma profunda crise bancária fez com que

⁹⁰ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENT. *RCAP on timeliness: monitoring reports and dashboards*. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/rcap_reports.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

os reguladores recorressem às regras de Basiléia, que serviram para estabilizar o mercado. Incidindo sobre um conjunto bancário descapitalizado, a aplicação das regras levou o governo a uma subsequente reforma institucional; desta vez, para abrir o mercado aos bancos estrangeiros. Como salientado, foi uma solução de mercado, mas construída pelo governo. Mais recentemente, o México tornou-se membro do Comitê da Basiléia e passou a implementar as regras de Basileia III, para o que foi realizada mais uma reforma bancária. Dotada de múltiplos propósitos, a reforma procurou combinar ações de mercado, como a recepção das regras prudenciais e expedientes mais céleres de recuperação de créditos, com o fortalecimento dos bancos públicos. Comparativamente ao Brasil, no entanto, os bancos públicos apresentam uma dimensão menor, bem como a implementação do Acordo de Basileia III tem progredido mais lentamente.

Os estudos de caso indicam que os recursos estatais não são necessariamente rivais das regras globais de mercado. Antes disso, tais recursos podem suavizar os custos locais da globalização, favorecendo uma recepção de políticas com ganhos para os agentes locais. Essa atuação do Estado fica mais evidente no caso do Brasil do que no caso do México, mas o esforço mexicano de combinar a adoção de Basileia com o fortalecimento dos bancos públicos é sugestiva do papel que as complementaridades institucionais locais podem desempenhar.

Enfim, identificar os vetores locais das políticas regulatórias globais importa. Afinal, os temas e problemas globais sempre demandam soluções locais.

Referências

- ARMIJO, Leslie Eliott. Brazilian politics and patterns of financial regulation, 1945–1991. In: HAGGARD, Stephen; LEE, Chung; MAXFIELD, Sylvia. (ed.). *The politics of finance in developing countries*. New York: Cornell University Press, 1993.
- BADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Gustavo Franco*. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/historiacontada/publicacoes/hc_bc_volume_22_gustavo_franco.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de economia bancária*. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *JGS: Sistema gerenciador de séries temporais*. 2020. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BANCO DO MÉXICO. *Reporte de estabilidad financiera*. 2019. Disponível em: <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/reportes-sobre-el-sistema-financiero/%7B04E197EE-B6FC-7BA1-72A0-32D3E6C9BF28%7D.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BANCO DO MÉXICO. *Reporte sobre el sistema financiero*. 2018. Disponível em: <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/reportes-sobre-el-sistema-financiero/%7B0B4861B7-2810-7FE9-88FE-2427C182512A%7D.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- BANCO MUNDIAL; FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Mexico financial sector assessment*. 2017. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28536>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. *Livro verde: um balanço da atuação do BNDES entre 2001 e 2016*. 2017. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/livro-verde-final>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENT. *RCAP on timeliness: monitoring reports and dashboards*. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/rcap_reports.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Basel III: a global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2011. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Basel III: the liquidity coverage ratio and liquidity risk monitoring tools*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2013. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs238.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Basel III: the net stable funding ratio*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2014. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d295.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Core principles for effective banking supervision*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2012. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III regulations in Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2013. Disponível em: https://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III risk-based capital regulations – Mexico*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2015. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d315.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III LCR regulations, Mexico*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2015. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d316.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel III LCR regulations, Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2017. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d420.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Regulatory Consistency Assessment Programme (RCAP): assessment of Basel NSFR regulations, Brazil*. Basel: Bank for International Settlement (BIS), 2019. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d458.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BEHURIA, Pritish. Rwanda: running without legs. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 126-146.

BERKOVITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD Jean-Francois. The transplant effect. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 1, p. 163-24, jan. 2003.

CALOMIRIS, Charles W.; HABER, Stephen. *Fragile by design: the political origins of banking crises and scarce credit*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

CHEY, Hyoung-Kyu. Explaining cosmetic compliance with international regulatory regimes: the implementation of the Basle Accord in Japan, 1998–2003. *New Political Economy*, v. 11, n. 2, p. 271-289, 2006.

CHEY, Hyoung-kyu. International financial standards and emerging economies since the global financial crisis. In: HENNING, R.; WALTER, A. (ed.). *Global financial governance confronts the rising powers*. Waterloo: Center for International Governance Innovation, 2016.

- CHEY, Hyoung-kyu. *International harmonization of financial regulation?: the politics of global diffusion of the Basel Capital Accord*. New York: Routledge, 2014.
- CHO, Young Bong. *Why do countries implement Basel II?: an analysis of the global diffusion of Basel II implementation*. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) - The Department of International Relations, London School of Economics and Political Science, London, 2013.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. *Ata da 552a. Sessão*. Realizada em 17.08.1994. Voto 95/1994. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/cmn/AtasCmn/Ata_0552_CMN.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.
- CROUCH, Colin. Complementarity. In: MORGAN, Glenn *et al.* (ed.). *The Oxford handbook of comparative institutional analysis*. Nova York: Oxford University Press, 2010. p. 117-138.
- DAFE, Florence. Nigeria: Catch 22 - navigating Basel standards in Nigeria's fragile banking sector. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 260-282.
- DAFE, Florence; ENGBRETSSEN, Rebecca Elisabeth Husebye. Tussle for space: the politics of mock-compliance with global financial standards in developing countries. *Regulation & Governance*, 2021.
- DIMAGGIO, Paul J; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983.
- DOBBIN, Frank; GARRET, Geoffrey; SIMMONS, Beth. The global diffusion of public policies: social construction, coercion, competition, or learning? *Annual Review of Sociology*, v. 33, n. 1, p. 449-472, ago. 2007.
- DREZNER, Daniel W. *All politics is global: explaining international regulatory regimes*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- DUBASH, Navroz K.; MORGAN, Bronwen (ed.). *The rise of the regulatory state of the south: infrastructure and development in emerging economies*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FINANCIAL STABILITY BOARD. *Monitoring implementation of reforms*. 2022. Disponível em: <https://www.fsb.org/>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Brazil: financial system stability assessment*. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/11/30/Brazil-Financial-System-Stability-Assessment-46411>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- GOTTSCHALK, Ricardo; SODRÉ, Cecilia. Basel rules in Brazil: what are the Implications for development finance? In: GOTTSCHALK, Ricardo (ed.). *The Basel capital accords in developing countries: challenges for development finance*. Springer, 2010. p. 34-50.
- HABER, Stephen (ed.). *Crony capitalism and economic growth in Latin America: theory and evidence*. Stanford: Hoover Institution Press, 2002.
- HALLIDAY, Terence; CARRUTHERS, Bruce. *Bankrupt: global lawmaking and systemic financial crisis*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- JONES, Emily. *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra O. Regulatory convergence in the financial periphery: how interdependence shapes regulators' decisions. *International Studies Quarterly*, v. 63, n. 4, p. 908-922, 2019.
- JONES, Emily; ZEITZ, Alexandra. The limits of globalizing Basel banking standards. *Journal of Financial Regulation*, v. 3, n. 1, p. 89-124, 2017.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; PENNER, Luiz Carlos. Estratégias regulatórias de combate à corrupção. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

KNAACK, Peter. An unlikely champion of global finance: why is China exceeding international banking standards? *Journal of Current Chinese Affairs*, v. 46, n. 2, p. 41-79, 2017.

KNACK, Peter. Bolivia: pulling in two directions – the developmental state and Basel standards. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 239-259.

LEHOUCQ, Fabrice; NEGRETTO, Gabriel; APARICIO, Francisco; NACIF, Benito; BENTON, Allyson. Policymaking in Mexico under one-party hegemony and divided government. In: STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano (ed.). *Policymaking in Latin America: how politics shapes policies*. Harvard: David Rockefeller Center for Latin American Studies, 2008. p. 287-328.

LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalism. *The annals of the American academy of political and social science*, v. 598, n. 1, p. 12-32, 2005.

LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a Latin American regulatory state? the diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. *Intl Journal of Public Administration*, v. 29, n. 4-6, p. 335-366, 2006.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. In: MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining institutional change*. Nova York: Cambridge University Press, 2010. p. 1-37.

MAJONE, Giandomenico. From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of public policy*, v. 17, n. 2, p. 139-167, 1997.

MARTINEZ-DIAZ, Leonardo. *Globalizing in hard times: the politics of banking-sector opening in the emerging world*. Ithaca: Cornell University Press, 2009.

MEHRA, Pujá. Reserve Bank of India stands its ground. *Asia Times*, nov. 2018. Disponível em: <https://asiatimes.com/2018/11/reserve-bank-of-india-stands-its-ground>. Acesso em: 24 jun. 2022.

MELLO, João Manoel de; GARCIA, Márcio G. P. Bye, bye financial repression, hello financial deepening: the anatomy of a financial boom. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 52, n. 2, p. 135-153, 2012.

MEXICO. *Decreto de 16 de dezembro de 2013*. Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo 2013–2018. Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25606/ProNaFiDe_2013-2018_20131216.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

MÉXICO. *Ley de instituciones de crédito*. 1990. Disponível em: <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Ley%20de%20Instituciones%20de%20Cr%C3%A9dito.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

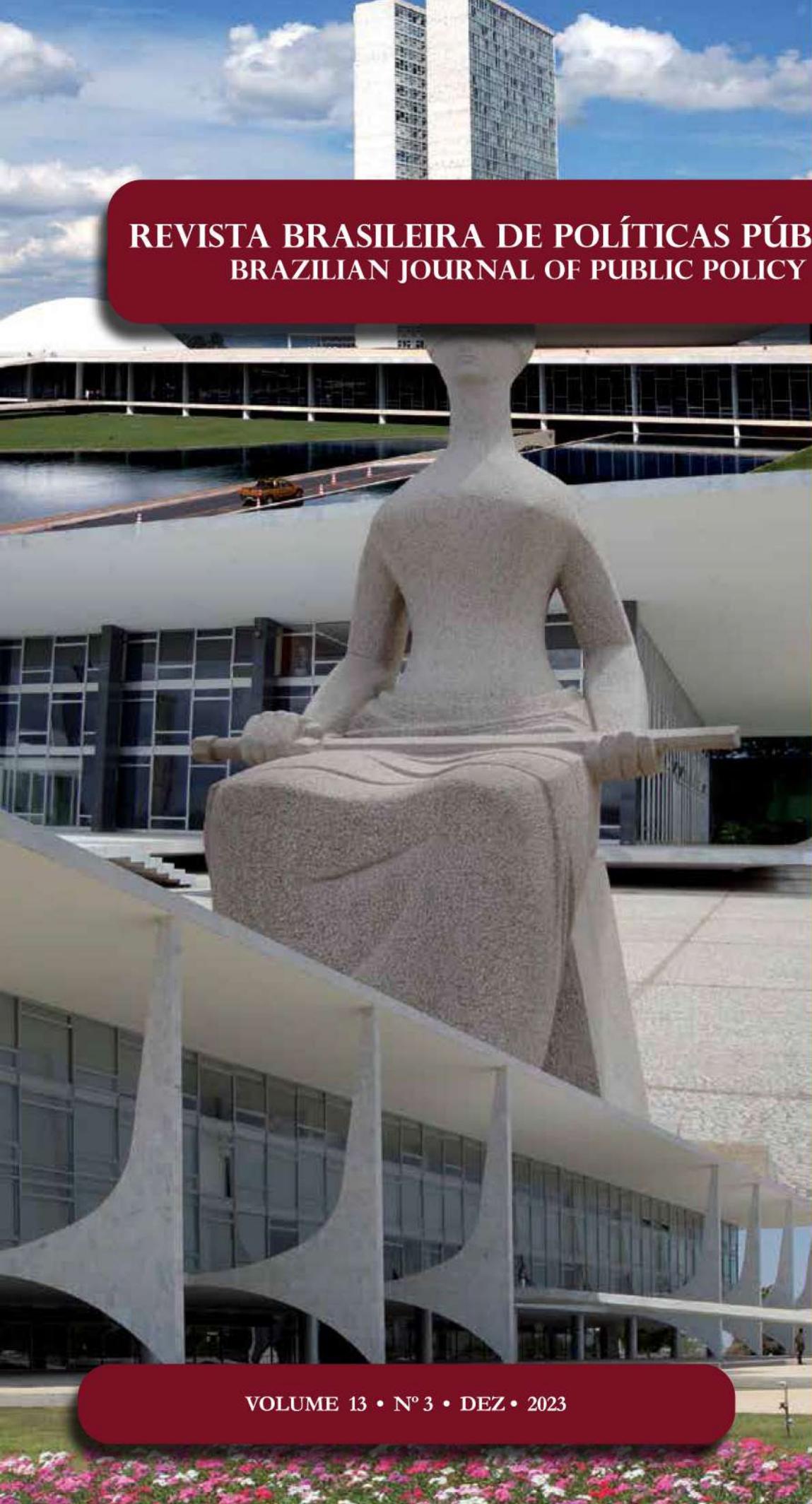
MORENO-BRID, Juan Carlos; CALDENTEY, Esteban Pérez; VALDEZ, Laura. Changing challenges in the modernization of Nacional Financiera: Mexico's key development bank. In: GRIFFITH-JONES, Stephany; OCAMPO, José Antonio. (eds.). *The future of national development banks*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MORIN, Jean-Frédéric; GOLD, Edward Richard. An integrated model of legal transplantation: the diffusion of intellectual property law in developing countries. *International Studies Quarterly*, v. 58, n. 4, p. 781-792, dez. 2014.

MOSLEY, Layna. Regulating globally, implementing locally: the financial codes and standards effort. *Review of International Political Economy*, v. 17, n. 4, p. 724-761, 2010.

- NAQVI, Natalya. Pakistan: politicians, regulations, and banks advocate Basel. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 105-125.
- NAQVI, Natalya. Renationalizing finance for development: policy space and public economic control in Bolivia. *Review of International Political Economy*, v. 28, n. 3, p. 447-478, 2021.
- NAVA, Abigail Rodriguez; HERNANDEZ, Patricia Margarita Dorantes. La reciente reforma financiera en México: transformaciones y perspectivas. *Economía UNAM*, Ciudad de México, v. 13, n. 37, p. 89-106, abr. 2016.
- NEWMAN, Abraham L.; POSNER, Elliot. *Voluntary disruptions: international soft law, finance, and power*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- NGFS. *Governance*. 2019. Disponível em: <https://www.ngfs.net/en/page-sommaire/governance>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- NÖLKE, Andreas. International financial regulation and domestic coalitions in state-permeated capitalism: China and global banking rules. *International Politics*, v. 52, n. 6, p. 743-759, 2015.
- ORNELAS, José Renato; PEDRAZA, Alvaro; RUIZ-ORTEGA, Claudia; SILVA, Thiago. Winners and losers when private banks distribute government loans: evidence from earmarked credit in Brazil. *Policy Research Working Paper*, n. 8952, 2019.
- PHILLIPS, Nicola. States and modes of regulation in the global political economy. In: MINOGUE, Maritin; CARIÑO, Ledivina (ed.). *Regulatory governance in developing countries*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 17-39.
- PIMENTA, Raquel de Mattos. *A construção dos acordos de leniência da Lei anticorrupção*. São Paulo: Blucher, 2020.
- PIMENTA, Raquel de Mattos. International cooperation and negotiated settlements for transnational bribery: a study of the Odebrecht case. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 2, 2021.
- PISTOR, Katharina. Standardization of law and its effect on developing economies. *Am. J. Comp. L.*, v. 50, p. 97, 2002.
- QUAGLIA, Lucia. The politics of state compliance with international “soft law” in finance. *Governance*, v. 32, n. 1, p. 45-62, 2019.
- SCHAPIRO, M. Gomes. A regulação executiva da moeda: a variedade institucional da regulação monetária brasileira na Nova República. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 141-183, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82008>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- SCHAPIRO, Mario G. Prudential developmentalism: explaining the combination of the developmental state and Basel rules in Brazilian banking regulation. *Regulation & Governance*, 2021.
- SCHAPIRO, Mario G.; TAYLOR, Matthew M. The political economy of Brazil’s enigmatic Central Bank, 1988–2018. In: YAĞCI, Mustafa (ed.). *The political economy of central banking in emerging economies*. Abingdon: Routledge, 2020. p. 168-181.
- SCHNEIDER, Ben Ross. *Hierarchical capitalism in Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 2013.
- SHADLE’N, Kenneth C. *Coalitions and compliance: the political economy of pharmaceutical patents in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

- SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth M. P. A influência do Direito Administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.
- SINGER, David Andrew. Capital rules: the domestic politics of international regulatory harmonization. *International Organization*, v. 58, n. 3, p. 531-565, 2004.
- SOLA, Lourdes; WHITEHEAD, Laurence. *Statecrafting monetary authority: democracy and financial order in Brazil*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2006.
- STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for development: Latin America in comparative perspective*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.
- TAMURA, Kentaro. *Preference formation, negotiations and implementation: Japan and the Basel Capital Accord*. 2005. Tese (Pós-Doutorado em Relações Internacionais) - The Department of International Relations, London School of Economics and Political Science, London, 2005.
- TARULLO, Daniel K. *Banking on Basel: the future of international financial regulation*. Washington: Peterson Institute, 2008.
- TAYLOR, Matthew M. *Decadent developmentalism: the political economy of democratic Brazil*. Nova York: Cambridge University Press, 2020.
- TAYLOR, Matthew M. Institutional development through policy-making: a case study of the Brazilian Central Bank. *World Politics*, v. 61, n. 3, p. 487-515, jul. 2009.
- THURBON, Elizabeth. *Developmental mindset: the revival of financial activism in South Korea*. Ithaca: Cornell University Press, 2016.
- TRAN-THI, Que-Giang; VU-THAN, Tu-Ahn. The dilemma of bringing global financial standards to a socialist market economy. In: JONES, Emily (ed.). *The political economy of bank regulation in developing countries: risk and reputation*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 305-326.
- TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. Toward a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions. *The World Bank Legal Review*, v. 4, 2013.
- VALOR 1000: maiores empresas e as campeãs em 25 setores e 5 regiões. *Valor Econômico*, 2019. Disponível em: <https://especial.valor.com.br/valor1000/2019>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- WALTER, Andrew. Chinese attitudes towards Global Financial Regulatory Cooperation: revisionist or status quo? In: HELLEINER, Eric; PAGLIARI, Stefano; ZIMMERMAN, Hubert. *Global finance in crisis: the politics of international regulatory change*. New York: Routledge, 2010.
- WALTER, Andrew. *Emerging countries in global financial standard setting: explaining relative resilience and its implications*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2019.
- WALTER, Andrew. From developmental to regulatory state? Japan's new financial regulatory system. *The Pacific Review*, v. 19, n. 4, p. 405-428, 2006.
- WALTER, Andrew. *Governing finance: East Asia's adoption of international standards*. Nova York: Cornell University Press, 2008.
- WOO-CUMINGS, Meredith. Introduction: Chalmers Johnson and the politics of nationalism and development. In: WOO-CUMINGS, Meredith (ed.). *The developmental state*. New York: Cornell University Press, 1999. p. 1-31.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Análise de impacto regulatório
como instrumento de
racionalidade e transparência
para a concessão de benefícios
fiscais estaduais**

**Regulatory impact assesment
as a tool for rationality and
transparency in the granting of
tax benefits at state level**

Vinícius Klein

Eduardo M. Lima Rodrigues de
Castro

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Análise de impacto regulatório como instrumento de racionalidade e transparência para a concessão de benefícios fiscais estaduais*

Regulatory impact assesment as a tool for rationality and transparency in the granting of tax benefits at state level

Vinícius Klein**

Eduardo M. Lima Rodrigues de Castro***

Resumo

O artigo tem por objetivo investigar se o instrumento da Análise de Impacto Regulatório – AIR, amplamente conhecido em âmbito internacional e já utilizado internamente pelas agências reguladoras federais há alguns anos, pode auxiliar o incremento da transparência e da racionalidade dos procedimentos de concessão, monitoramento e avaliação de políticas de benefícios fiscais pelos Estados brasileiros. Tenta-se, em síntese, responder ao seguinte problema: a AIR, sobretudo por meio de mecanismos de análise de custo-benefício, pode contribuir para aumentar a transparência e a racionalidade nos procedimentos de concessão de benefícios fiscais em âmbito estadual? A conclusão é a de que a institucionalização da AIR em matéria de benefícios fiscais deve contribuir para evitar que o jogo de “perde-ganha”, hoje existente em âmbito estadual se perenize, desde que, no momento da elaboração do Relatório de AIR, determinados requisitos sejam cumpridos. A pesquisa é realizada essencialmente a partir da produção acadêmica referente aos temas da regulação, da Análise de Impacto Regulatório e dos benefícios fiscais em nível estadual. Embora existam artigos de bom nível sobre o tema da AIR, entende-se que a produção acadêmica nacional ainda se ressentir de um trabalho que aplique os postulados da AIR aos processos de concessão de benefícios fiscais.

Palavras-chave: regulação; análise de impacto regulatório; benefícios fiscais.

Abstract

The article aims to investigate whether the regulatory impact assessment instrument - RIA, widely known internationally and already used internally by federal regulatory agencies, can help increase the transparency and rationality of procedures for granting, monitoring and evaluating tax benefit policies by Brazilian states. In short, we try to answer the following question: Can RIA, especially through cost-benefit analysis, contribute to increasing

* Recebido em: 11/07/2022

Aprovado em: 10/08/2022

** Professor nos Departamentos de Direito Privado e Ciências Econômicas na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UFPR. Glasgow Fellow na Faculdade de Direito da Universidade de Glasgow em 2023. Professor Convidado da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Cote D'Azur em 2022. Procurador do Estado do Paraná.

E-mail: eduardorcastro@hotmail.com

*** Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná.

E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br

transparency and rationality in the procedures for granting tax benefits at the state level? The conclusion reached is that the institutionalization of the RIA in terms of tax benefits should help to prevent the “lose-win” game that currently exists at the state level from being perpetuated, provided that, at the time of the elaboration of the RIA Report, certain requirements are met. The research is essentially based on academic production on the topics of regulation, Regulatory Impact Assessment and tax benefits at the state level. Although there are good articles on the subject of RIA, it is understood that the national academic production still lacks work that applies the postulates of RIA to the processes of granting tax benefits.

Keywords: regulation; regulatory impact assessment; tax benefits.

1 Introdução

Conforme entendimento já pacificado na dogmática tributária brasileira, o poder conferido pela Constituição Federal de 1988 aos Entes da Federação para instituírem tributos por meio de lei (competência tributária) implica, também, o poder para que referidos Entes instituíam isenções e outras modalidades de desonerações tributárias¹. Considerando que essas desonerações acarretam renúncia fiscal, faz-se imprescindível que elas atendam ao interesse público tanto no que diz respeito à realização de objetivos fiscais, em regra, voltados à proteção da capacidade contributiva de pessoas (naturais ou jurídicas) de menor renda, quanto extrafiscais, voltados à promoção do desenvolvimento nacional e outros valores protegidos pela Constituição². No segundo grupo de normas exoneratórias, encontram-se os “incentivos fiscais”³, conceito da ciência das finanças que “designa um gênero que abrange uma variedade de institutos jurídicos, como isenções, reduções de alíquota, bonificações, depreciação acelerada, entre outros, que visam à promoção do desenvolvimento econômico e social”⁴.

Nas últimas décadas, no exercício desse “poder de eximir”⁵, os Estados brasileiros e o Distrito Federal renunciaram a centenas de bilhões de reais de suas receitas a título de incentivos e benefícios fiscais. Essas renúncias foram concretizadas não apenas com vistas a baratear o preço de produtos e serviços tidos como essenciais, mas também no âmbito daquilo que ficou conhecido como “*Guerra Fiscal*” entre Estados. Nas palavras de Leandro Paulsen, “[a] chamada guerra fiscal consubstancia-se na redução de alíquotas, concessão de créditos presumidos ou outros benefícios por um estado com vistas a atrair os investimentos para o seu território, em detrimento dos demais estados”⁶. Dentre os segmentos mais beneficiados pela guerra fiscal, destacam-se as indústrias automobilística, têxtil e alimentícia.

Exemplificativamente, apenas no Estado do Paraná, no ano de 2022, o total de renúncias tributárias estimado na Lei Estadual n. 20.648, de 20 de julho de 2021 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – Exercício 2022), foi de R\$ 17.479.351.426 (dezessete bilhões, quatrocentos e setenta e nove milhões, trezentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e vinte e seis reais). O montante equivale a mais de 30% (trinta por cento) da receita total estimada para o ano, prevista na Lei Estadual n. 20.873, de 15 de dezembro de 2021 (Lei Orçamentária

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1049.

² PAIVA, Paulo Alves da Silva; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019. p. 454.

³ Nas lições de Estevão Horvath e Hendrick Pinheiro, “A expressão ‘incentivos fiscais’ não é objeto de uma conceituação unívoca ou mesmo mais detalhada pela legislação brasileira” (HORVATH, Estevão; PINHEIRO, Hendrick. *Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: “cortesia com chapéu alheio”*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 50.) No presente texto, incentivos fiscais e benefícios fiscais serão tratados como sinônimos.

⁴ HORVATH, Estevão; PINHEIRO, Hendrick. *Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: “cortesia com chapéu alheio”*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 50.

⁵ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 30.

⁶ PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 391.

Anual – Exercício 2022), de R\$ 54.640.482.362,00 (cinquenta e quatro bilhões, seiscentos e quarenta milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil e trezentos e sessenta e dois reais).

Em que pese se reconheça que, em abstrato, a redução da carga tributária de um determinado segmento possa ter como consequência o fomento da atividade econômica desenvolvida por aquele segmento, o fato é que, na prática, não costumam existir estudos que atestem a efetiva vantajosidade das operações. Isto é, não são levantadas, antes, durante ou após a concessão do benefício fiscal, informações sobre sua vantajosidade em termos de geração de novos empregos, aumento futuro da arrecadação ou mesmo incremento da renda das pessoas de uma determinada região do Ente tributante. A única certeza que se tem, quando da aprovação de uma isenção, é que o Estado deixará tributar alguém que produz riqueza.

Considerando-se o exposto, assim como o cenário de crise econômica atravessado pelos Estados, nos últimos anos, fortemente agravado pela Pandemia da COVID-19, o presente artigo tem por *objetivo* investigar se o instrumento da Análise de Impacto Regulatório – AIR, amplamente conhecido em âmbito internacional e já utilizado internamente pelas agências reguladoras federais há alguns anos, pode auxiliar o incremento da transparência e da racionalidade dos procedimentos de concessão, monitoramento e avaliação de políticas de benefícios fiscais.

Nesse sentido, formulou-se o seguinte problema: A AIR, sobretudo por meio de mecanismos de análise de custo-benefício, pode contribuir para aumentar a transparência e a racionalidade nos procedimentos de concessão de benefícios fiscais em âmbito estadual?

A hipótese investigada é a de que a institucionalização da AIR em matéria de benefícios fiscais pode contribuir para evitar que os prejuízos hoje existentes em âmbito estadual se perenizem, desde que, no momento da elaboração do Relatório de AIR, determinados requisitos sejam cumpridos. Para além de tornar claros os objetivos a serem alcançados pelas políticas exoneratórias, o Estado deve avaliar seus possíveis aspectos positivos e negativos e, após sua implementação, monitorar sua efetividade.

Realizou-se a pesquisa com base na produção bibliográfica, nacional e internacional, referente aos temas da regulação, da análise de impacto regulatória e da “Guerra Fiscal” entre Estados. O método utilizado é o hipotético-dedutivo.

O trabalho seguirá o seguinte percurso, já iniciado por meio desta introdução: na *Seção 1*, discorrer-se-á sobre a intervenção do Estado na ordem econômica e sobre aspectos gerais da atividade regulatória levada a efeito pelo Estado brasileiro no contexto da Constituição Federal de 1988, de modo a preparar o leitor para uma melhor compreensão da AIR; na *Seção 2*, serão analisadas as questões centrais envolvendo a AIR, oportunidade em que se versará, dentre outras coisas, sobre conceito, fundamentos, procedimentos e utilidade do instituto enquanto ferramenta voltada à melhoria da qualidade regulatória; na *Seção 3*, serão abordados os principais desafios para uma implementação adequada da AIR, assim como as medidas que deverão ser adotadas para que a ferramenta alcance os objetivos para os quais foi idealizada; na *Seção 4*, propor-se-á a utilização da AIR como instrumento de racionalidade e transparência para concessão dos benefícios fiscais estaduais; por fim, serão apresentadas as conclusões do trabalho.

A escolha de benefícios fiscais estaduais, mais especificamente ligados ao ICMS, deve-se não apenas à relevância do aludido imposto para a finanças dos Estados, mas também, e principalmente, às peculiaridades relacionadas ao seu procedimento de concessão, que, conforme estabelecido pela Constituição de 1988 e pela Lei Complementar n. 24, de 1975, demanda deliberação unânime dos Estados e do Distrito Federal, edição de ato normativo pelo Poder Executivo e posterior aprovação do Poder Legislativo.

2 Intervenção do Estado na economia e atividade regulatória no contexto constitucional de 1988

A partir de meados da Década de 1970, o modelo de Estado Social que ganhou força no segundo pós-guerra deu sinais de declínio, principalmente em razão de problemas fiscais ligados à impossibilidade de manutenção do nível prestacional alcançado. O Estado Democrático e Social de Direito, também conhecido como Estado Subsidiário, ganhou espaço nesse contexto, cabendo-lhe “coordenar decisões e ações coletivas, para que todos, entes estatais ou não estatais, se desenvolvam e atuem em sua plenitude em regime de mútuo apoio”⁷. A intervenção estatal na ordem econômica novamente mudou de intensidade, principalmente em razão dos processos de privatizações de empresas públicas e concessões de serviços públicos à iniciativa privada⁸. A solidariedade, agora, é multidimensional, dependendo da participação do Estado e da sociedade civil, numa relação de interdependência⁹.

A Constituição Federal de 1988, quando elenca — como objetivos fundamentais republicanos — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II), a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III), bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV), revela, a um só tempo, sua opção por um modelo de Estado dotado de forte socialidade¹⁰, mas que preserva importantes valores tipicamente liberais. Os elementos caros ao liberalismo podem ser percebidos também pela análise dos princípios e fundamentos da ordem econômica, dentre os quais se destacam a “valorização do trabalho humano” (art. 170, *caput*), “a livre iniciativa” (art. 170, *caput*), a “propriedade privada” (art. 170, inciso II) e a “livre concorrência” (art. 170, inciso IV).

A intervenção do Estado Brasileiro, inaugurado em 1988, na ordem econômica pode-se dar de maneira direta ou indireta. O exercício direto de atividade econômica pelo Estado será excepcional, mais especificamente, dar-se-á apenas nos casos em que for necessário aos imperativos da segurança nacional ou existir relevante interesse coletivo (CF/88, art. 173, *caput*).

Sobre a intervenção do Estado na ordem econômica, é conhecida a classificação proposta por Eros Grau:

afirmada a adequação do uso do vocábulo *intervenção*, para referir atuação estatal no campo *da atividade econômica em sentido estrito* (“domínio econômico”), reafirmo a classificação de que me tenho valido, que distingue três modalidades de *intervenção*: *intervenção por absorção* ou *participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c)¹¹.

Quando intervém indiretamente, “o Estado atua monitorando a exploração das atividades geradoras de riquezas pelos particulares, intervindo quando se fizer necessário para normatizar, regular e corrigir as falhas de seu mercado interno”¹². Diz-se, nesse caso, que o Estado atua como agente normativo e regulador, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento (CF/88, art. 174, *caput*).

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, jul./set. 2011. p. 29.

⁸ Pode-se afirmar que, em relação à estrutura da ordem econômica constitucional de 1988, há espaço para escolhas políticas quanto ao nível e à forma da intervenção estatal na ordem econômica por meio da legislação infraconstitucional que apontam para formas menos interventivas de busca dos objetivos constitucionais. Nesse sentido, ver: KLEIN, Vinicius. *Os contratos empresariais de longo prazo*: uma análise a partir da argumentação judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 60-61.

⁹ CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Tributação e Fazenda Pública*: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal. Juruá: Curitiba, 2016. p. 97.

¹⁰ CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Tributação e Fazenda Pública*: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal. Juruá: Curitiba, 2016. p. 97-98.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 158-159.

¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 103.

A atuação subsidiária do Estado na ordem econômica tornou-se ainda mais clara a partir das reformas liberalizantes verificadas no país sobretudo em meados da década de 1990, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. À época, numerosas empresas estatais foram vendidas, ao passo que a exploração de serviços públicos de grande importância, como telefonia, foi transferida a concessionárias privadas. Essa reforma foi levada a efeito com vistas ao alcance de 4 (quatro) objetivos principais, quais sejam, (i) a delimitação do tamanho do Estado; (ii) a redefinição do papel regulador do Estado, (iii) a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo e (iv) o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar¹³.

Com vistas a manter o padrão de sociabilidade próprio do Estado Democrático e Social de Direito, mesmo após as medidas liberalizantes descritas acima, o Estado precisava aprimorar sua atuação enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. Nesse cenário, surgiram algumas das mais importantes agências reguladoras do país, dotadas, dentre outros, do poder para editar normas referentes ao setor regulado.

A reforma gerencial [...] transformou o paradigma do Estado atuante na economia por uma intervenção regulatória, substituindo o modelo burocrático, que se preocupava com os processos, pelo modelo gerencial, voltado para a obtenção de resultados (eficiência)¹⁴.

Por regulação, tem-se a “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”¹⁵. Nesse sentido, o Estado age “de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição”¹⁶.

São prerrogativas inerentes à regulação: i) a edição de normas; ii) a implementação concreta das normas; e iii) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações¹⁷⁻¹⁸. Nas palavras de Oliveira, “[n]ão se trata de simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas, sim, de uma postura ativa na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados”¹⁹.

Ocorre que, mesmo atuando de maneira indireta e por meio de indução²⁰, o Estado enquanto agente regulador pode, caso não proceda de maneira adequada, causar prejuízos aos agentes econômicos regulados ou à sociedade como um todo. Além de excessiva ou insuficiente, a regulação estatal pode apresentar déficit qualitativo.

¹³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n. 45, 1998. p. 49-50.

¹⁴ BLACHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, set./dez. 2017. p. 3.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁸ Vital Moreira explica que 3 (três) correntes doutrinárias atribuem sentidos distintos ao termo “regulação”: i) em primeiro lugar, há aqueles que entendem regulação como qualquer forma de intervenção estatal, direta ou indireta, na atividade econômica; ii) em segundo lugar, há os pensadores que identificam a regulação com qualquer forma de intervenção estatal indireta na ordem econômica; iii) por fim, há parcela da doutrina que identifica a regulação com a intervenção indireta exclusivamente normativa. Referido autor enquadra-se na segunda corrente doutrinária. Este é também o posicionamento dos autores do presente artigo, para quem a expressão “regulação” refere-se a qualquer tipo de intervenção indireta. (MOREIRA, Vital. *Auto-regulamentação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 34).

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 2873.

²⁰ NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 330-348, 2017. p. 339-340.

É sobre esse problema regulatório, bem como sobre um dos instrumentos mais utilizados internacionalmente para sua correção, qual seja, a Análise de Impacto Regulatório, que se discorrerá na próxima seção.

3 Análise de impacto regulatório como instrumento de incremento da qualidade da atividade da administração pública

Com base na perspectiva da Análise Econômica do Direito – AED, é possível estudar as normas jurídicas como um sistema de incentivos e desincentivos à concretização de determinadas ações. Conforme Ivo Gico Júnior, a AED visa

empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências²¹.

Buscando alterar uma conduta indesejada, a norma pode torná-la impossível, difícil ou desvantajosa; tratando-se de uma conduta desejada, pode torná-la necessária, fácil ou vantajosa. Reconhece-se, contudo, que muitas práticas são incentivadas ou desincentivadas mesmo que tais efeitos não tenham sido previstos ou pretendidos por quem editou a norma.

Mais precisamente, na perspectiva da AED, a norma regulatória representa a arquitetura de um incentivo econômico, tornando mais custosa uma conduta indesejada ou menos custosa uma conduta socialmente benéfica²². Mesmo as críticas quanto à ausência de racionalidade substantiva dos agentes econômicos²³ e aos requisitos informacionais dos modelos econômicos de incentivos e, por consequência, a inefetividade dos incentivos econômicos em algumas situações, não afastam a relevância da abordagem da AED²⁴. Afinal, os incentivos podem ser combinados com instrumentos comportamentais²⁵, como *nudges*, que podem ser entendidos como a construção de uma arquitetura de decisão intencionalmente construída com base em um viés comportamental, mas que possa ser facilmente superada pelos agentes²⁶.

Os incentivos fiscais são incentivos econômicos que tornam menos custosa uma decisão privada direcionada a determinada finalidade pública. Exemplificativamente, pode-se reduzir a carga tributária incidente sobre determinado produto ou serviço com vistas a, a um só tempo, reduzir seu preço final e atrair mais agentes econômicos para aquele segmento. Da mesma maneira, pode-se reduzir o grau de fiscalização e regulação de determinada atividade para incentivar o ingresso de empreendedores.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, “a regulação implica um custo para a economia, um imposto que não é cobrado, mas que o setor privado é obrigado a pagar”²⁷. Trata-se de “[u]m custo que em muitos casos é estritamente necessário, mas em outros responde simplesmente a interesses isolados”²⁸. Assim, ainda que

²¹ GICO JÚNIOR, Ivo. T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 8.

²² POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 1-28.

²³ Para uma crítica ampla à racionalidade na teoria econômica ver: SEN, Amartya. Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory. *Philosophy and Public Affairs*, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977. Para uma defesa da racionalidade limitada e o seu uso na teoria econômica, ver: WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 36-37.

²⁴ KLEIN, Vinícius. Posner é a única opção? In: KLEIN, Vinícius; RIBEIRO, Márcia Carla P. *Análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022. p. 241-248.

²⁵ TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018. p. 485-487.

²⁶ Para uma análise do conceito de nudges, ver: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale: Yale University Press, 2008. p. 6.

²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n. 45, 1998. p. 73.

²⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n.

fundamentada na correção das falhas de mercado e na satisfação do bem comum, a atividade regulatória pode ser prejudicial ao interesse comum tanto por ser demasiado lesiva quanto por ser demasiado benéfica a determinados agentes — públicos ou privados — ou segmentos econômicos.

A atividade regulatória, que pode ser exercida por todos os Poderes, revela-se mais problemática quando executada pelo Poder Executivo, inclusive por meio de entidades da Administração Indireta, como agências reguladoras e bancos centrais. Como lecionam Blanchet e Bubniak, “[p]ara além da discussão a respeito do déficit democrático [...], surge a necessidade de se averiguar se a regulação se faz necessária, adequada e proporcional em sentido estrito”²⁹. Tratando-se de normas editadas por quem não foi eleito para legislar, portanto, a atenção quanto a abusos deve ser maior ainda.

É justamente em virtude dos riscos apresentados acima que surge a necessidade de se tentar antever não só os aspectos positivos da norma que se vai editar, mas também, e principalmente, seus potenciais aspectos negativos, assim como todas as alternativas para uma melhor regulação. Para Leal, “o futuro da área parece destinado a rejeitar o idealismo sustentado sobre o apelo excessivo a princípios constitucionais e avançar para preocupações com as consequências práticas das decisões administrativas e o funcionamento real das instituições”³⁰.

É nesse cenário de preocupação com as consequências práticas dos atos dos administradores públicos que ganha destaque o instituto da Análise de Impacto Regulatório – AIR, hoje positivada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 13.874, de 2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica. Nos termos da referida Lei, as propostas normativas de interesses de agentes econômicos ou usuários de serviços de interesse geral serão precedidas da AIR. Esta, por sua vez, “conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico” (art. 5º, *caput*). A lei estabelece ainda ser dever da Administração Pública “evitar o abuso do poder regulatório” (art. 4º, *caput*)³¹.

Na mesma direção, no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, elaborado no âmbito federal pela Presidência da República, define-se a AIR como um “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos”³². Para a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a Análise de Impacto Regulatório “é ao mesmo tempo uma ferramenta e um processo decisório para dotar os tomadores de decisão política de elementos para saber se devem regular uma determinada questão e como regulá-la para alcançar o interesse público”³³.

A AIR revela-se ferramenta útil para avaliar o desempenho da regulação no que diz respeito aos seus resultados econômicos e sociais, sempre com vistas a torná-la mais eficiente. A ideia básica é a de que, com um sistema efetivo de medição, identificação clara das opções disponíveis, exposição dos motivos do gestor e dos custos e benefícios envolvidos, os governos estarão melhor preparados para decidir. Mais do que isso,

45, 1998. p. 73.

²⁹ BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, set./dez. 2017. p. 6.

³⁰ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 314.

³¹ Nas palavras de Vinícius Klein, “o abuso de poder regulatório deve ser visto como um instrumento mais eficaz para controlar os excessos das normas regulatórias do que os já existentes.” (KLEIN, Vinícius. Comentários ao art. 4º, inciso III. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). *Declaração de direitos da liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 296)

³² BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 06 jun. 2020.

³³ No original: “Regulatory Impact Analysis (RIA) is both a tool and a decision process for informing political decision makers on whether and how to regulate to achieve public policy goals”. (OECD. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/2012-recommendation.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.).

“a AIR visa trazer informações, promover o debate e fornecer à arena regras claras para fortalecer a democracia e a competitividade”³⁴.

A AIR tem pretensão de neutralidade, na medida em que, à exemplo do que acontece com a proporcionalidade, materializa-se por meio de um procedimento linear organizado em etapas, todas compostas por decisões — idealmente — técnicas tendentes ao alcance de resultados racionais em termos de bem estar³⁵. Simultaneamente, tenta-se afastar decisões meramente intuitivas ou tomadas por questões puramente ideológicas.

Sobre o assunto, para Matthew Adler e Eric Posner:

[n]esta parte, argumentamos que a Análise de Custo-Benefício (ACB) é propriamente conceituada como um procedimento de decisão voltada ao bem-estar. Defendemos as seguintes afirmações: (1) O efeito de um projeto governamental no bem-estar geral é uma característica moralmente relevante, se não moralmente decisiva, do projeto; e (2) em uma fração significativa de situações de escolha de agência, a ACB é o procedimento de decisão mais bem justificado à luz do bem-estar geral. [...] A ACB pode ser suficientemente precisa no rastreamento do efeito de bem-estar de projetos que, apesar do desvio conceitual entre ACB e bem-estar geral, é o melhor procedimento para as agências usarem, dado seu relativo baixo custo e transparência³⁶.

A AIR serve também para conferir maior transparência às decisões dos agentes reguladores, na medida em que torna as informações referentes às matérias reguladas e as razões que os levaram a uma ou outra decisão entre todas cabíveis públicas, considerando-se a relação custo-benefício constatada³⁷. Essa transparência pode ter reflexos inclusive no controle judicial de política públicas³⁸.

Por fim, e até mesmo como consequência do exposto, a AIR permite um maior controle social da atuação da Administração Pública, auxiliando a disseminação de uma cultura nova de responsividade pelos agentes administrativos³⁹.

Dadas as suas características centrais, descritas acima, a AIR tem sido mais utilizada de maneira prospectiva, isto é, ainda na fase de elaboração da regulação, antes de sua publicação. Exemplificativamente, antes de se criar um novo requisito para licenciamento de certa atividade, realiza-se estudo para averiguar todas as possíveis consequências — positivas e negativas — da norma, bem como possíveis alternativas e respectivos riscos. Os princípios que orientam a AIR, contudo, obviamente a tornam ferramenta adequada também para avaliação posterior da política adotada, possibilitando, eventualmente, uma segura mudança de rumo por parte do Ente Público⁴⁰.

³⁴ No original: “Furthermore, RIA aims at bringing information, promoting debate, and providing the arena with clear rules to strengthen democracy and competitiveness”. (CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, mar./abr. 2014. p. 326).

³⁵ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 325.

³⁶ No original: “In this Part, we argue that CBA is properly conceptualized as a *welfarist decision procedure*. We defend the following claims: (1) The effect of a governmental project on overall well being is a morally relevant, if not morally decisive, feature of the project; and (2) in a significant fraction of agency choice situations, CBA is the decision procedure best justified in light of overall well-being. [...] CBA might be *sufficiently* accurate in tracking the welfare effect of projects that, notwithstanding the conceptual slippage between CBA and overall well-being, it is the best procedure for agencies to use, given its relative cheapness and transparency”. (ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. *The Yale Law Journal*, v. 109, 1999. p. 195-196.)

³⁷ CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, mar./abr. 2014. p. 337.

³⁸ Para uma análise do papel do controle judicial na *Cost-Benefit Analysis* e, por consequência, na AIR ver: SUSTEIN, Cass R. *The cost-benefit revolution*. Cambridge: The MIT Press, 2018. p. 147-170.

³⁹ CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, mar./abr. 2014. p. 337.

⁴⁰ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 316-317.

Embora não exista uma norma estanque dispendo sobre as fases do procedimento para realização da AIR, via de regra, costuma-se efetivá-la por meio de um trajeto que envolva a identificação dos objetivos da regulação, alternativas à proposta e impactos da proposta e das alternativas. O já mencionado Guia orientativo para elaboração de AIR sugere um rito formado pelas seguintes etapas: 1) definição do problema regulatório; 2) identificação dos atores afetados pelo problema; 3) identificação da base legal para atuação do órgão; 4) definição dos objetivos desejados; 5) mapeamento das alternativas de ação; 6) análise dos impactos das alternativas; 7) identificação da melhor alternativa; 8) estratégia de implementação; 9) estratégia de fiscalização; 10) estratégia de monitoramento.

Apesar do exposto, existem muitos desafios para uma adequada implementação da AIR, matéria sobre a qual se versará na próxima seção.

4 Os desafios para adequada implementação da Análise de Impacto Regulatório

Como visto, em muitos casos, o Estado Regulatório entrega benefícios insuficientes e a altos custos à população. Nesse sentido, não é difícil concluir que um incremento na qualidade da regulação pode trazer numerosos benefícios sociais, começando pela própria redução do custo regulatório e, conseqüentemente, dos preços praticados no mercado, crescimento dos índices de emprego e promoção da competitividade internacional, redução da pobreza e dos riscos à vida e à saúde da população. Conforme Pildes e Sustain, “[n]esse sentido, programas regulatórios poderiam entregar melhores condições de proteção de segurança e saúde e, no processo, salvar muitas vidas”⁴¹.

A Análise de Impacto Regulatório – AIR é um procedimento idealizado para justamente melhorar a qualidade da regulação e, conseqüentemente, proporcionar todos os benefícios descritos acima. Muitos desafios precisam ser superados para que a AIR alcance esses efeitos, sendo os mais salientes: i) a transformação da AIR em mais um procedimento burocrático, custoso e moroso; ii) as dificuldades para se obter todas as informações disponíveis ligadas à causa sob análise; iii) a prevalência da vontade dos burocratas sobre a da sociedade; e iv) a dificuldade de se comparar, quando da análise de custo-benefício regulatória, variáveis completamente distintas.

Um primeiro risco a ser considerado quanto à eficácia da AIR enquanto medida voltada à melhoria da regulação estatal é o de que, com o objetivo de se reduzir a burocracia estatal, aumente-se referida burocracia pela instituição de mais um procedimento moroso e custoso — e prejudicial ao contribuinte. O fato é que o excesso de AIR também é danoso. A realização de qualquer Relatório de AIR implica custos ao Estado, começando pela disponibilização do aparato institucional mínimo necessário à sua efetivação, uma vez que uma boa AIR demanda não somente um número razoável de servidores, mas também que eles sejam tecnicamente qualificados e, conseqüentemente, bem remunerados⁴². Consoante Oliveira, “o tempo necessário para avaliar as alternativas regulatórias pode acarretar a paralisia regulatória”⁴³.

Um segundo problema a ser enfrentado, a respeito da AIR, refere-se à dificuldade para se obter todas as informações necessárias à identificação dos benefícios e malefícios da proposta, das alternativas possíveis — e suas respectivas conseqüências — e mesmo de todos os possíveis afetados pela solução proposta. A análise da vantajosidade da concessão de benefício fiscal estadual para determinado segmento econômico,

⁴¹ No original: “*In this way, regulatory programs could deliver greater protection of safety and health and, in the process, save many lives*”. (PILDES, Richard H.; SUSTAIN, Cass R. Reinventing the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 1, winter 1995. p. 8).

⁴² BLACHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, set./dez. 2017. p. 11.

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 5570.

exemplificativamente, demanda análise detalhada do atual estado da arte do segmento (número de empregos existentes no território do Ente regulado, potencial de expansão, percentual do segmento em relação à atividade econômica global do Estado e outros) não somente em relação ao Ente Federativo que realiza a AIR, mas nos Entes vizinhos e demais potenciais concorrentes, ademais, demanda estudo das condições — em termos de infraestrutura ou não — que o Estado tem para oferecer às empresas e dos custos que isso trará aos demais contribuintes — não beneficiários — durante o período em que os tributos deixarem de ser recolhidos.

Um terceiro desafio à melhor implementação da AIR é evitar que a vontade dos burocratas do Estado, responsáveis pela avaliação regulatória — em regra, como visto, concretizada antes da edição da norma — seja colocada à frente dos interesses sociais. Ainda que o processo tenha por ideal a publicização do máximo de informações referentes ao tema objeto da regulação, não há como negar que, dada a diferença de conhecimento técnico entre os responsáveis pela AIR e os agentes políticos, estes últimos podem valer-se do procedimento para conferir ênfase aos seus próprios interesses, omitindo eventuais riscos da regulação proposta ou mesmo alternativas menos custosas ao interesse público. Para Woods, “[e]m vez de fornecer ‘informação completa’ para as autoridades políticas [...], poder-se-ia cogitar de as agências agirem para manter uma significativa assimetria informacional”⁴⁴. Ainda de acordo com o referido autor, “[a]queles com expertise técnica e substantiva necessária à compreensão desses detalhes, assim, usualmente terão uma significativa vantagem sobre as autoridades políticas”⁴⁵.

O quarto problema a ser superado, durante a AIR, é a dificuldade de se comparar variáveis completamente distintas⁴⁶. Exemplificativamente, durante o processo preparatório para edição de uma nova normativa sobre licenciamento ambiental voltada a empreendimentos de pequeno porte, os responsáveis pela AIR, ao sopesar custos e benefícios, bem como alternativas regulatórias, terão de comparar valores como meio ambiente ecologicamente equilibrado e valorização do trabalho, desenvolvimento sustentável e busca do pleno emprego.

Para solucionar o problema do excesso de AIR, a Administração deve realizar o procedimento apenas em políticas e normas que efetivamente valham o esforço, sob pena de dispêndio desnecessário de energia e recursos. Nesse sentido, Rose-Ackerman afirma que a “análise de custo-benefício deveria ser utilizada para avaliar apenas um limitado campo de políticas regulatórias, e, ainda assim, deveria ser implementada com base em escolhas valorativas não ditadas pela economia do bem estar”⁴⁷. Pode-se pensar, de antemão, num piso valorativo — em termos monetários — abaixo do qual não há que se cogitar de realizar a AIR.

A dificuldade de se reunirem todas as informações necessárias, por sua vez, é de mais difícil solução. Aqui, não conseguimos pensar em outro caminho que não o investimento maciço em tecnologia e treinamento dos agentes responsáveis pelas tarefas. Apenas uma equipe bem preparada e bem equipada pode antever os principais benefícios e malefícios de uma determinada política pública. Isso, porém, envolve elevado custo, o que somente reforça a ideia, descrita no parágrafo anterior, de se destinar a AIR apenas para políticas de maior relevância.

⁴⁴ No original: “Rather than providing ‘full information’ for political officials..., it could be argued that agencies are likely to retain a significant information asymmetry when they produce the analyses that are used in decision making”. (WOODS, Neal D. Regulatory analysis procedures and political influence on bureaucratic policymaking. *Regulation & Governance*, n. 12, 2018. p. 301).

⁴⁵ No original: “Those with the technical and substantive expertise necessary to understand these details thus will often have a significant advantage over political officials”. (WOODS, Neal D. Regulatory analysis procedures and political influence on bureaucratic policymaking. *Regulation & Governance*, n. 12, 2018. p. 301).

⁴⁶ SHAPIRO, Stuart; MORRALL III, John F. The triumph of regulatory politics: benefit-cost analysis and political salience. *Regulation & Governance*, n. 6, 2012. p. 193.

⁴⁷ No original: “cost-benefit analysis should be used to evaluate only a limited class of regulatory policies, and even then it should be supplemented with value choices not dictated by welfare economics.” (ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. *University of Miami Law Review*, n. 336, 2011. p. 336).

Uma solução para que a AIR não atue mais em proveito dos burocratas responsáveis pela sua realização do que da sociedade como um todo é a inserção de medidas deliberativas, como consultas e audiências públicas, durante o trâmite regulatório. Nas palavras de Jennifer Nou, “a análise de custo-benefício deliberativo implica o uso de fóruns deliberativos durante o processo de medição dos custos e benefícios de uma regra regulatória proposta”⁴⁸. Outra alternativa para esse problema é a institucionalização de um órgão central de revisão regulatória, mais próximo dos agentes políticos, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América com o Escritório de Orçamento e Gestão (*Office of Management and Budget – OMB*). Esse órgão, dentre outras funções, analisa os relatórios de AIR das agências federais e encaminha “cartas de retorno” com recomendações para melhorar a atividade regulatória⁴⁹.

Sobre a questão da comparação de variáveis distintas, tem-se, mais uma vez, problema de difícil solução. Entendemos que uma possível saída seja a criação, em cada esfera de governo, de uma entidade centralizadora apta a padronizar as estimativas de custos e benefícios, de maneira que diferentes agências reguladoras ou órgãos governamentais possam avaliar a vida humana, a preservação ambiental e a geração de empregos, por exemplo, em métricas similares⁵⁰.

Pildes e Sustain, referindo-se à unidade do Escritório de Gestão e Orçamento norte-americano, destinada a assuntos regulatórios, conhecida como Escritório de Investigação e Questões Regulatórias (*Office of Investigation and Regulatory Affairs – OIRA*), elencam algumas providências que, se tomadas pelo órgão, podem melhorar a qualidade da regulação: em primeiro lugar, o órgão deve ter sempre em mente o objetivo de racionalização regulatória mediante fixação de metas prioritárias bem definidas, comparação de riscos em termos de relevância e atenção cuidadosa aos problemas mais relevantes; em segundo lugar, deve haver uma boa e tempestiva coordenação entre o órgão central e outras autoridades federais responsáveis pela regulação, baseada em objetivos compartilhados e clareza quanto às atribuições de cada um; em terceiro lugar, o órgão central de revisão deve viabilizar uma avaliação de desempenho nacional, na qual demonstre em termos concretos como e a que custo a regulamentação sob sua supervisão promove objetivos sociais específicos; em quarto lugar, propõe-se que a regulação seja avaliada não apenas em termos de custos e benefícios agregados, mas também em termos que reflitam julgamentos democráticos sobre diferenças qualitativas entre riscos qualitativamente diferentes; em quinto lugar, sugere-se que o órgão passe de um modelo de regulação de comando e controle para um que privilegie mais experiências com a divulgação de informações como remédio para riscos; por fim, em sexto lugar, defende-se que o Presidente e o Vice-Presidente tomem partido no aprimoramento da regulação referente à saúde e à segurança, uma vez que, sem um forte sinal das mais altas autoridades governamentais, as agências reguladoras, dificilmente, cumprirão suas missões⁵¹.

Na próxima seção, propõe-se, à luz dos desafios e das soluções apresentados, um modelo para realização de AIR nos procedimentos administrativos prévios à concretização de incentivos e benefícios fiscais de ICMS pelos Estados e pelo Distrito Federal.

⁴⁸ No original: “Simply stated, deliberative cost-benefit analysis entails the use of deliberative forums when measuring the costs and benefits of a proposed regulatory rule”. (NOU, Jennifer. A proposal for deliberative cost-benefit analysis. *Yale Law & Policy Review*, v. 26, n. 2, spring 2008. p. 606).

⁴⁹ HAHN, Robert. W.; LITAN, Robert E. Counting regulatory benefits and costs: lessons for the us and europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, 2005. p. 485.

⁵⁰ HAHN, Robert. W.; LITAN, Robert E. Counting regulatory benefits and costs: lessons for the us and europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, 2005. p. 496.

⁵¹ PILDES, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. Reinventing the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 1, winter 1995. p. 8-10.

5 AIR como instrumento de racionalização e transparência para a concessão de benefícios fiscais estaduais

Conforme exposto em sede introdutória, Estados e Distrito Federal concedem incentivos e benefícios fiscais relacionados ao ICMS com vistas não somente ao barateamento dos preços de produtos e serviços de primeira necessidade, mas também, em muitos casos, com vistas a atrair para seus territórios empreendimentos de médio e grande porte nos segmentos beneficiados. Trata-se, portanto, de atividade regulatória estadual bastante difundida e voltada à indução de comportamentos pré-concebidos.

Por força de disposição constitucional, é a lei complementar que deve “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (art. 155, § 2º, XII, g). A lei complementar que trata da matéria, qual seja, a Lei Complementar n. 24, de 1975, recepcionada pela ordem jurídica inaugurada em 1988, estabelece que os citados benefícios, incentivos e isenções de ICMS serão concedidos mediante convênios aprovados pela unanimidade dos Estados e do Distrito Federal. “A exigência de participação conjunta dos Estados no momento da concessão de isenções e benefícios de natureza fiscal tem por *objetivo principal mitigar os efeitos da já mencionada guerra fiscal* entre os diversos entes da Federação”⁵². Essa “guerra fiscal”, por sua vez, “surge quando há competição na arrecadação de impostos entre Estados”⁵³.

Sobre o instrumento normativo adequado para “internalização” do convênio, isto é, para que suas normas passem a valer no âmbito do Estado, após alguma controvérsia inicial⁵⁴, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de que, à luz do disposto no art. 150, § 6º, da Constituição de 1988, a autorização específica do Legislativo se faz inafastável a cada nova concessão de incentivos ou benefícios fiscais, tratando-se a deliberação de CONFAZ de mera “autorização”⁵⁵. Alguns Estados, como Paraná e Rio Grande do Sul, possuem leis que, embora admitam a internalização de convênio de ICMS por meio de Decreto, condicionam a eficácia dos incentivos e benefícios fiscais à aprovação do referido Decreto pela Assembleia Legislativa (em regra, mediante Decreto Legislativo).

Na prática, é o Poder Executivo que costuma ter protagonismo em termos de regulação dos setores e atividades que deixarão de ser tributados.

Os problemas que se põem, neste artigo, são (i) o das razões que levam determinada autoridade a efetivar, em âmbito interno, benefício fiscal autorizado via convênio e (ii) o do procedimento utilizado pelos referidos Entes para sopesar os benefícios e prejuízos da medida. Afinal, quais vantagens motivam as autoridades estaduais a concederem esses benefícios? Além disso, qual o procedimento utilizado pela Administração para concluir que beneficiar determinado segmento econômico em detrimento dos demais é o melhor a ser feito pela coletividade?

Em abstrato, os incentivos e benefícios fiscais apresentam alguns aspectos negativos, sendo o primeiro deles a queda de arrecadação decorrente da redução de base de cálculo e alíquotas do tributo. Como visto de maneira ilustrativa no tópico introdutório deste trabalho, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Paraná, apenas em 2022, prevê um montante de renúncia de receita superior a R\$ 17 bilhões de reais, equivalente a

⁵² CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus Freitas. *Tributos em espécie*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 731.

⁵³ FOLLONI, André; VOSGERAU, Douglas Ramos. Impactos da guerra fiscal do ICMS e da Resolução n. 13/2012 do Senado Federal sobre a ordem econômica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. p. 497.

⁵⁴ Entre os que defendem a necessidade de autorização específica do Poder Legislativo para internalização de convênios-ICMS, confira-se: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277. Entre os que se manifestam pela possibilidade de internalização de convênios-ICMS por meio de decreto do Chefe do Poder Executivo, confira-se: TÔRRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS: limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “Convênios Autorizativos”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 72, set. 2001. p. 90.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5929*, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 06-03-2020.

mais de 20% das receitas previstas para o ano. Nesse ponto, referindo-se ao que chama de “modernidade líquida” Batista Junior aduz que “[o]s efeitos da ‘guerra fiscal’ subvertem a lógica do Estado Distribuidor e são nefastos para a economia do Estado Solidário. O povo sofre com a falta do tributo e os contribuintes com a insegurança jurídica”⁵⁶. A renúncia de ICMS, além disso, provoca efeitos arrecadatórios negativos também para os Municípios, considerando que 25% do total arrecadado, por determinação constitucional (art. 158, IV), lhes pertence⁵⁷. Como se não bastasse o exposto, a política de exonerações fiscais, se não for bem planejada e executada, pode acarretar desigualdades não justificadas, isto é, “privilégios odiosos”⁵⁸, inclusive mediante o desvirtuamento da ordem concorrencial, na medida em que regras diferentes passam a ser aplicadas a agentes que atuam no mesmo segmento econômico ou em segmentos similares⁵⁹.

Os benefícios e incentivos fiscais possuem, também em abstrato, aspectos positivos. Ao reduzirem o custo de produção empresarial, permitem ao agente econômico beneficiário realizar operações mercantis a preços mais baixos e competitivos e fomentar a geração de emprego e renda no território em que vige a norma incentivadora. Admite-se, portanto, que a perda de arrecadação tributária possa ser compensada, dentre outras coisas, por crescimento da atividade econômica, redução dos níveis de desemprego e aumento da renda⁶⁰.

O fato é que apenas a análise de cada situação concreta pode permitir uma conclusão acerca da vantagem ou não de se instituir determinado incentivo ou benefício fiscal. É preciso, pois, “relacionar o custo para o Estado, em decorrência do decréscimo da arrecadação, com o benefício socioeconômico realmente produzido, e compará-lo a uma despesa direta equivalente”⁶¹. Nesse sentido, ganha importância a Análise de Impacto Regulatório – AIR como instrumento de racionalidade e transparência nesses processos de renúncia de receita, permitindo que decisões não sejam tomadas por mera intuição ou, por exemplo, pelo simples fato de a norma ter sido instituída no Estado vizinho.

O primeiro passo a ser dado no processo de concessão do benefício, seguindo as diretrizes gerais propostas para a AIR, é a definição do problema a ser resolvido. Assim, deve-se realizar uma avaliação global dos diversos segmentos econômicos do Estado e verificar quais, eventual e efetivamente, precisam de um incentivo estatal para que possam crescer e trazer benefícios à coletividade como um todo. Considerando que os incentivos e benefícios fiscais têm potenciais negativos claros, já narrados acima, não há de se falar em indução de mercado sem que exista uma falha que precise ser corrigida.

Escolhido o problema, deve-se fazer uma análise completa dos potenciais agentes afetados tanto pelo problema regulatório quanto pela regulação que se pretende propor. Isso porque, a pretexto de se alterar

⁵⁶ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios da modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011. p. 338.

⁵⁷ Sobre o assunto, assim lecionam Estevão Horvath e Hendrick Pinheiro: “O fenômeno da ‘cortesia com chapéu alheio’ é um tipo específico de conflito federativo, no qual uma parte dos impactos orçamentários derivados de programas de incentivos tributários é suportada por um ente diverso daquele que os instituiu valendo-se de sua competência tributária. Esta situação representa uma espécie de renúncia heterônoma indireta, na qual um ente cria incentivos fiscais e, com isso, abre mão de uma parte da sua arrecadação e, por via de consequência, também da parcela que foi constitucionalmente destinada a outro ente”. (HORVATH, Estevão; PINHEIRO, Hendrick. *Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: “cortesia com chapéu alheio”*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 103).

⁵⁸ GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 242-265, 2021. p. 254.

⁵⁹ GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Os incentivos fiscais sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 1, jan./jun. 2013. p. 78.

⁶⁰ Folloni e Vosgerau demonstram que, no período compreendido entre 1997 e 2008, em que numerosos benefícios e incentivos fiscais de ICMS foram concedidos pelos Estados brasileiros, houve, simultaneamente, crescimento do PIB e da relação entre a arrecadação do ICMS e o PIB em todas as regiões. (FOLLONI, André; VOSGERAU, Douglas Ramos. Impactos da guerra fiscal do ICMS e da Resolução n. 13/2012 do Senado Federal sobre a ordem econômica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. p. 504).

⁶¹ GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 242-265, 2021. p. 254.

um cenário em proveito de certo segmento de produtores, pode-se prejudicar, em medida superior aos benefícios, outro. Além disso, a atração de investimentos para uma determinada região pode gerar muitos empregos ou mesmo impactos ambientais negativos para a população local. Nessa fase, portanto, todos os potenciais afetados devem ser considerados, sejam os próprios agentes econômicos, seja a população de algum modo afetada.

A terceira etapa – identificação da base legal para atuação do órgão – deve ser cumprida mediante análise dos convênios aprovados no âmbito do CONFAZ e ainda vigentes, ou mesmo dos benefícios fiscais da região a que faz parte o Estado, já que a Lei Complementar n. 160, de 2017, autorizou as unidades federadas a “aderir às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais concedidos ou prorrogados por outra unidade federada da mesma região” (art. 3º, § 8º), ainda que tenham sido concedidos irregularmente, desde que convalidados no prazo fixado na referida norma. Como existem numerosos convênios aos quais o Ente pode aderir, muitos deles bastante específicos, é importante que as autoridades responsáveis pela elaboração do Relatório de AIR atentem para a melhor alternativa, ou seja, verifiquem se o caso é de adesão a algo mais amplo ou mais restrito. Outro ponto relevante a ser observado refere-se ao contido no art. 14, da Lei Complementar n. 101, de 2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal —, de acordo com a qual a concessão ou ampliação da medida deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias, além de, alternativamente, contemplar a demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa das receitas para o ano e de que não afetará as metas de resultados fiscais, ou estar acompanhada de medidas de compensação.

O quarto passo é a delimitação precisa do objetivo da referida renúncia de receita. É dizer, não basta elencar o problema, é preciso verificar, exatamente, o que pretende o Estado ao aderir a um benefício aprovado pelo CONFAZ e privilegiar certo segmento econômico em detrimento dos demais. Essa análise terá reflexos nas etapas seguintes, ligadas à comparação entre custos e benefícios propriamente ditos, já que, ao se ponderar se uma alternativa é melhor que a outra, deve-se considerar o que se pretende alcançar.

O quinto estágio é o mapeamento das alternativas de ação, seguido pelo estágio de análise dos impactos das referidas alternativas e da escolha da melhor alternativa. Vai-se realizar a análise de custo-benefício propriamente dita. Nesse momento, no caso do AIR prévio à regulação, sugere-se que inicialmente se realize uma comparação entre variáveis mais facilmente quantificáveis em dinheiro, como o potencial de riqueza que pode ser adicionada em razão da nova vantagem — incluindo aumento de renda direta e indiretamente decorrente dos novos empreendimentos —, o montante de tributo que deixará de ser arrecadado e o custo da infraestrutura fornecida pelo Estado para que as empresas possam funcionar. Assim, variáveis de difícil conversão em pecúnia, como questões ambientais, empregabilidade, variação de índices de desenvolvimento humano poderão adentrar a análise já após se ter conhecimento acerca da viabilidade do gasto.

Por fim, são concretizadas as estratégias de implementação, de fiscalização e de monitoramento da medida. Conforme Vinícius Garcia e Carlos Araújo Leonetti, “[a]lém de processos transparentes de justificação prévia das medidas [...], é necessário, ainda, efetuar o controle e avaliação periódica das políticas públicas instituídas por meio de desonerações tributárias”⁶². Importante mencionar que os instrumentos da AIR são bastante úteis também durante essas fases posteriores à edição da regulação, até mesmo para verificar se o Ente público deve tomar novos rumos ou deixar tudo como está.

Cumprido esse percurso, além de evitar decisões baseadas em meras intuições, isto é, além de se conferir algum grau de objetividade e racionalidade a decisões que envolvem a renúncia de bilhões de reais de recursos que poderiam ser vertidos aos cofres públicos, permite-se à sociedade tomar conhecimento das razões

⁶² GARCIA, Vinícius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 242-265, 2021. p. 262.

que levaram os gestores a agir da maneira que agiram, bem como das alternativas descartadas no processo de decisão.

6 Considerações finais

No Estado brasileiro inaugurado em 1988, a intervenção do Estado na ordem econômico-social sempre se deu, preferencialmente, de maneira indireta, por meio da atividade regulatória do Estado, compreendida como a atividade por meio da qual o Estado interfere na conduta de agentes privados e públicos com vistas a concretizar direitos fundamentais ou mesmo outras políticas públicas de menor impacto. Essa atividade regulatória ganhou novos contornos a partir de meados da década de 1990, após as reformas liberalizantes promovidas pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, momento em que muitas empresas estatais foram privatizadas e numerosos serviços públicos foram concedidos à iniciativa privada.

No novo modelo de administração gerencial, o papel regulador do Poder Executivo ganhou força, tendo sido criadas, em razão disso, várias das Agências Reguladoras ainda hoje existentes, com papel não somente de fiscalizar a atuação dos agentes econômicos privados — e eventualmente até sancioná-los —, mas também de editar normas voltadas à melhoria do serviço prestado ao usuário. Modificado o cenário, pôde-se perceber os riscos da atividade regulatória, seja por excesso de regulação, seja por má qualidade da regulação.

A Análise de Impacto Regulatório – AIR, atualmente positivada pela Lei n. 13.874, de 2019, surge como instituto voltado a conferir maior objetividade e racionalidade ao processo regulatório, mediante identificação clara do objetivo buscado e discriminação das alternativas possíveis e seus respectivos riscos. Além disso, ao permitir à sociedade tomar conhecimento das razões que levaram à decisão, confere maior transparência ao trabalho da Administração, algo fundamental nos casos em que não são os legisladores eleitos que elaboram a norma.

Diante do exposto, conclui-se que o instrumento da AIR pode-se revelar ferramenta bastante útil ao aprimoramento do processo de concessão de incentivos e benefícios fiscais pelos Estados brasileiros, processo em que o Poder Executivo é protagonista. Seguido o percurso proposto na Seção 2 e adotadas as condicionantes descritas na Seção 3, a AIR é capaz de, a um só tempo, (i) conferir maior objetividade e racionalidade a decisões que envolvam renúncias de vultosas quantias pelo Estado e (ii) proporcionar maior transparência às referidas decisões, facultando-se à sociedade acesso às razões que motivaram o gestor a agir e, conseqüentemente, suprimindo eventual déficit democrático que se pudesse arguir em razão da não participação do Poder Legislativo no processo regulatório.

Referências

- ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. *The Yale Law Journal*, v. 109, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios da modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 305-341, jan./jun. 2011.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, jan./abr. 2017.
- BLACHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, set./dez. 2017.

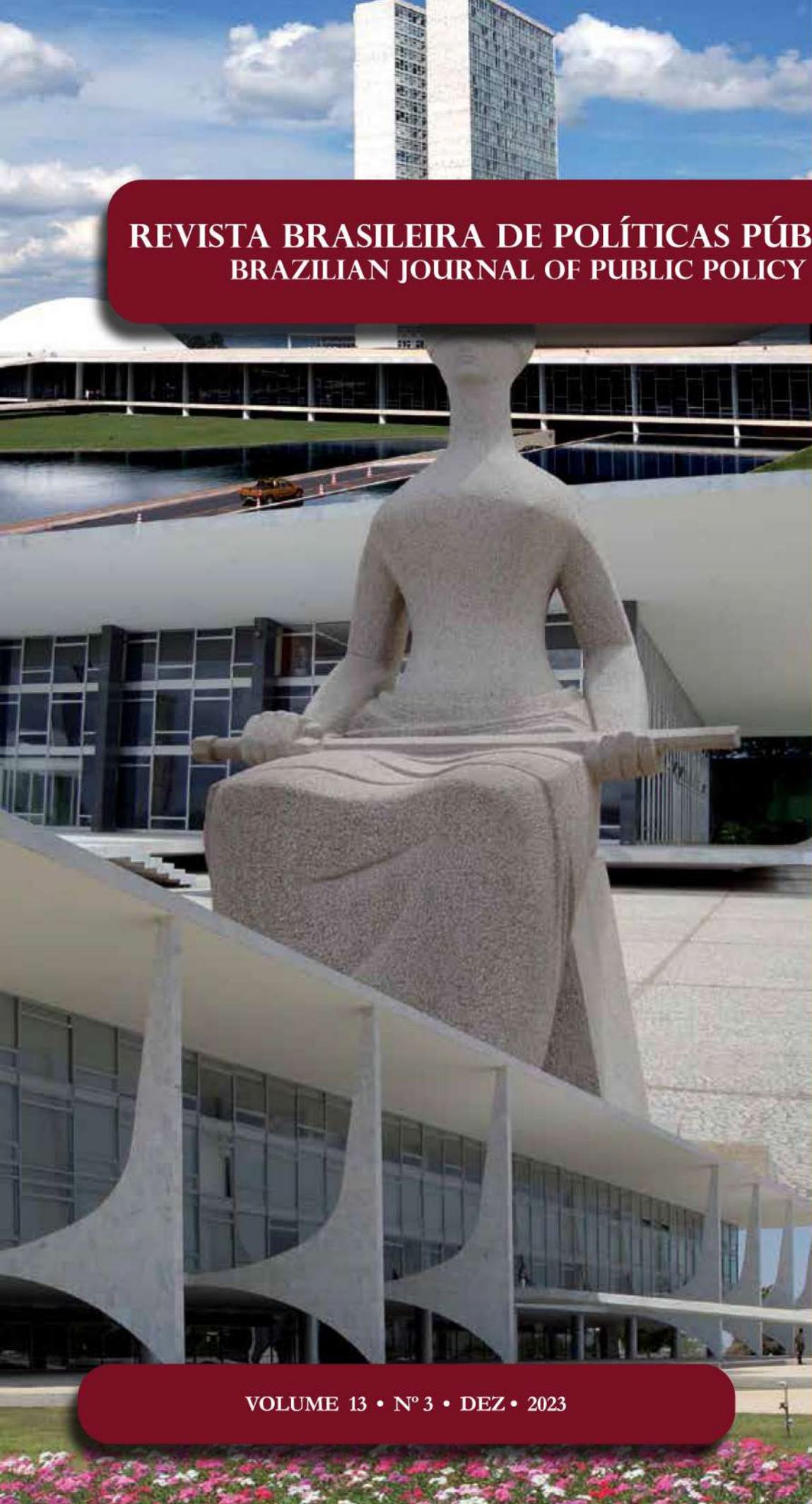
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. turma). *ADI 2345*. Relator Min. Cezar Peluso, publicado em 05 ago. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 607799*. Relatora Min. Carmen Lúcia (decisão monocrática), julgado em 12 mar. 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CASTRO, Camila Moreira de. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, mar./abr. 2014.
- CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus Freitas. *Tributos em espécie*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal*. Juruá: Curitiba, 2016.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COPETTI NETO, Alfredo; GARCIA, Mariana da Silva. Um ensaio sobre os fundamentos liberais-sociais da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, set./dez. 2017.
- FOLLONI, André; VOSGERAU, Douglas Ramos. Impactos da guerra fiscal do ICMS e da Resolução n. 13/2012 do Senado Federal sobre a ordem econômica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 496-510, jul./dez. 2016.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 242-265, 2021.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Os incentivos fiscais sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- HAHN, Robert W.; LITAN, Robert E. Counting regulatory benefits and costs: lessons for the US and Europe. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 2, 2005.
- HORVATH, Estevão; PINHEIRO, Hendrick. *Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: “cortesia com chapéu alheio”*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KLEIN, Vinicius. Comentários ao art. 4º, inciso III. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). *Declaração de Direitos da Liberdade Econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

- KLEIN, Vinicius. *Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Márcia Carla P. *Análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022. p. 241-248.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, jul./set. 2011.
- NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 330-348, 2017.
- NOU, Jennifer. A proposal for deliberative cost-benefit analysis. *Yale Law & Policy Review*, v. 26, n. 2, spring 2008.
- OECD. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/2012-recommendation.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PAIVA, Paulo Alves da Silva; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n. 45, 1998.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, 2007.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. *University of Miami Law Review*, v. 336, 2011.
- SEN, Amartya. Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory. *Philosophy and Public Affairs*, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977.
- SHAPIRO, Stuart; MORRALL III, John F. The triumph of regulatory politics: benefit-cost analysis and political salience. *Regulation & Governance*, n. 6, 2012.
- SUSTEIN, Cass R. *The cost-benefit revolution*. Cambridge: The MIT Press, 2018.
- TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale: Yale University Press, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS: limites formais e materiais: aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “Convênios Autorizativos”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 72, set. 2001.

WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

WOODS, Neal D. Regulatory analysis procedures and political influence on bureaucratic policymaking. *Regulation & Governance*, n. 12, 2018.

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, white, abstract sculpture in the foreground. The sculpture is a seated figure, possibly a woman, holding a long, thin object. The building has a curved facade and large windows. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered clouds. The foreground is filled with a bed of pink and white flowers.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Respostas fiscais dos governos estaduais para o combate aos efeitos econômicos da COVID-19: um estudo comparado México e Brasil

Tax responses of state governments to the economic effects of COVID-19: a study compared Mexico and Brazil

Jamille Carla Oliveira Araújo

Fernando Gentil de Souza

Laura Margarita Medina Celis

María Guadalupe Aguirre Guzmán

Umbelina Cravo Teixeira Lagioia

Respostas fiscais dos governos estaduais para o combate aos efeitos econômicos da COVID-19: um estudo comparado México e Brasil*

Tax responses of state governments to the economic effects of COVID-19: a study compared Mexico and Brazil

Jamille Carla Oliveira Araújo**

Fernando Gentil de Souza***

Laura Margarita Medina Celis****

María Guadalupe Aguirre Guzmán*****

Umbelina Cravo Teixeira Lagioia*****

* Recebido em: 27/05/2022

Aprovado em: 25/05/2023

** Doutoranda em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Administração, Professora Adjunta na Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA), Professora (Visitante) da Universidade Federal de Pernambuco 2019-2021, Professora (Visitante) da Universidade de Brasília (UNB) 2022.

E-mail: jamille.carla@ufpe.br

*** Doutor e Mestre em Contabilidade pela Universidade de Zaragoza na Espanha, Professor Adjunto pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

E-mail: fernando.gentil@ufpe.br

**** Doutora em Ciências Contábeis e Finanças pela Universidad Camagüey em Cuba, Mestre em Impostos pela Universidad de Guadalajara (UDG), Jalisco em México, Professora de Carreira do Departamento de Contabilidade do Centro Administrativo Universitario de Ciências Económicas da Universidad de Guadalajara em Jalisco no México.

E-mail: lamedina@ucea.udg.mx

***** Doutoranda em Estudos Fiscais na Universidad de Guadalajara (UDG), em Jalisco no México, Mestre em Estudos Fiscais na Universidad de Guadalajara, Professora de Disciplina na Universidad de Guadalajara.

E-mail: guadalupeguzman@gmail.com

***** Doutora e Mestre em Administração pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Especialização em Administração Financeira pela UFPE, Especialização em Contabilidade e Controladoria pela UFPE, Especialização em Normas Internacionais de Contabilidade e Normas Internacionais de Auditoria pela FIPECAFI, Professora Adjunta do Departamento de Ciências Contábeis da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

E-mail: umbelina.lagioia@ufpe.br

Resumo

Este artigo tem como objetivo apresentar as medidas fiscais dos governos locais em resposta aos efeitos econômicos da COVID-19, apresentando reflexões relativas aos diferentes contextos do México e do Brasil. Para isso, foi realizada uma pesquisa qualitativa, com base nos dados abertos do governo do Brasil e México, sendo avaliados 58 estados, 27 estados brasileiros e 31 estados do México. As informações coletadas foram analisadas por meio do software Iramuteq 2.0. Os resultados revelaram que, em ambos os países, os estados adotaram diferentes medidas em resposta aos impactos do COVID-19, em que se destaca o México que adotou: prorrogações e medidas de negociação do imposto sobre veículos, desconto de 100% no imposto sobre veículos na compra de veículos usados, redução do imposto de hospedagem para estados turísticos, isenção de 100% do imposto sobre habitação e incentivos para o pagamento de despesas com trabalhadores. No Brasil, foram adotadas diversas medidas de incentivos fiscais entre os estados, tais como: isenções fiscais, prorrogações e parcelamentos a todos os tributos. A pesquisa permite discutir estratégias direcionadas à identificação das medidas adotadas nos governos estaduais dos países, tendo como limitação a adoção de instrumentos necessários para discutir a recuperação das economias locais e finanças públicas.

Palavras Chaves: governos estaduais; incentivos fiscais; COVID-19; transparência.

Abstract

This article aims to present the fiscal measures of local governments in response to the economic effects of COVID-19, developing reflections in

the different contexts of Mexico and Brazil. For this, qualitative research was carried out, based on open data from the government of Brazil and Mexico, with 58 states being evaluated, being 27 Brazilian states and 31 Mexican states. The information was collected and analyzed using the Iramuteq 2.0 software. The results showed that in both countries the states adopted different measures in response to the impacts of COVID-19, in which Mexico stands out that adopted: vehicle tax extensions and negotiation measures, 100% discount on the vehicle tax in the purchase of used vehicles, reduction of the lodging tax for tourist states, exemption of 100% from the housing tax and incentives for the payment of expenses with workers. In Brazil, several tax incentive measures were adopted between the states, such as: tax exemptions, extensions and installment payments for all taxes. The research allows discussing strategies aimed at identifying the measures adopted by the countries' state governments, with the limitation of adopting the necessary instruments to discuss the recovery of local economies and public finances.

Keywords: state governments; tax breaks; COVID-19; transparency.

1 Introdução

A COVID-19 veio para mudar as vidas da população, não só na questão da saúde, mas pelos seus efeitos econômicos, políticos, culturais, sociais e pessoais, os quais despertaram no mundo incertezas e uma aflição sobre os diversos aspectos sociais¹. Aos poucos, foi se espalhando por todo o mundo. Por sua vez, na América Latina, especificamente no Brasil, em 26 de fevereiro de 2020, foi relatado o primeiro caso e, apenas 24 horas depois, no México².

O cenário calamitoso da propagação da doença pelos países resultou na declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) de uma pandemia³, em 11 de março de 2020, após um relato de mais de 118 mil casos em 114 países e 4.291 mortes⁴.

Os primeiros impactos da pandemia foram sentidos pelo mundo e medidas eram instauradas e discursos são afirmados de que todos somos vulneráveis. Campanhas de fique em casa e orientações para aumentar as medidas de higiene, saúde e cuidados pessoais foram implementadas, surgindo uma remodelação das rotinas e formas de fazer as atividades habituais, e emerge um “novo normal”^{5 6 7}.

Na sequência eram sentidas as consequências econômicas que surgiam e se tornavam perceptíveis, por exemplo, no preço do petróleo, no mercado de ações e quase todas as áreas do mercado, marcando o início de uma crise econômica^{8 9}. Não diferente a esses fatos, os governos estaduais brasileiros e mexicanos res-

¹ MACKAY-CASTRO, C. R.; LEÓN-PALACIOS, B. V.; ZAMBRANO-NOBOA, H. A. Efectos del COVID-19 en el mercado laboral. *Dominio de las Ciencias*, v. 6, n. 3, p. 1368-1381, 2020.

² MUJERES ONU; CEPAL. *Cuidados na América Latina e no Caribe em tempos de COVID-19*: em direção a sistemas integrais para fortalecer a resposta e a recuperação. 2020.

³ Pandemia trata-se de uma epidemia formada pela propagação de uma doença infecciosa que se espalha entre a população. MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S. *What is a pandemic?*. 2009.

⁴ Organização PanAmericana da Saúde (OPAS) *Folha informativa sobre COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875. Acesso em: 31 maio 2020.

⁵ BITTENCOURT, R. N. Pandemia, isolamento social e colapso global. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020.

⁶ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19*: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&routel=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

⁷ JAMALUDIN, S.; AZMIR, N. A.; AYOB, A. F. M.; ZAINAL, N. COVID-19 exit strategy: transitioning towards a new normal. *Annals of Medicine and Surgery*, v. 59, p. 165-217, 2020.

⁸ BAKER, T. H.; JUDGE, K. How to help small businesses survive COVID-19. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 620, 2020.

⁹ DIAS, G. N.; PAMPLONA, V. M. S.; RODRIGUES, A. E.; VOGADO, G. E. R.; SILVA JUNIOR, W. L.; BARRETO, W. D. L.; BARBOSA, E. S.; ARAÚJO, J. C. O. Mathematical and statistical analysis of disease COVID-19 and implications for future projec-

ponderam, de forma igualitária, as medidas de segurança, seguindo o caso chinês, com utilização da quarentena de contenção da COVID-19^{10 11}. Porém, essa medida afetou a economia, com o fechando comércios e a consequente, redução das arrecadações para investimento na saúde e circulação da moeda^{12 13}.

Assim, os governos federais tanto do Brasil quanto do México lançaram diversas medidas políticas para combater a crise econômica, que foram descentralizadas para os governos estaduais, os quais aplicaram diferentes medidas, que envolveram desde incentivos fiscais, com postergação e isenção de tributos, incentivos à manutenção do emprego e a inclusão de programas de apoio aos vulneráveis^{14 15 16 17}. De fato, essas medidas políticas de caráter fiscais dos governos estaduais trazem consigo um paradoxo presente na capacidade de esses governos manterem as receitas provenientes de tributos, tentar controlar os gastos sociais e de saúde, evitar os riscos fiscais futuros e incapacidade de amparar a população^{18 19}.

Mesmo o Brasil sendo república federativa, é considerado um Estado que, de modo estrutural, é simultaneamente uma federação e uma república, regida pela constituição federal, trazendo dentre as suas diversas atribuições da União dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público. O México seu formato de governo é uma federação, um estado composto por regiões com governo próprio (estados) e unidas sob um Governo Federal, e os *estados* adotam, para seu regime interior, a forma de governo por leis e decretos.

A análise comparativa dos dois países é reforçada pelo entendimento dos governos subnacionais que permitiram a igualdade desses níveis de governos que estão mais próximos da demanda da população no período da pandemia (estados)^{20 21}. Isso permite a compreensão das proxies de mudanças das condições econômicas, de comunicação (digitais) e dos padrões contábeis adotados em países *code law* interagem e influenciam o

tions. *Research, Society and Development*, v. 9, p. 1-10, 2020.

¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance*, 18 May 2020. World Health Organization, 2020.

¹¹ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; GONCALVES, H. S.; LIMA, V. S. Incentivos fiscais estaduais para o combate os efeitos econômicos da pandemia do Coronavírus (COVID19): um estudo sobre os incentivos fiscais estaduais. In: GALVÃO, Nadieli Maria Santos; SANTANA, Alex Fabiano Bertollo (org.). *Transparência em tempos de pandemia*. Igatu, CE: Quipá, 2021. v. 1, p. 38-49.

¹² PECCI, A.; AVELLANEDA, C. N.; SUZUKI, K. Respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, n. 1, p. 1-11, 2021.

¹³ RENTERIA, C.; ARELLANO-GAULT, D. ¿Cómo interpreta y enfrenta un gobierno populista una crisis de salud? Evidencia de la respuesta populista mexicana a la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, p. 180-196, 2021.

¹⁴ LESLIE, T.; GOURLAY, C.; BYRD, J.; HANRAHAN, C.; ELVERY, S.; LIDDY, M.; SPRAGGON, B. Coronavirus data shows which countries have it under control: what did they do right. *ABC News (Australian Broadcasting Corporation)*, 2020.

¹⁵ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes*. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&rout=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

¹⁶ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; ROBLES, E. M.; CELIS, L. M. M.; LAGIOIA, U. C. T. Fiscal policies for economic sustainability in COVID-19: what do subnational governments in Brazil and Colombia reveal. *Management and Administrative Professional Review*, [S. L.], v. 14, n. 4, p. 6636-6662, 2023.

¹⁷ PASCHOALOTTO, M. A. C.; LOPES, J. E. F.; OLIVEIRA, P. H. D.; BARROS, P. P. Performance of subnational governments in the COVID-19 pandemic: an analysis of the public and private health services in Brazil. *BAR-Brazilian Administration Review*, v. 19, 2022.

¹⁸ MONTEIRO, J. J.; RENGEL, R.; ROSA, F. S. da; LUNKES, R. J.; HASKEL, A. P. Reflexos da COVID-19 no Orçamento Público do Governo Federal. *Revista Gestão Organizacional*, v. 14, n. 1, p. 97-116, 2021.

¹⁹ ARAÚJO, J. C. O.; SILVA, K. M. S.; LIMA, F. E. G. V.; SILVA, A. S. Controladoria na gestão pública: um estudo na Unidade de Controle Interno (UCI) do município de Castanhal sob a ótica da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). *Brazilian Journal of Development*, v. 4, p. 3755-3772, 2018.

²⁰ SALOMÓN, M.; NUNES, C. A ação externa dos governos subnacionais no Brasil: os casos do Rio Grande do Sul e de Porto Alegre. Um estudo comparativo de dois tipos de atores mistos. *Contexto Internacional*, v. 29, p. 99-147, 2007.

²¹ SETZER, J.; REI, F.; CUNHA, K. B. A Rio+ 20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 129-140, 2012.

comportamento da administração pública em relação à produção de informações de qualidade superior ou inferior em economias em desenvolvimento com históricos relevantes de crises econômicas^{22 23 24}.

O estudo das respostas fiscais e efeitos econômicos da COVID-19 pode auxiliar a compreensão da construção de sociedades adequadas no futuro^{25 26}. Considerando-se a heterogeneidade das medidas adotadas pelos países para enfrentamento da COVID-19, esse fato pode esclarecer as ações e os fatores estruturais, são mais significativos para a obtenção de bons resultados nas crises de saúde^{27 28}.

Nessa perspectiva, a Teoria da Comunicação permeia essas respostas fiscais aos efeitos econômicos, sendo utilizada para explicar a linguagem na perspectiva das informações contábeis^{29 30} e, neste trabalho, está diretamente relacionada com a comunicação entre governo e sociedade. Portanto, em relação à pesquisa, lançou-se como questão norteadora: quais as medidas fiscais adotadas pelos governos estaduais em resposta aos efeitos econômicos da COVID-19 no México e no Brasil? Para responder a essa pergunta, o estudo tem como objetivo as medidas fiscais dos governos locais em resposta aos efeitos econômicos da COVID-19, desenvolvendo reflexões nos diferentes contextos do México e do Brasil.

Refletir que todos os países responderam à crise, mas não ao mesmo tempo, não exatamente da mesma maneira, ou com a mesma força ou rigor. Reforça a compreensão sobre a razão de isso ocorrer e se essas respostas adotadas pelos países podem ser melhoradas para crises futuras, o que é uma questão crítica para estudos de política.

2 Antecedentes e referencial teórico

Inúmeras crises já devastaram o mundo, desde a Peste Negra (século XIV), a Gripe Espanhola de 1918, nos períodos Pós-guerra e diante a queda Bolsa de Valores de Nova York em 1929, que foi maior crise do capitalismo financeiros, conhecida como “A Grande Depressão”. Tais eventos foram causadores de inúmeros casos de mortes (suicídios) e de impactos sociais, gerando efeitos na economia, política e na vida das comunidades³¹.

Mesmo que esses casos se distingam entre si por serem pandemias virais ou crises financeiras, apresentam aspectos semelhantes quanto à inferência de ações e à necessidade da inserção de políticas públicas,

²² BALL, R.; ROBIN, A. WU, J. S. Incentives versus standards: properties of accounting income in four East Asian countries. *Journal of accounting and economics*, v. 36, n. 1-3, p. 235-270, 2003.

²³ BALL, R.; KOTHARI, S. P.; ROBIN, A. The effect of international institutional factors on properties of accounting earnings. *Journal of accounting and economics*, v. 29, n. 1, p. 1-51, 2000.

²⁴ JONG, M.; HO, A. T. Emerging fiscal health and governance concerns resulting from COVID-19 challenges. *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management*, 2020.

²⁵ MUJERES ONU; CEPAL. *Cuidados na América Latina e no Caribe em tempos de COVID-19: em direção a sistemas integrais para fortalecer a resposta e a recuperação*. 2020.

²⁶ CORREIA NETO, C. de B.; ARAUJO, J. E. C.; PALOS, L. C. S.; SOARES, M. R. C. Tributação em tempos de pandemia. Câmara dos Deputados. *Estudo Técnico*, jun. 2020. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

²⁷ COSCIEME, L.; FIORAMONTI, L.; MORTENSEN, L. F.; PICKETT, K. E.; LOVINS, I. K. H.; MCGLADE, J.; RAGNARS-DÓTTIR, K. V.; ROBERTS, D.; COSTANZA, R.; VOGLI, R. de; WILKINSON, R. Women in power: female leadership and public health outcomes during the COVID-19 pandemic. *MedRxiv*, 2020.

²⁸ SADIK-ZADA, E. R.; GATTO, A.; NIFTIYEV, I. E-government and petty corruption in public sector service delivery. *Technology Analysis & Strategic Management*, p. 1-17, 2022.

²⁹ DIAS FILHO, J. M. A linguagem utilizada na evidenciação contábil: uma análise de sua compreensibilidade à luz da teoria da comunicação. *Caderno de Estudos*, p. 38-49, 2000.

³⁰ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; GOMES, A. P. da S. Incentivos gubernamentales frente al COVID-19: un estudio comparativo entre Brasil y Chile a la luz de la teoría de la comunicación. *Contabilidad y Negocios*, v. 18, n. 35, 10 mar. 2023.

³¹ MURSHED, S. M. Capitalism and COVID-19: Crisis at the Crossroads. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 26, n. 3, 2020.

que pudessem garantir assistências geração de empregos, nas condições de moradia, alimentação, saúde e, inclusive, de renda³².

No dia 31 de dezembro de 2019, foram iniciados os primeiros alertas da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre os casos de pneumonia na província de Hubei, cidade de Wuhan, na China. Chegando o mês de janeiro de 2020, confirmaram a identificação de um novo tipo coronavírus (SARS-CoV-2).

Em seguida a esse fato, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou um surto da doença, causada pelo novo coronavírus – COVID-19, estabelecendo, assim, uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)³³.

No mês de abril do ano de 2020, a COVID-19 havia alcançado proporções, atingindo 185 países, com milhões de casos confirmados e vítimas fatais. Fato esse, demonstra a tamanha velocidade de sua propagação e capacidade de disseminação, que se alastrava por todo o mundo³⁴.

Em uma conjuntura em que não há medicamentos específicos e se iniciava uma corrida para descoberta da vacina para COVID-19, se observavam diversas discussões sobre os efeitos da COVID-19, diante a sobrecargas dos sistemas de saúde, materiais, insumos, profissionais de saúde³⁵, econômicos, políticos, sociais e pessoais^{36 37}.

Frente a esse cenário de contágio, os governos passaram a adotar diversas medidas que refletiram em impactos em todos os países e suas economias. De modo que a pandemia do COVID-19 vem colocando à prova a capacidade dos líderes políticos de coordenar e testar suas respostas perante a demanda de serviços gerados^{38 39 40}.

A pandemia presente nos países disponibiliza um experimento natural, em que o problema de política enfrentado pelos governos estaduais são os mesmos. Entretanto, as respostas foram diferentes entre os estados, criando oportunidades comparativas sobre os instrumentos políticos utilizados e os fatores podem explicar as escolhas tomadas⁴¹.

Nesta conjuntura, a Teoria Crítica tem sido utilizada nos estudos na discussão sobre a adoção de instrumentos de apoio, com relação à comunicação de troca argumentativa, a qual incorpora uma perspectiva crítica e interpretativa⁴².

³² LEMOS, P.; ALMEIDA FILHO, N. de; FIRMO, J. COVID-19, desastre do sistema de saúde no presente e tragédia da economia em um futuro bem próximo. *Brazilian Journal of Implantology and Health Sciences*, [S. L.], v. 2, n. 4, p. 39-50, 2020.

³³ Organização PanAmericana da Saúde (OPAS) *Folha informativa sobre COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875. Acesso em: 31 maio 2020.

³⁴ TAVARES, A. B.; SILVEIRA, F.; PAES-SOUSA, R. Proteção Social e COVID-19: a resposta do Brasil e das maiores economias da América Latina. *NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 111-129, 2020.

³⁵ SÁNCHEZ-CRUZ, E.; MASINIRE, A.; LÓPEZ, E. V. The impact of COVID-19 on education provision to indigenous people in Mexico. *Revista de Administração Pública*, v. 55, p. 151-164, 2021.

³⁶ PECCI, A.; AVELLANEDA, C. N.; SUZUKI, K. Respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, n. 1, p. 1-11, 2021.

³⁷ MACKAY-CASTRO, C. R.; LEÓN-PALACIOS, B. V.; ZAMBRANO-NOBOA, H. A. Efectos del COVID-19 en el mercado laboral. *Dominio de las Ciencias*, v. 6, n. 3, p. 1368-1381, 2020.

³⁸ GOMES, P. Financial and non-financial responses to the COVID-19 pandemic: insights from Portugal and lessons for future. *Public Money & Management*, p. 1-3, 2021.

³⁹ AHMED, W.; ANGEL, N.; EDSON, J.; BIBBY, K.; BIVINS, A.; O'BRIEN, J. W.; CHOI, P.M.; KITAJIMA, M.; SIMPSON, S. L.; LI, J.; TSCHARKE, B.; VERHAGEN, R.; SMITH, W. J. M.; ZAUGG, J.; DIERENS, L.; HUGENHOLTZ, P.; THOMAS, K. V.; MUELLER, J. F. First confirmed detection of SARS-CoV-2 in untreated wastewater in Australia: A proof of concept for the wastewater surveillance of COVID-19 in the community. *Science of The Total Environment*, v. 728, p.138764, 2020.

⁴⁰ GOPINATH, G. Limiting the economic fallout of the coronavirus with large targeted policies. *IMF Blog*, 9 mar. 2020.

⁴¹ GOMES, P. Financial and non-financial responses to the COVID-19 pandemic: insights from Portugal and lessons for future. *Public Money & Management*, p. 1-3, 2021.

⁴² SODRÉ, F. Epidemia de Covid-19: questões críticas para a gestão da saúde pública no Brasil. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 18, 2020.

2.1 Respostas fiscais e efeitos econômicos nos países

A resposta à crise da COVID-19 demonstra que a sociedade vislumbra o bem-estar humano que deve ser o cerne da política, e não o crescimento econômico⁴³. Esse ponto traz à discussão, no campo da economia, as lições que podem ser obtidas e são consideradas valiosas para mitigar as adversidades, à medida que os países navegam nas consequências econômicas.

Logo, uma das respostas extensiva à crise da COVID-19 deve admitir o trabalho gerado tanto da nova demanda como os que se mantiveram como parte integrante do sistema econômico que propicia o bem-estar humano^{44 45}.

Em alguns estudos, o tempo de respostas dos governos dos países foram discutidos, na forma de uma oportunidade de aprendizado e melhoria, lições consideradas duras, como foi o caso de Portugal, que considerou medidas não financeiras (regulação e flexibilidade) para o combate a COVID-19⁴⁶.

Nos Estados Unidos, a ausência de coordenação de políticas internacionais e a falta de liderança econômica cooperaram com a adotou estratégias semelhantes de outros países com relação a isolamento e paralisação das atividades não essenciais, não conseguiu evitar o aumento do desemprego e o impacto negativo nos mercados de capitais^{47 48}. Esse fato também foi sentido na Alemanha, pelos Mercados asiáticos e pela Europa, quando refletiu os efeitos da COVID-19 na queda dos rendimentos e na adoção dos governos por medidas de auxílios econômicos, frente a perda da renda⁴⁹.

No Brasil, as medidas de combate à COVID-19 foram instituídas pelos governos municipal, estadual e federal, os quais permearam diversas tensões ao corpo político, ocasionadas pelas decisões de isolamento social horizontal, a inevitabilidade de se manter a economia funcionando, repetida pela narrativa presidencial.

De acordo com as Nações Unidas Brasil, se considerados os diferentes cenários para o impacto da COVID-19 em relação ao crescimento do PIB global, as estimativas da OIT indicam um aumento no desemprego global entre 5,3 milhões (cenário de baixo impacto) e 24,7 milhões (cenário de alto impacto), a partir de um nível base de 188 milhões em 2019⁵⁰.

Nesse contexto, há, por um lado, os axiomas de discussão saúde, economia e proteção social, medidas adotadas em conjunto a fim de frear a disseminação da doença⁵¹. A crise colocou em xeque e desafiou os governos, para conter a pandemia e responder, ao mesmo tempo, aos seus efeitos econômicos e sociais, o

⁴³ SILVA, M. S. Política econômica emergencial orientada para a redução dos impactos da pandemia da COVID-19 no Brasil: medidas fiscais, de provisão de liquidez e de liberação de capital. 2020.

⁴⁴ WIRTZ, B. W.; BECKER, M.; WEYERER, J. C. Open government: development, concept, and future research directions. *International Journal of Public Administration*, p. 1-16, 2022.

⁴⁵ BAHN, K.; COHEN, J.; RODGERS, Y. V. D. M. A feminist perspective on COVID-19 and the value of care work globally. *Gender, Work & Organization*, v. 27, n. 5, p. 695-699, 2020.

⁴⁶ ITO, N. C.; PONGELUPPE, L. S. O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: munificência de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 782-838, 2020.

⁴⁷ GOMES, P. Financial and non-financial responses to the COVID-19 pandemic: insights from Portugal and lessons for future. *Public Money & Management*, p. 1-3, 2021.

⁴⁸ HUYNH, T. L. D. Does culture matter social distancing under the COVID-19 pandemic?. *Safety Science*, v. 130, p. 104872, 2020.

⁴⁹ MURSHED, S. M. Capitalism and COVID-19: Crisis at the Crossroads. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 26, n. 3, 2020.

⁵⁰ NICOLA, M.; ALSAFI, Z.; SOHRABI, C.; KERWAN, A.; AL-JABIR, A.; IOSIFIDIS, C.; AGHA, M.; AGHA, R. The socio-economic implications of the coronavirus pandemic (COVID-19): A review. *International journal of surgery*, v. 78, p. 185-193, 2020.

⁵¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Quase 25 milhões de empregos podem ser perdidos no mundo devido à COVID-19*. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm#:~:text=GENEBRA%20\(OIT%20Not%C3%ADcias\)%20%E2%80%93A,Internacion al%20do%20Trabalho%20\(OIT\)](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm#:~:text=GENEBRA%20(OIT%20Not%C3%ADcias)%20%E2%80%93A,Internacion al%20do%20Trabalho%20(OIT).). Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵² BRESSER-PEREIRA, L. C.; NAKANO, Y. Crescimento econômico com poupança externa?. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 23, p. 163-188, 2020.

que trouxe à tona uma grande dubiedade de ações, para governos municipais, estaduais e federal⁵². Consequentemente, as medidas governamentais ocasionam um aumento da dívida pública⁵³.

Essas medidas são distintas em cenários em que a população possui acesso aos serviços de saúde de forma gratuita e proteção à renda. No Brasil houve casos em que, em ambientes específicos, a população teve de optar em trabalhar para manter seu sustento⁵⁴.

Além disso, sistemas econômico e de saúde estavam em processo de reorganização, em que não houve clareza como funcionariam as diferentes agências governamentais, intensificando os efeitos de uma crise econômica histórica, caracterizados pela desigualdade educacional e social^{55 56}. Esse fato reforça, em relação às características, as condições socioeconômicas das comunidades e determinam a experiência de prevenção e confinamento⁵⁷.

Nesse escopo, quando a doença surgiu no México, foi implementado um sistema de vigilância epidemiológica sentinela, em vez de uma estratégia de testes massivos, para contar e relatar os casos. Ademais, as ações de mitigação não são obrigatórias, mas recomendações para a população em geral e para o setor privado^{58 59}.

Dessa forma, a educação ou consciência e decisões racionais sobre a mudança comportamental, associada à diminuição das taxas de contato efetivas, apresentaram-se as mesmas para indivíduos assintomáticos e sintomáticos no México⁶⁰.

Em alguns estudos, são apontados que, no caso mexicano, o aspecto econômico, efeitos políticos e administrativos da redução do populismo do presidente Lopez Obrador, vem estampando, negativamente, funcionários e organizações públicas^{61 62 63}. Essa imagem negativa enfraqueceram as instituições públicas e sua capacidade de lidar com a crise^{64 65}.

Nesse sentido, a escala dos impactos ocasionados pelo vírus, nos países, está ligada aos aspectos de saúde e decorre, basicamente, da rapidez como os governos respondem as implicações financeiras que se

⁵² NUSSBAUMER-STREIT, Barbara *et al.* Quarantine alone or in combination with other public health measures to control COVID-19: a rapid review. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, n. 9, 2020.

⁵³ ITO, N. C.; PONGELUPPE, L. S. O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: munificência de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 782-838, 2020.

⁵⁴ LEMOS, P.; ALMEIDA FILHO, N. de; FIRMO, J. COVID-19, desastre do sistema de saúde no presente e tragédia da economia em um futuro bem próximo. *Brazilian Journal of Implantology and Health Sciences*, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 39-50, 2020.

⁵⁵ ISLAS, D. S. C.; ALEJANDRO, D. M. E.; ROJAS, R. F. Educación superior en México, COVID-19 y la respuesta emergente: el caso de la Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco. *Revista Ciencias y Humanidades*, v. 11, n. 11, p. 91-122, 2020.

⁵⁶ CALDERA-VILLALOBOS, C.; VELOZ, I. G.; MARÍNEZ-AVILA, N.; DELGADO-ENCISO, I.; ORIZ-CASTRO, Y.; CABRAL-PACHECO, G. A.; MARTINEZ-FIERRO, M. L. The Coronavirus Disease (COVID-19) challenge in Mexico: a critical and forced reflection as individuals and society. *Frontiers in public health*, v. 8, p. 337, 2020.

⁵⁷ MURSHED, S. M. Capitalism and COVID-19: Crisis at the Crossroads. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 26, n. 3, 2020.

⁵⁸ TORREALBA-RODRIGUEZ, O.; CONDE-GUTIÉRREZ, R. A.; HERNÁNDEZ-JAVIER, A. L. Modeling and prediction of COVID-19 in Mexico applying mathematical and computational models. *Chaos, Solitons & Fractals*, v. 138, p. 109946, 2020.

⁵⁹ SUÁREZ, V.; QUEZADA, M. S.; RUIZ, S. O.; JESÚS, E. R. Epidemiología de COVID-19 en México: del 27 de febrero al 30 de abril de 2020. *Revista clínica española*, v. 220, n. 8, p. 463-471, 2020.

⁶⁰ SÁNCHEZ-CRUZ, E.; MASINIRE, A.; LÓPEZ, E. V. The impact of COVID-19 on education provision to indigenous people in Mexico. *Revista de Administração Pública*, v. 55, p. 151-164, 2021.

⁶¹ RENTERIA, C.; ARELLANO-GAULT, D. ¿Cómo interpreta y enfrenta un gobierno populista una crisis de salud? Evidencia de la respuesta populista mexicana a la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, p. 180-196, 2021.

⁶² SUÁREZ, V.; QUEZADA, M. S.; RUIZ, S. O.; JESÚS, E. R. Epidemiología de COVID-19 en México: del 27 de febrero al 30 de abril de 2020. *Revista clínica española*, v. 220, n. 8, p. 463-471, 2020.

⁶³ CERVANTES HOLGUÍN, E.; GUTIÉRREZ SANDOVAL, P. R. Resistir la COVID-19. Intersecciones en la educación de Ciudad Juárez, México. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 9, n. 3, 2020.

⁶⁴ ACOSTA, L.; XAVIER, F.; CHAVES, L. S. M.; SABINO, E. C.; SARAIVA, A. M.; SALLUM, M. A. M. Interfaces à transmissão e spillover do coronavírus entre florestas e cidades. *Estudos Avançados*, v. 34, p. 191-208, 2020.

⁶⁵ GUIBARRA, N. I. L.; SÁNCHEZ, J. C. A. Conferencias de prensa y COVID-19: explorando la respuesta gubernamental mexicana desde la comunicación en salud. *Revista española de comunicación en salud*, p. 128-141, 2020.

instauram a partir das restrições sociais e econômicas⁶⁶. Essa distinção ocorre devido às distinções sociais, econômicas, demográficas e culturais existentes entre os países do mundo⁶⁷.

A consequente redução da geração de renda das famílias nos países vem afetando a composição das receitas das organizações e da cadeia de valor que está envolvida, dado pela redução da demanda agregada de bens e serviços⁶⁸.

Nesse meio de incertezas, há o reforço da intervenção política pelos governos para evitar, não somente, mortes prematuras, mas evitar que haja resultados ainda mais negativos^{69 70}.

Desse modo o combate aos efeitos econômicos e sociais, diante dessas incertezas, exigirá medidas que consigam a estatização dos fluxos de renda (salário e receita das empresas), sendo necessária a inclusão de medidas que ampliem a oferta de crédito através das instituições públicas, tendo em vista que não há uma forma de obrigar as instituições privadas a aceitar tal risco, no momento de instabilidade^{71 72}.

A compreensão das respostas dos governos nacionais e estaduais à chegada do COVID-19 inclui a compreensão do tempo real *versus* o apropriado e os instrumentos para mitigar sua transmissão, ou determinar as razões para as divergências entre a intensidade real e ótima das medidas políticas adotadas para afetar os resultados de saúde pública⁷³. Esse fato reforça a indispensabilidade da disposição da informação, o detalhamento a cobertura da imprensa, dos governos e os dados do site de todo o mundo^{74 75}.

3 Metodologia

Avaliaram-se, neste trabalho qualitativo, com dados das páginas web dos governos estaduais do Brasil e México, entre 2020 e 2021, 58 estados, dos quais 27 estados brasileiros e 31 estados do México. Foram coletadas todas as informações de 26 de março de 2020 a 7 de maio de 2021. Foram avaliadas políticas federais e estaduais, estados, das quais 27 estados brasileiros apresentaram 128 iniciativas e 31 estados do México apresentaram 298 iniciativas.

A pesquisa qualitativa passa a ter como objetivo apresentar as medidas fiscais dos governos estaduais em resposta aos efeitos econômicos da COVID-19, desenvolvendo reflexões nos diferentes contextos dos países⁷⁶. Nesse ponto as análises são auxiliadas pelas redes temáticas, ou seja, se utilizam de todas as informações presente na web, de lei, decretos, notícias, que serão analisados por conteúdos e comparados entre si por estado e entre países.

⁶⁶ BHUSAL, M. K. The world after COVID-19: An opportunity for a new beginning. *International journal of scientific and research publications*, 2020.

⁶⁷ HENRION, C. T.; HENRÍQUEZ, D. I.; SCHOR-LANDMAN, C. *América Latina: sociedad, política y salud en tiempos de pandemias*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 2021.

⁶⁸ LEMOS, P.; ALMEIDA FILHO, N. de; FIRMO, J. COVID-19, desastre do sistema de saúde no presente e tragédia da economia em um futuro bem próximo. *Brazilian Journal of Implantology and Health Sciences*, [S. L.], v. 2, n. 4, p. 39-50, 2020.

⁶⁹ TORREALBA-RODRIGUEZ, O.; CONDE-GUTIÉRREZ, R. A.; HERNÁNDEZ-JAVIER, A. L. Modeling and prediction of COVID-19 in Mexico applying mathematical and computational models. *Chaos, Solitons & Fractals*, v. 138, p. 109946, 2020.

⁷⁰ PORRAS, A. R.; PITA, J. E. A. La economía mexicana en tiempos de la COVID-19. *Economía, Salud y Políticas Públicas*, p. 11, 2020.

⁷¹ MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. ¿Quién puede trabajar desde casa? Evidencia desde México. *Estudios Económicos*, v. 36, n. 1, p. 89-113, 2021.

⁷² PORRAS, A. R.; PITA, J. E. A. Los precios del petróleo y la actividad económica en México: Oil Prices and Economic Activity in Mexico. *Ensayos Revista de Economía*, v. 40, n. 2, p. 159-188, 2021.

⁷³ NUSSBAUMER-STREIT, Barbara *et al.* Quarantine alone or in combination with other public health measures to control COVID-19: a rapid review. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, n. 9, 2020.

⁷⁴ HALE, T.; ANGRIST, N.; GOLDSZMIDT, R.; KIRA, B.; PETHERICK, A.; PHILLIPS, T.; WEBSTER, S.; CAMERON-BLAKE, E.; HALLAS, L.; MAJUMDAR, S.; TATLOW, H. Oxford COVID-19 government response tracker (OxCGRT). *Last updated*, v. 8, p. 30, 2020.

⁷⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Risks that matter 2020: the long reach of COVID-19*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/risks-that-matter-2020-the-long-reach-of-covid-19-44932654/>.

⁷⁶ ATTRIDE-STIRLING, J. Thematic networks: an analytic tool for qualitative research. *Qualitative research*, v. 1, n. 3, p. 385-405, 2001.

As análises foram realizadas com o auxílio do software *Interface de R pour Analyses Multidimensionnelles de Textes et de Questionnaires (Iramuteq)*. O Iramuteq permite a realização de análise de conteúdo com uso de estatísticos sobre corpus textuais e matriz, realizada sobre tabelas indivíduos/palavras. Portanto, esse processo de análise dos dados permite avaliar a organização e separar as informações, proporcionando a localização dos segmentos de texto, além da codificação⁷⁷.

A partir das informações coletadas, foi desenvolvida uma análise textual composta por uma avaliação de palavras adotadas nas medidas fiscais para o enfrentamento da COVID-19, nos países de estudo, sendo realizada por meio da utilização de um *software*, *Iramuteq 2.0*.

O processo de análise de conteúdo foi realizado por meio da análise método Reinert, nuvem de palavras, árvore de similitude, para auxiliar na comparação das respostas fiscais dos governos estaduais aos efeitos econômicos da COVID-19, para auxiliar a comparação das medidas analisadas, delineando as observações entre os diferentes contextos dos países ao combaterem um problema comum.

4 Resultados e discussões

4.1 Governos Estaduais e as medidas fiscais na COVID-19

Os impactos da última crise global se manifestaram de maneiras e intensidades distintas na transmissão de seus efeitos entre os países, o que pode ser observado ao se analisar suas variações. Portanto, restou a escolha de quais tipos de intervenções ou instrumentos de política públicas serão empregados para o enfrentamento da COVID-19^{78 79}.

Nesse contexto, a discussão do uso de um conjunto de decretos e regulamentos por diferentes estados dos países pode ser explicada pelo interesse público em reforçar a perspectiva de proteção social e acesso a informações úteis sobre a COVID-19^{80 81}.

No Brasil os governos estaduais inseriram um conjunto de medidas para o enfrentamento da COVID-19, que não foram adotadas de modo uniforme, afetando cada região de maneira diferente e conseqüentemente, gerando choques recessivos díspares. Para Fingleton, Garretsen e Martin⁸², os choques recessivos tendem a diminuir as taxas de crescimento de longo prazo dos países, podendo camuflar fatores desfavoráveis para cada estado.

No contexto dos estados, isto ocorreu quando as medidas fiscais de caráter tributário foram aplicadas de modo distinto⁸³. Tal questão dessa distinção está associada ao sistema econômico da região, a depender

⁷⁷ CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. IRAMUTEQ: um software gratuito para análise de dados textuais. *Temas em psicologia*, v. 21, n. 2, p. 513-518, 2013.

⁷⁸ LAURELL, A. C. "TETELBOIN HENRION, C.; ITURRIETA HENRÍQUEZ, D.; SCHOR-LANDMAN, C. *América Latina: sociedad, política y salud en tiempos de Pandemias*. CLACSO/Universidad Autónoma de Metropolitana UAM. Buenos Aires y Xochimilco. Pp. 382." *Espacio Abierto*, v. 30, n. 2, p. 163-167, 2021.

⁷⁹ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; GOMES, A. P. da S. Incentivos gubernamentales frente al COVID-19: un estudio comparativo entre Brasil y Chile a la luz de la teoría de la comunicación. *Contabilidad y Negocios*, v. 18, n. 35, 10 mar. 2023.

⁸⁰ NAKABAYASHI, M. Optimal tax rules and public sector efficiency with an externality in an overlapping generations model. *Journal of Public Economics*, v. 94, n. 11-12, p. 1028-1040, 2010.

⁸¹ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; ROBLES, E. M.; CELIS, L. M. M.; LAGIOIA, U. C. T. Fiscal policies for economic sustainability in COVID-19: what do subnational governments in Brazil and Colombia reveal? *Management and Administrative Professional Review*, [S. L.], v. 14, n. 4, p. 6636-6662, 2023.

⁸² FINGLETON, Bernard; GARRETSEN, Harry; MARTIN, Ron. Recessionary shocks and regional employment: evidence on the resilience of UK regions. *Journal of regional science*, v. 52, n. 1, 2012.

⁸³ PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. Interdependência e indivisibilidade dos Direitos Humanos: um novo olhar para o COVID-19. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2021.

da estrutura produtiva⁸⁴. Mas, no período da COVID-19, consideraram-se outros aspectos como nível de comoção estadual, por exemplo, como foi o caso da isenção das taxas de 4% de Imposto de Transmissão de Causa Mortis (ITCMD), sobre o valor da transferência de bens. Na Tabela 1, demonstram-se as medidas realizadas sobre os principais tributos nos 27 estados Brasileiros.

Tabela 1 – Resumo das medidas tributárias estaduais no Brasil

IMPOSTOS	Medida	Estados
<i>Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação</i> –ITCMD	Isenção	São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Bahia, Ceará e Acre
	Prorrogação	Rondônia e Tocantins
	Parcelamento	Amazonas, Pará, Roraima, Amapá, Distrito Federal, Maranhão, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Rio grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Sergipe e Piauí.
Impostos de circulação de mercadorias e serviços (ICMS)	Isenção	Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso e Paraíba
	Prorrogação	Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Piauí e Santa Catarina
	Parcelamento	Pernambuco, Amapá, Mato grosso do Sul, Pará e Paraná
Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (<i>IPVA</i>)	Isenção	Não houve
	Prorrogação	Rondônia, Tocantins, Distrito Federal e Rio Grande do Sul, Paraíba, Mato Grosso e Goiás
	Parcelamento	Mato Grosso do Sul, Goiás, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pernambuco, Pará, Sergipe, Piauí, Santa Catarina.

Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Na Tabela 1, reporta-se que, no Brasil, os incentivos fiscais e estaduais são diferentes entre os estados, sendo adotados isenções, prorrogações e parcelamentos para os impostos de circulação de mercadorias e serviços (ICMS), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (*IPVA*) e *Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação*(ITCMD).

Os governos estaduais do Brasil aplicaram a maior parte de suas ações direcionadas em apoio à população e à manutenção de empresas de produtos essenciais, que, nesse processo de pandemia, já seriam be-

⁸⁴ FLAUZINA, A. L. P.; PIRES, T. R. O. Políticas da morte: COVID-19 e os labirintos da cidade negra. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020.

neficiadas pela necessidade de aquisições de produtos. Apresenta as medidas de caráter estaduais adotadas pelos estados^{85 86}.

Em caráter federal, atribuíram-se outros importantes como: auxílio emergencial, garantir aos brasileiros uma renda mínima durante o período da pandemia e que tem um impacto significativo na economia do país será de 2,5% do PIB brasileiro de 2019^{87 88}.

Outra medida federal foi a prorrogação de pagamento e declaração do Imposto de renda pessoa física e jurídica, além de prorrogações e parcelamentos de dívidas da União⁸⁹.

No México, após os 178 dias da identificação do primeiro caso, houve 454.322 pessoas infectadas e 46 688 mortes⁹⁰. A gestão nacional da saúde no país foi marcada por uma preocupante tensão política e impasses entre o governo federal e os estados durante a crise, que começaram a ter índices crescentes de contaminados e mortes⁹¹. Para Renteria, Arellano-Gault, os estados mexicanos começaram a criticar a inércia do governo e a ineficiência das escolhas políticas.⁹²

O mês de maio para os estados mexicanos foram cruciais, pois foram marcados pela força dos governantes estaduais em recusarem-se a implementarem medidas do governo federal para retomada da economia^{93 94 95}.

Os estados mexicanos adotaram as seguintes medidas para amenizar a queda do emprego e renda durante a pandemia: Aguascalientes, Colima, Durango, Hidalgo, Michoacán, Sinaloa, SLP, Zacatecas e Guanajuato. Os efeitos econômicos negativos da COVID-19 já estão sendo sentidos Nayarit, e nos estados de Morelos e Puebla, os quais são considerados problemáticos, por não conseguirem manter o fluxo de receitas^{96 97}.

⁸⁵ MARTINS, M. M. V.; MENDES, C. S. Eficiência das políticas de inovação nos setores industriais brasileiros: sugestões para a crise da COVID-19. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

⁸⁶ PECL, A.; AVELLANEDA, C. N.; SUZUKI, K. Respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, n. 1, p. 1-11, 2021.

⁸⁷ LIMA, L. C. C.; GONÇALVES, A. F.; REI, F. C. F.; LIMA, C. B. de C. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

⁸⁸ COSTA, E. de F.; FREIRE, M. A. dos S. Estudo de avaliação do programa de auxílio emergencial: uma análise sobre focalização e eficácia a nível municipal. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 3, p. 24363-24387, 2021.

⁸⁹ TAVARES, A. B.; SILVEIRA, F.; PAES-SOUSA, R. Proteção Social e COVID-19: a resposta do Brasil e das maiores economias da América Latina. *NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 111-129, 2020.

⁹⁰ Gobierno del Estado de Ciudad del Mexico. *Financiamiento por la emergencia sanitaria del COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://tramites.cdmx.gob.mx/inicio/>.

⁹¹ HENAO-KAFFURE, L.; PEÑALOZA, G. A critical perspective on pandemics and epidemics: building a bridge between public health and science education. *Cultural Studies of Science Education*, p. 1-17, 2021.

⁹² RENTERIA, C.; ARELLANO-GAULT, D. ¿Cómo interpreta y enfrenta un gobierno populista una crisis de salud? Evidencia de la respuesta populista mexicana a la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, p. 180-196, 2021.

⁹³ TAVARES, A. B.; SILVEIRA, F.; PAES-SOUSA, R. Proteção Social e COVID-19: a resposta do Brasil e das maiores economias da América Latina. *NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 111-129, 2020.

⁹⁴ MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. Los impactos distributivos del COVID-19 en México: un balance preliminar. *Center for Open Science*, 2021.

⁹⁵ MARTÍNEZ, M. E. C.; PETCH, F.; SEGOVIA, R. La gobernanza global de la salud y los límites de las redes de expertos en la respuesta al brote de la COVID-19 en México. *Foro Internacional*, v. 61, n. 2, p. 469-506, 2021.

⁹⁶ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19*: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&route=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

⁹⁷ LAURELL, A. C. "TETELBOIN HENRION, C.; ITURRIETA HENRÍQUEZ, D.; SCHOR-LANDMAN, C. *América Latina: sociedad, política y salud en tiempos de Pandemias*. CLACSO/Universidad Autónoma de Metropolitana UAM. Buenos Aires y Xochimilco. Pp. 382." *Espacio Abierto*, v. 30, n. 2, p. 163-167, 2021.

Os estados de Guerrero, Jalisco, Morelos, Oaxaca e Chiapas estão perdendo sua capacidade anticíclicas durante a pandemia^{98 99 100}. Na Tabela 2, demonstram-se as medidas realizadas sobre as principais medidas fiscais nos 32 estados mexicanos.

Tabela 2 – Resumo das medidas tributárias estaduais no México

IMPUESTOS	Medida	Estados
Control Vehicular	Descuento	Guanajuato, Quintana Roo, Sinaloa
	Exención	San Luis Potosi
	Extensión	Aguas Calientes, Campeche, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México Edo., Morelos, Puebla, Sinaloa, Zacateca
Impuesto sobre Espectáculos	Descuento	Aguas Calientes
Impuesto sobre Nómina	Descuento	Aguas Calientes, Durango, Hidalgo,
	Suspensión	Chihuahua, Nayarit, Sonora
	Exención	Colima
	Extensión	Baja California Norte, Baja California Sul, Colima, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Yucatán
Impuesto a la Venta Final de Bebidas con Contenido Alcohólico	Descuento	Nayarit, Sonora, Guanajuato, Queretaro
	Extensión	Yucatán
Impuestos Estatales	Descuento	Colima
	Suspensión	Chiapas, Ciudad del México, Guerrero, Hidalgo
	Extensión	Ciudad del México, Durango, Guanajuato
Impuesto por Prestación del Servicio de Hospedaje.	Exención	Colima, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Michoacan, Oaxaca, Puebla, Queretaro, San Luis Potosi, Yucatán, Zacateca,
	Extensión	Quintana Roo, Sinaloa, Sonora
Impuesto Sobre Ejercicio de Profesiones	Extensión	Colima, Michoacan, Quintana Roo, Sonora,
Impuesto Adicional Universitario	Descuento	Chihuahua
Impuesto sobre Remuneraciones	Descuento	Guerrero
	Exención	Nuevo Leon
Impuesto sobre Erogaciones por Remuneraciones al Trabajo Personal	Descuento	Oaxaca
	Extensión	Morelos, Michoacán, Veracruz de Ignacio de la Llave
	Exención	Puebla, San Luis Potosi
Impuesto Sobre la Realización de Juegos con Apuestas y Sorteos	Exención	Puebla
Impuesto Sobre Extracción de Materiales del Suelo y Subsuelo	Extensión	Quintana Roo,

Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Na Tabela 2, demonstra-se que as variadas respostas estaduais são fatores que contribuíram para a diversidade dos impactos da crise. Portanto, a compreensão das questões regionais dispersa dos impactos das crises pode permitir um aperfeiçoamento na implementação das políticas anticíclicas por parte do governo, permitindo mitigar os efeitos danosos da pandemia nas regiões mais vulneráveis.

⁹⁸ MARTÍNEZ, M. E. C.; PETCH, F.; SEGOVIA, R. La gobernanza global de la salud y los límites de las redes de expertos en la respuesta al brote de la COVID-19 en México. *Foro Internacional*, v. 61, n. 2, p. 469-506, 2021.

⁹⁹ MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. ¿Quién puede trabajar desde casa? Evidencia desde México. *Estudios Económicos*, v. 36, n. 1, p. 89-113, 2021.

¹⁰⁰ LÓPEZ, M. V.; GONZÁLEZ, M. A. M.; ROMERO, L. Q.; PAEZ, C. S.; ASCENCIAO, F. L. Impacto de la COVID-19 en las remesas y sus efectos contracíclicos en las economías regionales en México. *Contaduría y administración*, v. 65, n. 4, p. 1, 2020.

Dentre as informações da Tabela 2, ressaltam-se algumas informações das cidades de Colima, Chiapas, Cidade do México, Chihuahua, Nuevo Leon, Puebla e Quintana Roo. Estas tiveram mais de uma medida de impostos aplicados.

No Estado Colima, de março, abril e maio de 2020, é perdoado 100% do recolhimento do Imposto sobre a Folha de Pagamento, para contribuintes cuja força de trabalho formal e cadastrada seja de 1 a 10 trabalhadores. De março a dezembro do exercício fiscal de 2020, o Imposto sobre a Folha de Pagamento foi de 100% isento para Municípios e seus Órgãos Públicos Descentralizados e Órgãos Operadores de Água^{101 102}.

No Estado de Chiapas houve a suspensão de todos os prazos para o cumprimento das obrigações fiscais estaduais. Essa medida foi implementada em decorrência da contingência sanitária derivada da COVID-19. Publicado no Jornal Oficial do Estado em 1º de abril de 2020¹⁰³.

No Estado de Chihuahua quem provasse que estar quites com suas obrigações fiscais da competência de 2020, terá o equivalente a 25% de desconto do total do recolhimento do Imposto Adicional Universitário pela prestação do serviço realizado¹⁰⁴.

Na cidade de México, há suspensão de prazos e prazos para a prática de ações e procedimentos em procedimentos administrativos, tais como: Iniciação, fundamentação, notificações, intimações, citações, requerimentos, acordos, processos, resoluções, recursos de desacordo, revogação ou qualquer outro meio de defesa e outras ações¹⁰⁵. Prolongam os prazos para o cumprimento das obrigações tributárias constantes do Código Tributário da Cidade do México, que consistem na apresentação de declarações e pagamentos a serem efetuados em abril de 2020¹⁰⁶.

No Estado de Nuevo Leon as pessoas físicas e jurídicas, cuja receita bruta para o cálculo do Imposto de Renda, relativo ao exercício de 2019, não excederam 4 milhões de pesos, e tinham uma força de trabalho de 1 a 10 funcionários diretos; bem como aqueles que se dedicavam às seguintes atividades econômicas: restaurantes, restaurantes-bares, hotéis, cassinos, academias, teatros, bares, cinemas e serviços de entretenimento. Obtiveram isenção do pagamento do Imposto sobre a Folha de Pagamento, nos meses de março, abril e maio do exercício de 2020¹⁰⁷.

No Estado de Puebla o Imposto sobre Despesas com Remuneração ao Trabalho Pessoal, teve 100% das isenções dos pagamentos relativos as: taxas e atualizações do quadro de empregados (somente para aqueles que empregaram mais de 50 trabalhadores). Além disso, houveram postergações de pagamento desse imposto. Por exemplo, os impostos relativos ao ano fiscal de 2020, que iriam ser pagos nos meses de abril, maio e junho, passaram a ter novo prazo para pagamentos de julho, agosto e setembro, respectivamente¹⁰⁸.

¹⁰¹ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes*. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&routel=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

¹⁰² MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. ¿Quién puede trabajar desde casa? Evidencia desde México. *Estudios Económicos*, v. 36, n. 1, p. 89-113, 2021.

¹⁰³ Gobierno del Estado de Chiapas. *Protección al empleo formal*. 2021. Disponível em: <https://planprotege.chiapas.gob.mx/>.

¹⁰⁴ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes*. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&routel=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ, M. E. C.; PETCH, F.; SEGOVIA, R. La gobernanza global de la salud y los límites de las redes de expertos en la respuesta al brote de la COVID-19 en México. *Foro Internacional*, v. 61, n. 2, p. 469-506, 2021.

¹⁰⁶ Gobierno del Estado de Ciudad del Mexico. *Financiamiento por la emergencia sanitaria del COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://tramites.cdmx.gob.mx/inicio/>.

¹⁰⁷ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes*. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&routel=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

¹⁰⁸ Gobierno del Estado de Puebla. *Consulta la convocatoria del programa de apoyo para OSC en la modalidad contingente*. 2021. Disponível em:

No Estado de Quintana Roo, houve um estímulo fiscal de desconto de 100% para titulares de veículos, que ao longo do ano se mantiveram sem dívidas ou adquiriram veículos novos, no prazo de até 30 dias antes do vencimento da data da fatura do imposto veicular antigo. Ademais, esse estado apresentou isenção para imposto para produtos minerais^{109 110}.

O México adotou as seguintes medidas: prorrogações e medidas de negociações de impostos veiculares, 100% desconto para imposto veicular na aquisição de veículos usados, redução de impostos de hospedagem para estados turísticos, isenção de 100% dos impostos de hospedagem, e estímulos fiscais para pagamento de despesas com trabalhadores¹¹¹.

Adotaram-se medidas em todos os estados mexicanos de redução de tributos na folha de pagamento, assim como o perdão de 100% das dívidas imposto sobre a folha de pagamento para empresas com menos de 20 trabalhadores, como em Zacateca^{112 113}.

No governo do México, apesar de medidas diferentes entre os governos, observou-se que foram atribuídas medidas iguais sobre folha de pagamento e diferentes para estados turísticos, tendo isenções. Houve medidas para impostos sobre veículos automotores comuns entre os países de estudo e os esforços para o combate à COVID-19 foram redobrados, na questão de garantir recursos financeiros aos governos¹¹⁴.

Além disso, avalia-se que os esforços também devem ser realizados nomeadamente na área da fiscalização e cobrança, em ambos os países, para recuperar as finanças públicas. Ainda que as medidas sejam incluídas, podem não ser adotadas integralmente pelos contribuintes, que, no período da pandemia, reconhecem suas obrigações, mas não têm recursos suficientes para honrá-las, e, portanto, isto impacta a obtenção das receitas públicas de cada país^{115 116}.

De acordo Blazek e Netrdová¹¹⁷, as respostas distintas a impactos regionais a uma crise associam-se à situação macroeconômica inicial, à estrutura territorial e aos padrões econômicos de cada região. Para Maher, Hoang, Trang; Hindery¹¹⁸, a crise trouxe inflexões sobre sua trajetória de desenvolvimento de curto e de longo-prazo, criam imperativos para mudanças nos hábitos, rotinas, convenções e políticas, não somente para mitigar seus efeitos, mas também para a preparação para crises futuras.

Para Davies¹¹⁹, a habilidade das autoridades políticas busca garantir um planejamento efetivo e estratégias de implementação como respostas aos problemas econômicos, sociais e fiscais.

<https://www.puebla.gob.mx/es/gobierno/comunicados/consulta-la-convocatoria-del-programa-de-apoyo-para-osc-en-la-modalidad>.

¹⁰⁹ MENDOZA, A. F.; GÓMEZ, G. C.; VERDÍA, C. C. P.; HAZIN, M. S. *El financiamiento de la banca de desarrollo para un gran impulso ambiental en México en los tiempos del COVID-19*. Cepal, 2021. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46578>.

¹¹⁰ Gobierno del Estado de Quintana Roo. *Acciones para juntos enfrentar el COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://qroo.gob.mx/inicio/>.

¹¹¹ AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19*: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&route=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf

¹¹² ACOSTA, L. D. Capacidad de respuesta frente a la pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 44, 2020.

¹¹³ Gobierno del Estado de Zacateca. *De formación para el capital humano*. 2021. Disponível em: <https://stps.zacateca.gob.mx/>.

¹¹⁴ MENDOZA, A. F.; GÓMEZ, G. C.; VERDÍA, C. C. P.; HAZIN, M. S. *El financiamiento de la banca de desarrollo para un gran impulso ambiental en México en los tiempos del COVID-19*. Cepal, 2021. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46578>.

¹¹⁵ PECI, A.; AVELLANEDA, C. N.; SUZUKI, K. Respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, n. 1, p. 1-11, 2021.

¹¹⁶ ACOSTA, L. D. Capacidad de respuesta frente a la pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 44, 2020.

¹¹⁷ BLAŽEK, Jiří; NETRDOVÁ, Pavlína. Impactos regionais da crise financeira global no desemprego nos novos estados membros da UE na Europa Central e Oriental. *Estudos Urbanos e Regionais Europeus*, v.1, pág.42-61, 2012.

¹¹⁸ MAHER, C. S.; HOANG, T.; HINDERY, A. Fiscal responses to COVID-19: Evidence from local governments and nonprofits. *Public Administration Review*, v. 80, n. 4, p. 644-650, 2020.

¹¹⁹ DAVIS, Angela. Mulheres, cultura e política. Boitempo Editorial, 2017.

Ressalta-se que, tanto no Brasil como no México, a resposta dos governos à COVID-19, em nível federal, foi conflituosa entre o corpo técnico e corpo político. Essa tensão surgiu pela dicotomia da implementação de medidas de isolamento social e o dever de manter a economia funcionando, sendo reforçadas pelo discurso de ambos os presidentes, que privilegiaram a economia em detrimento às ações de prevenção à doença^{120 121}.

A discussão apresentada permite reforçar que as economias regionais reagirão, de formas diversas, aos problemas econômicos, o que pode exercer influências sobre os padrões de disparidades regionais e de desenvolvimento regional desigual de cada país^{122 123}.

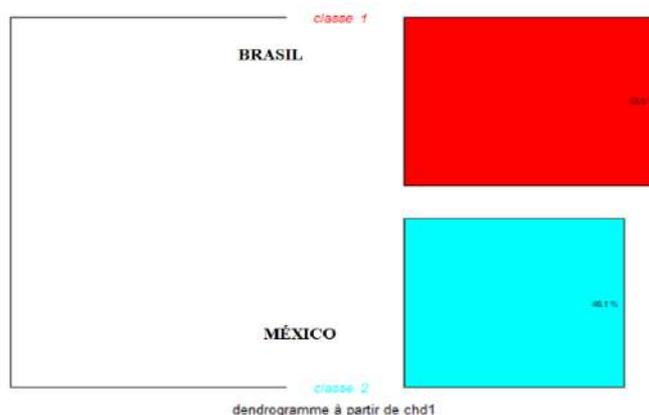
4.2 Comparação das respostas fiscais na COVID-19

No estudo foram obtidas respostas com base no *corpus* textual, constituído 2 unidades (classes) de texto inicial, divididos 352 segmentos de texto (STs). Destes, 352 foram catalogados 271 STs, possui 13197 ocorrências, média de formas por segmento 37.491477, com formas ativa de frequência $\geq 3:543$, com 2 clusters, apresentando 76,99% de aproveitamento da UCE.

O modelo de dados carregados no *Iramuteq* alcança bons resultados e garante a confiabilidade da classificação hierárquica de descentes (CHD), quando se tem o índice máximo da Unidade de contexto elementar – UCE de 70%, considerado aceitável para tratamento de dados no software¹²⁴.

Após esse processamento, foram identificados e analisados os domínios textuais, que resultaram em 2 *clusters*: *clusters* 1 cobrindo 53,87% (146 de 271 st), respostas fiscais no Brasil: *clusters* 2 cobrindo 46,13% (125 de 271 st), respostas fiscais no México, as quais foram sintetizadas e explicadas conforme dendrograma na Figura 1.

Figura 1 – Dendrograma de palavras respostas à COVID-19, Brasil e México



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

¹²⁰ MANFREDI-SÁNCHEZ, J. L.; AMADO-SUÁREZ, A.; WAISBORD, S. Twitter presidencial ante la COVID-19: Entre el populismo y la política pop. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, v. 29, n. 66, p. 83-94, 2021.

¹²¹ BRESSER-PEREIRA, L. C. Financiamento da COVID-19, inflação e restrição fiscal. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 40, p. 604-621, 2020.

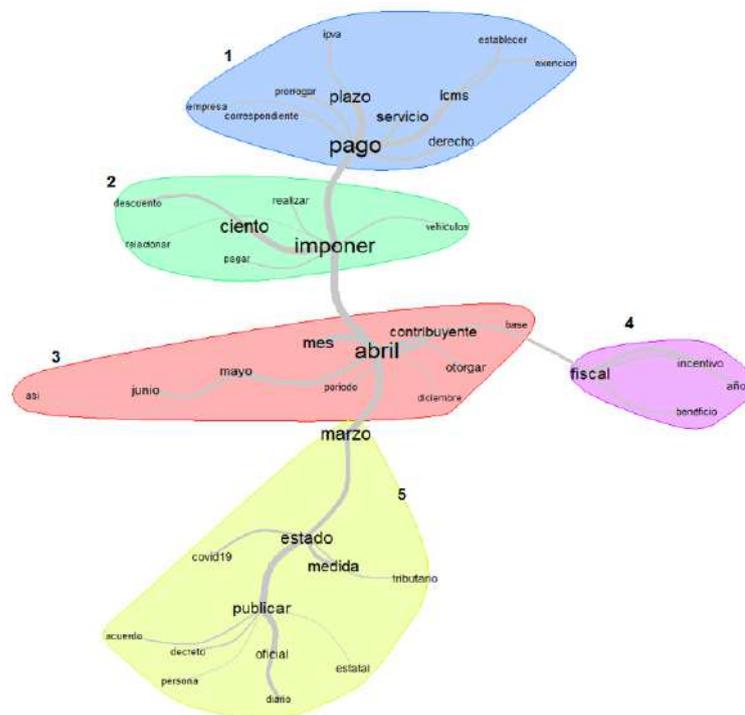
¹²² PORRAS, A. R.; PITA, J. E. A. La economía mexicana en tiempos de la COVID-19. *Economía, Salud y Políticas Públicas*, p. 11, 2020.

¹²³ ITO, N. C.; PONGELUPPE, L. S. O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: munificência de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 782-838, 2020.

¹²⁴ CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. IRAMUTEQ: um software gratuito para análise de dados textuais. *Temas em psicologia*, v. 21, n. 2, p. 513-518, 2013.

A árvore de similitude sintetiza as classes destacadas, que possibilitam tanto a identificação de ocorrência quanto as conexões entre as palavras do *corpus* textual e sua respectiva estrutura^{126 127 128}. Na Figura 3, apresenta-se a árvore de similitude em círculos com o propósito de descortinar as articulações realizadas em três linhas: resposta fiscal (imposto), mês de ação efetivo (abril), resposta realizadas pelos estados (estados).

Figura 3 – Árvore de similitude das respostas fiscais



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Essa análise não somente apontou as palavras de “pago”, “imponer”, “abril”, marzo, estado e “fiscal”, como tema central que reporta o mês de abril como o mês de referência das respostas efetivas dos estados para garantia de receita.

A ramificação 2 indica que a forma impostos “imponer” foi o campo mais utilizado nas abordagens, relativas às pesquisas na temática. Dessa conexão central, derivam as demais articulações, que estão identificadas na Figura 3 pelas ramificações mais robustas da árvore. A ramificação 1 apresenta o mês de maior referência das medidas e suas categorias: contribuinte, pagar, exercício, suspenso, período e maio. A ramificação 3 apresenta os meses em destaque que houve o maior número de medidas pelos governos.

A ramificação 4 evidencia as aproximações conceituais, das respostas fiscais para enfrentamento do COVID-19 nos estados e suas principais medidas saúde, economia, administrativo, publicar, medidas, pandemia e anunciar. A ramificação 5 demonstra as medidas mais aplicadas como decretos, acordos, medidas tributárias.

¹²⁶ MARCHAND, P.; RATINAUD, P. L'analyse de similitude appliquée aux corpus textuels: les primaires socialistes pour l'élection présidentielle française (septembre-octobre 2011). *Actes des 11eme Journées internationales d'Analyse statistique des Données Textuelles*, v. 2012, p. 687-699, 2012.

¹²⁷ GUSTAFSSON, M. T.; SCURRAH, M. Subnational governance strategies at the extractive frontier: collaboration and conflict in Peru. *Territory, Politics, Governance*, v. 11, n. 1, p. 1-18, 2023.

¹²⁸ ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; ROBLES, E. M.; CELIS, L. M. M.; LAGIOIA, U. C. T. Fiscal policies for economic sustainability in COVID-19: what do subnational governments in Brazil and Colombia reveal?. *Management and Administrative Professional Review*, [S. l.], v. 14, n. 4, p. 6636-6662, 2023.

Se, por um lado, Tavares, Silveira, Paes-Sousa¹²⁹ afirmam que, apesar de existirem questões a respeito dos choques entre o corpo técnico e corpo político, em ambos os países, todas as ações visaram à proteção social e mitigar os efeitos da pandemia.

Por outro lado, quando se abordam políticas públicas e medidas para enfrentamento da COVID-19, apresentam-se pontos congruentes. Preconizar as respostas dos governos, presentes nas ramificações rosas e vermelho, evidenciam as prorrogações de pagamento tendo em destaque o ICMS que teve o maior número de decretos no Brasil. Destaca-se que foi elevado, no México, o número de medidas para arrecadação de tributos veiculares. Essa última ramificação citada lilás faz alusão ao *corpus* textual, que possui uma forte relação com quem está sendo atendido pela concessão de incentivos, benefícios e contingências.

5 Considerações finais

O objetivo deste estudo foi apresentar as medidas fiscais dos governos locais em resposta aos efeitos econômicos da COVID-19, desenvolvendo reflexões nos diferentes contextos do México e do Brasil. Assim, verificou-se que a rápida disseminação do vírus e seu potencial devastador sobre a vida das pessoas tornam imprescindíveis respostas urgentes e potentes por parte dos governantes.

O Brasil respondeu com ações de contenção do vírus, baseado nas recomendações da ONU e nas experiências de outros países, de quais medidas são essenciais e quais são ineficazes. Como a experiência internacional adotou medidas profiláticas, desmobiliza recursos produtivos, defendemos ações em três grandes frentes integradas: saúde, com o objetivo de achatando a curva de disseminação do vírus para tentar não sobrecarregar a capacidade do sistema de saúde, enquanto buscava ampliar sua capacidade atual; assistência, para reduzir os graves efeitos sociais do isolamento; principalmente às camadas mais vulneráveis.

Dentre essas respostas, se destacaram o auxílio emergencial e as medidas fiscais apoiadas pelas prorrogações, isenções parcelamentos de tributos como para os: impostos de circulação de mercadorias e serviços (ICMS), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (*IPVA*) e *Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)*. Essas respostas foram uma forma não somente de garantir as receitas públicas, mas de tentar atenuar os impactos financeiros nos cofres públicos.

O estudo reportou sobre como os governos estaduais do Brasil aplicaram a maior parte de suas ações, direcionadas ao apoio à população e à manutenção de empresas de produtos essenciais, que, nesse processo de pandemia, já seriam beneficiadas pela necessidade de aquisições de produtos.

No governo do México, apesar de medidas diferentes entre os governos, observou-se que foram atribuídas medidas iguais sobre folha de pagamento e diferentes para estados turísticos, tendo isenções. Interessante perceber que houve medidas para impostos sobre veículos automotores comuns entre os países de estudo, e que os esforços para o combate à COVID-19 foram redobrados, a fim de garantir recursos financeiros aos governos.

Portanto, avalia-se que os esforços também devem ser realizados nomeadamente na área da fiscalização e cobrança, em ambos os países, para recuperar as finanças públicas, ainda que as medidas sejam incluídas, elas podem não ser adotadas integralmente pelos contribuintes. No período da pandemia, reconhecem suas obrigações, mas não há recursos suficientes para honrá-las, o que impacta, portanto, na obtenção das receitas públicas de cada país.

Conclui-se que tanto no Brasil como no México, a resposta dos governos a COVID-19, em nível federal, foi cheia de choques entre o corpo técnico e corpo político. Essa tensão contribuiu para a descentralização

¹²⁹ TAVARES, A. B.; SILVEIRA, F.; PAES-SOUSA, R. Proteção Social e COVID-19: a resposta do Brasil e das maiores economias da América Latina. *NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 111-129, 2020.

das medidas voltadas a cargo das decisões estaduais. Tais fatos contribuíram para que as respostas fiscais atendessem as demandas locais de cada estado, os quais surgiam por meio leis e decretos, e acompanha a evolução do número de contaminados, mortos, pressões sindicais de micro e pequenas empresas, empresários do setor hoteleiro e de turismo.

Em ambos os países, em relação aos casos, narrativa política e à ocorrência de pandemia da COVID-19, no início do mandato dos governantes, criou-se um comportamento de resistência e uma confusão sobre qual medida deveria ser adotada, diante o isolamento^{130 131 132}.

A COVID-19 nos mostra a importância de implementar medidas contingenciais diante de crises sanitárias e econômicas, o que é uma grande lição global sobre a avaliação das respostas dos governos. Assim como, o estudo aponta que tanto o Brasil quanto o México utilizaram medidas fiscais como forma de combater os efeitos econômicos e sociais da COVID-19, destacando a importância das isenções fiscais para garantir a arrecadação.

Nesta pesquisa apresentam-se contribuições em analisar dos incentivos governamentais às empresas e à população no combate aos efeitos nocivos da COVID-19, permite delinear estratégias que tragam a implementação de medidas que visem à renda das populações atingidas e, em médio e longo prazos, alternativas voltadas ao maior conhecimento sobre medidas positivas e negativas entre países, assim como a discussão de ações que propiciem o restabelecimento das economias locais e a recuperação das finanças públicas.

Além disso, seus resultados apresentados de dados estratificados pelo Iramuteq, permitiram executar uma análise em categorias de respostas fiscais nos países por estado, permitindo discutir um conceito unificado na literatura desta pesquisa.

Em relação às sugestões de pesquisas futuras na área de respostas fiscais, recomenda-se a ampliação do campo de estudo, utilizando outros países de análise e trabalhando com regressões lineares multiplas para avaliar o impacto social e orçamentário da pandemia da COVID-19. Bem como estudos que avaliem como os cidadãos estão vendo as medidas para enfrentamento da COVID-19 por seus governantes.

Referências

ACOSTA, L.; XAVIER, F.; CHAVES, L. S. M.; SABINO, E. C.; SARAIVA, A. M.; SALLUM, M. A. M. Interfaces à transmissão e spillover do coronavírus entre florestas e cidades. *Estudos Avançados*, v. 34, p. 191-208, 2020.

ACOSTA, L. D. Capacidad de respuesta frente a la pandemia de COVID-19 en América Latina y el Caribe. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 44, 2020.

AHMED, W.; ANGEL, N.; EDSON, J.; BIBBY, K.; BIVINS, A.; O'BRIEN, J. W.; CHOI, P.M.; KITAJIMA, M.; SIMPSON, S. L.; LI, J.; TSCHARKE, B.; VERHAGEN, R.; SMITH, W. J. M.; ZAUGG, J.; DIERENS, L.; HUGENHOLTZ, P.; THOMAS, K. V.; MUELLER, J. F. First confirmed detection of SARS-CoV-2 in untreated wastewater in Australia: A proof of concept for the wastewater surveillance of COVID-19 in the community. *Science of The Total Environment*, v. 728, p.138764, 2020.

¹³⁰ BRESSER-PEREIRA, L. C. Financiamento da COVID-19, inflação e restrição fiscal. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 40, p. 604-621, 2020.

¹³¹ CALDERA-VILLALOBOS, C.; VELOZ, I. G.; MARÍNEZ-AVILA, N.; DELGADO-ENCISO, I.; ORIZ-CASTRO, Y.; CABRAL-PACHECO, G. A.; MARTINEZ-FIERRO, M. L. The Coronavirus Disease (COVID-19) challenge in Mexico: a critical and forced reflection as individuals and society. *Frontiers in public health*, v. 8, p. 337, 2020.

¹³² MAHER, C. S.; HOANG, T.; HINDERY, A. Fiscal responses to COVID-19: Evidence from local governments and nonprofits. *Public Administration Review*, v. 80, n. 4, p. 644-650, 2020.

AMAYA, N. L. V. *Medidas fiscales de las entidades federativas ante COVID-19: ante la emergencia sanitaria por el COVID-19, algunas entidades federativas han decidido establecer medidas fiscales para mitigar el impacto económico ocasionado a los contribuyentes*. 2021. Disponível em: https://www.indetec.gob.mx/delivery?srv=0&sl=2&route=/noticias_interes/MEDIDAS_FISCALES_DE_LAS_ENTIDADES_FEDERATIVAS_ANTE_COVID-19&ext=.pdf.

ARAÚJO, J. C. O.; SILVA, K. M. S.; LIMA, F. E. G. V.; SILVA, A. S. Controladoria na gestão pública: um estudo na Unidade de Controle Interno (UCI) do município de Castanhal sob a ótica da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). *Brazilian Journal of Development*, v. 4, p. 3755-3772, 2018.

ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; GOMES, A. P. da S. Incentivos gubernamentales frente al COVID-19: un estudio comparativo entre Brasil y Chile a la luz de la teoría de la comunicación. *Contabilidad y Negocios*, v. 18, n. 35, 10 mar. 2023.

ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; GONCALVES, H. S.; LIMA, V. S. Incentivos fiscais estaduais para o combate os efeitos economicos da pandemia do Coronavírus (COVID19): um estudo sobre os incentivos fiscais estaduais. In: GALVÃO, Nadielli Maria Santos; SANTANA, Alex Fabiano Bertollo (org.). *Transparência em tempos de pandemia*. Igatu, CE: Quipá, 2021. v. 1, p. 38-49.

ARAÚJO, J. C. O.; SOUZA, F. G.; ROBLES, E. M.; CELIS, L. M. M.; LAGIOIA, U. C. T. Fiscal policies for economic sustainability in COVID-19: what do subnational governments in Brazil and Colombia reveal?. *Management and Administrative Professional Review*, [S. L.], v. 14, n. 4, p. 6636-6662, 2023.

ATTRIDE-STIRLING, J. Thematic networks: an analytic tool for qualitative research. *Qualitative research*, v. 1, n. 3, p. 385-405, 2001.

BAHN, K.; COHEN, J.; RODGERS, Y. V. D. M. A feminist perspective on COVID-19 and the value of care work globally. *Gender, Work & Organization*, v. 27, n. 5, p. 695-699, 2020.

BAKER, T. H.; JUDGE, K. How to help small businesses survive COVID-19. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 620, 2020.

BALL, R.; KOTHARI, S. P.; ROBIN, A. The effect of international institutional factors on properties of accounting earnings. *Journal of accounting and economics*, v. 29, n. 1, p. 1-51, 2000.

BALL, R.; ROBIN, A. WU, J. S. Incentives versus standards: properties of accounting income in four East Asian countries. *Journal of accounting and economics*, v. 36, n. 1-3, p. 235-270, 2003.

BHUSAL, M. K. The world after COVID-19: An opportunity for a new beginning. *International journal of scientific and research publications*, 2020.

BITTENCOURT, R. N. Pandemia, isolamento social e colapso global. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020.

BLAŽEK, Jiří; NETRDOVÁ, Pavlína. Impactos regionais da crise financeira global no desemprego nos novos estados membros da UE na Europa Central e Oriental. *Estudos Urbanos e Regionais Europeus*, v.1, pág.42-61, 2012

BRESSER-PEREIRA, L. C. Financiamento da COVID-19, inflação e restrição fiscal. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 40, p. 604-621, 2020.

BRESSER-PEREIRA, L. C.; NAKANO, Y. Crescimento econômico com poupança externa? *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 23, p. 163-188, 2020.

CALDERA-VILLALOBOS, C.; VELOZ, I. G.; MARÍNEZ-AVILA, N.; DELGADO-ENCISO, I.; ORIZ-CASTRO, Y.; CABRAL-PACHECO, G. A.; MARTINEZ-FIERRO, M. L. The Coronavirus Disease (COVID-19) challenge in Mexico: a critical and forced reflection as individuals and society. *Frontiers in public health*, v. 8, p. 337, 2020.

CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. IRAMUTEQ: um software gratuito para análise de dados textuais. *Temas em psicologia*, v. 21, n. 2, p. 513-518, 2013.

CERVANTES HOLGUÍN, E.; GUTIÉRREZ SANDOVAL, P. R. Resistir la COVID-19. Intersecciones en la educación de Ciudad Juárez, México. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 9, n. 3, 2020.

CORREIA NETO, C. de B.; ARAUJO, J. E. C.; PALOS, L. C. S.; SOARES, M. R. C. Tributação em tempos de pandemia. Câmara dos Deputados. *Estudo Técnico*, jun. 2020. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

COSCIEME, L.; FIORAMONTI, L.; MORTENSEN, L. F.; PICKETT, K. E.; LOVINS, I. K. H.; MCGLADE, J.; RAGNARSDÓTTIR, K. V.; ROBERTS, D.; COSTANZA, R.; VOGLI, R. de; WILKINSON, R. Women in power: female leadership and public health outcomes during the COVID-19 pandemic. *MedRxiv*, 2020.

COSTA, E. de F.; FREIRE, M. A. dos S. Estudo de avaliação do programa de auxílio emergencial: uma análise sobre focalização e eficácia a nível municipal. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 3, p. 24363-24387, 2021.

DAVIS, Angela. Mulheres, cultura e política. Boitempo Editorial, 2017.

DIAS FILHO, J. M. A linguagem utilizada na evidencição contábil: uma análise de sua compreensibilidade à luz da teoria da comunicação. *Caderno de Estudos*, p. 38-49, 2000.

DIAS, G. N.; PAMPLONA, V. M. S.; RODRIGUES, A. E.; VOGADO, G. E. R.; SILVA JUNIOR, W. L.; BARRETO, W. D. L.; BARBOSA, E. S.; ARAÚJO, J. C. O. Mathematical and statistical analysis of disease COVID-19 and implications for future projections. *Research, Society and Development*, v. 9, p. 1-10, 2020.

FINGLETON, Bernard; GARRETSEN, Harry; MARTIN, Ron. Recessionary shocks and regional employment: evidence on the resilience of UK regions. *Journal of regional science*, v. 52, n. 1, 2012.

FLAUZINA, A. L. P.; PIRES, T. R. O. Políticas da morte: COVID-19 e os labirintos da cidade negra. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020.

Gobierno del Estado de Chiapas. *Protección al empleo formal*. 2021. Disponível em: <https://planprotege.chiapas.gob.mx/>.

Gobierno del Estado de Ciudad del Mexico. *Financiamiento por la emergencia sanitaria del COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://tramites.cdmx.gob.mx/inicio/>.

Gobierno del Estado de Puebla. *Consulta la convocatória del programa de apoyo para OSC em la modalidad contingente*. 2021. Disponível em: <https://www.puebla.gob.mx/es/gobierno/comunicados/consulta-la-convocatoria-del-programa-de-apoyo-para-osc-en-la-modalidad>.

Gobierno del Estado de Quintana Roo. *Acciones para juntos enfrentar el COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://qroo.gob.mx/inicio/>.

Gobierno del Estado de Zacateca. *De formación para el capital humano*. 2021. Disponível em: <https://stps.zacateca.gob.mx/>.

GOMES, P. Financial and non-financial responses to the COVID-19 pandemic: insights from Portugal and lessons for future. *Public Money & Management*, p. 1-3, 2021.

GOPINATH, G. Limiting the economic fallout of the coronavirus with large targeted policies. *IMF Blog*, 9 mar. 2020.

- GUIBARRA, N. I. L.; SÁNCHEZ, J. C. A. Conferencias de prensa y COVID-19: explorando la respuesta gubernamental mexicana desde la comunicación en salud. *Revista española de comunicación en salud*, p. 128-141, 2020.
- GUSTAFSSON, M. T.; SCURRAH, M. Subnational governance strategies at the extractive frontier: collaboration and conflict in Peru. *Territory, Politics, Governance*, v. 11, n. 1, p. 1-18, 2023.
- HALE, T.; ANGRIST, N.; GOLDSZMIDT, R.; KIRA, B.; PETHERICK, A.; PHILLIPS, T.; WEBSTER, S.; CAMERON-BLAKE, E.; HALLAS, L.; MAJUMDAR, S.; TATLOW, H. Oxford COVID-19 government response tracker (OxCGRT). *Last updated*, v. 8, p. 30, 2020.
- HENAO-KAFFURE, L.; PEÑALOZA, G. A critical perspective on pandemics and epidemics: building a bridge between public health and science education. *Cultural Studies of Science Education*, p. 1-17, 2021.
- HENRION, C. T.; HENRÍQUEZ, D. I.; SCHOR-LANDMAN, C. *América Latina: sociedad, política y salud en tiempos de pandemias*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 2021.
- HUYNH, T. L. D. Does culture matter social distancing under the COVID-19 pandemic?. *Safety Science*, v. 130, p. 104872, 2020.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Quase 25 milhões de empregos podem ser perdidos no mundo devido à COVID-19*. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm#:~:text=GENEBRA%20\(OIT%20Not%C3%ADcias\)%20%E2%80%93A,Internacion%20do%20Trabalho%20\(OIT\)](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_738780/lang-pt/index.htm#:~:text=GENEBRA%20(OIT%20Not%C3%ADcias)%20%E2%80%93A,Internacion%20do%20Trabalho%20(OIT).). Acesso em: 20 jun. 2020.
- ISLAS, D. S. C.; ALEJANDRO, D. M. E.; ROJAS, R. F. Educación superior en México, COVID-19 y la respuesta emergente: el caso de la Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco. *Revista Ciencias y Humanidades*, v. 11, n. 11, p. 91-122, 2020.
- ITO, N. C.; PONGELUPPE, L. S. O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: municipalidade de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 782-838, 2020.
- JAMALUDIN, S., AZMIR, N. A.; AYOB, A. F. M.; ZAINAL, N. COVID-19 exit strategy: transitioning towards a new normal. *Annals of Medicine and Surgery*, v. 59, p. 165-217, 2020.
- JANSSEN, M.; VAN DER VOORT, H. Agile and adaptive governance in crisis response: Lessons from the COVID-19 pandemic. *International journal of information management*, v. 55, 2020.
- JONG, M.; HO, A. T. Emerging fiscal health and governance concerns resulting from COVID-19 challenges. *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management*, 2020.
- LAURELL, A. C. "TETELBOIN HENRION, C.; ITURRIETA HENRÍQUEZ, D.; SCHOR-LANDMAN, C. *América Latina: sociedad, política y salud en tiempos de Pandemias*. CLACSO/Universidad Autónoma de Metropolitana UAM. Buenos Aires y Xochimilco. Pp. 382." *Espacio Abierto*, v. 30, n. 2, p. 163-167, 2021.
- LEMOES, P.; ALMEIDA FILHO, N. de; FIRMO, J. COVID-19, desastre do sistema de saúde no presente e tragédia da economia em um futuro bem próximo. *Brazilian Journal of Implantology and Health Sciences*, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 39-50, 2020.
- LESLIE, T.; GOURLAY, C.; BYRD, J.; HANRAHAN, C.; ELVERY, S.; LIDDY, M.; SPRAGGON, B. Coronavirus data shows which countries have it under control: what did they do right. *ABC News (Australian Broadcasting Corporation)*, 2020.
- LIMA, L. C. C.; GONÇALVES, A. F.; REI, F. C. F.; LIMA, C. B. de C. Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.

- LÓPEZ, M. V.; GONZÁLEZ, M. A. M.; ROMERO, L. Q.; PAEZ, C. S.; ASCENCIAO, F. L. Impacto de la COVID-19 en las remesas y sus efectos contracíclicos en las economías regionales en México. *Contaduría y administración*, v. 65, n. 4, p. 1, 2020.
- MACKAY-CASTRO, C. R.; LEÓN-PALACIOS, B. V.; ZAMBRANO-NOBOA, H. A. Efectos del COVID-19 en el mercado laboral. *Dominio de las Ciencias*, v. 6, n. 3, p. 1368-1381, 2020.
- MAHER, C. S.; HOANG, T.; HINDERY, A. Fiscal responses to COVID-19: Evidence from local governments and nonprofits. *Public Administration Review*, v. 80, n. 4, p. 644-650, 2020.
- MANFREDI-SÁNCHEZ, J. L.; AMADO-SUÁREZ, A.; WAISBORD, S. Twitter presidencial ante la COVID-19: Entre el populismo y la política pop. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, v. 29, n. 66, p. 83-94, 2021.
- MARCHAND, P.; RATINAUD, P. L'analyse de similitude appliquée aux corpus textuels: les primaires socialistes pour l'élection présidentielle française (septembre-octobre 2011). *Actes des 11eme Journées internationales d'Analyse statistique des Données Textuelles*, v. 2012, p. 687-699, 2012.
- MARTÍNEZ, M. E. C.; PETCH, F.; SEGOVIA, R. La gobernanza global de la salud y los límites de las redes de expertos en la respuesta al brote de la COVID-19 en México. *Foro Internacional*, v. 61, n. 2, p. 469-506, 2021.
- MARTINS, M. M. V.; MENDES, C. S. Eficiência das políticas de inovação nos setores industriais brasileiros: sugestões para a crise da COVID-19. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021.
- MENDOZA, A. F.; GÓMEZ, G. C.; VERDÍA, C. C. P.; HAZIN, M. S. *El financiamiento de la banca de desarrollo para un gran impulso ambiental en México en los tiempos del COVID-19*. Cepal, 2021. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46578>.
- MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. ¿Quién puede trabajar desde casa? Evidencia desde México. *Estudios Económicos*, v. 36, n. 1, p. 89-113, 2021.
- MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. Los impactos distributivos del COVID-19 en México: un balance preliminar. *Center for Open Science*, 2021.
- MONTEIRO, J. J.; RENGEL, R.; ROSA, F. S. da; LUNKES, R. J.; HASKEL, A. P. Reflexos da COVID-19 no Orçamento Público do Governo Federal. *Revista Gestão Organizacional*, v. 14, n. 1, p. 97-116, 2021.
- MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S. *What is a pandemic?*. 2009.
- MUJERES ONU; CEPAL. *Cuidados na América Latina e no Caribe em tempos de COVID-19: em direção a sistemas integrais para fortalecer a resposta e a recuperação*. 2020.
- MURSHED, S. M. Capitalism and COVID-19: Crisis at the Crossroads. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*, v. 26, n. 3, 2020.
- NAKABAYASHI, M. Optimal tax rules and public sector efficiency with an externality in an overlapping generations model. *Journal of Public Economics*, v. 94, n. 11-12, p. 1028-1040, 2010.
- NICOLA, M.; ALSAFI, Z.; SOHRABI, C.; KERWAN, A.; AL-JABIR, A.; IOSIFIDIS, C.; AGHA, M.; AGHA, R. The socio-economic implications of the coronavirus pandemic (COVID-19): A review. *International journal of surgery*, v. 78, p. 185-193, 2020.
- NUSSBAUMER-STREIT, Barbara *et al.* Quarantine alone or in combination with other public health measures to control COVID-19: a rapid review. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, n. 9, 2020.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Risks that matter 2020: the long reach of COVID-19*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/risks-that-matter-2020-the-long-reach-of-covid-19-44932654/>.

Organização PanAmericana da Saúde (OPAS) *Folha informativa sobre COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&vie=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875. Acesso em: 31 maio 2020.

PASCHOALOTTO, M. A. C.; LOPES, J. E. F.; OLIVEIRA, P. H. D.; BARROS, P. P. Performance of sub-national governments in the COVID-19 pandemic: an analysis of the public and private health services in Brazil. *BAR-Brazilian Administration Review*, v. 19, 2022.

PECI, A.; AVELLANEDA, C. N.; SUZUKI, K. Respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, n. 1, p. 1-11, 2021.

PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. Interdependência e indivisibilidade dos Direitos Humanos: um novo olhar para o COVID-19. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2021.

PORRAS, A. R.; PITA, J. E. A. La economía mexicana en tiempos de la COVID-19. *Economía, Salud y Políticas Públicas*, p. 11, 2020.

PORRAS, A. R.; PITA, J. E. A. Los precios del petróleo y la actividad económica en México: Oil Prices and Economic Activity in Mexico. *Ensayos Revista de Economía*, v. 40, n. 2, p. 159-188, 2021.

RENTERIA, C.; ARELLANO-GAULT, D. ¿Cómo interpreta y enfrenta un gobierno populista una crisis de salud? Evidencia de la respuesta populista mexicana a la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, v. 55, p. 180-196, 2021.

SADIK-ZADA, E. R.; GATTO, A.; NIFTIYEV, I. E-government and petty corruption in public sector service delivery. *Technology Analysis & Strategic Management*, p. 1-17, 2022.

SALOMÓN, M.; NUNES, C. A ação externa dos governos subnacionais no Brasil: os casos do Rio Grande do Sul e de Porto Alegre. Um estudo comparativo de dois tipos de atores mistos. *Contexto Internacional*, v. 29, p. 99-147, 2007.

SÁNCHEZ-CRUZ, E.; MASINIRE, A.; LÓPEZ, E. V. The impact of COVID-19 on education provision to indigenous people in Mexico. *Revista de Administración Pública*, v. 55, p. 151-164, 2021.

SETZER, J.; REI, F.; CUNHA, K. B. A Rio+ 20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 129-140, 2012.

SILVA, M. S. *Política econômica emergencial orientada para a redução dos impactos da pandemia da COVID-19 no Brasil: medidas fiscais, de provisão de liquidez e de liberação de capital*. 2020.

SODRÉ, F. Epidemia de COVID-19: questões críticas para a gestão da saúde pública no Brasil. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 18, 2020.

SUÁREZ, V.; QUEZADA, M. S.; RUIZ, S. O.; JESÚS, E. R. Epidemiología de COVID-19 en México: del 27 de febrero al 30 de abril de 2020. *Revista clínica española*, v. 220, n. 8, p. 463-471, 2020.

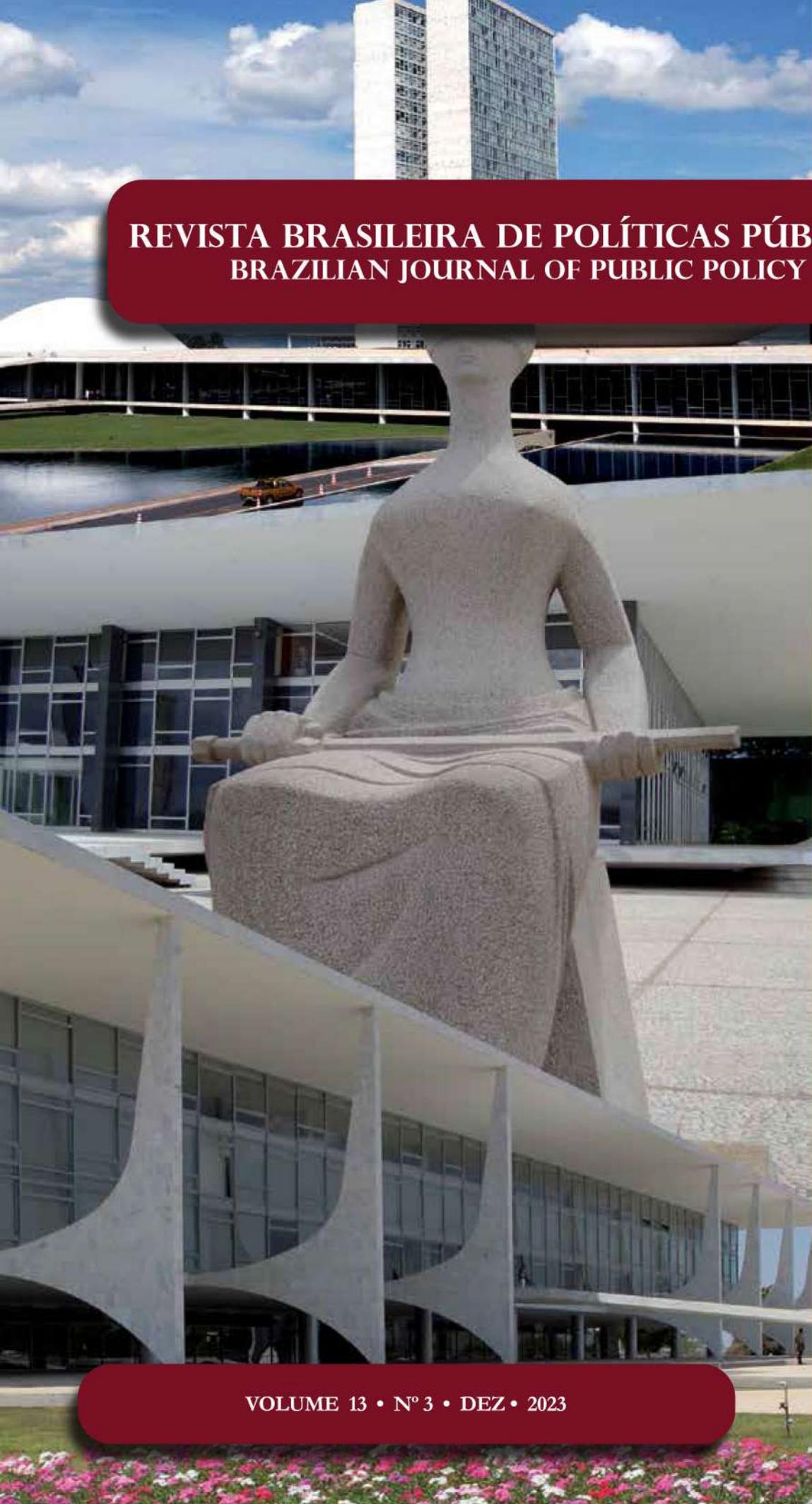
TAVARES, A. B.; SILVEIRA, F.; PAES-SOUSA, R. Proteção Social e COVID-19: a resposta do Brasil e das maiores economias da América Latina. *NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 111-129, 2020.

TORREALBA-RODRIGUEZ, O.; CONDE-GUTIÉRREZ, R. A.; HERNÁNDEZ-JAVIER, A. L. Modeling and prediction of COVID-19 in Mexico applying mathematical and computational models. *Chaos, Solitons & Fractals*, v. 138, p. 109946, 2020.

WIRTZ, B. W.; BECKER, M.; WEYERER, J. C. Open government: development, concept, and future research directions. *International Journal of Public Administration*, p. 1-16, 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance*, 18 May 2020. World Health Organization, 2020.

**IV. INTERVENÇÃO DE ATORES NACIONAIS
EM POLÍTICAS PÚBLICAS**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Redimindo o ativismo judicial:
constitucionalismo democrático e
a função contra-argumentativa das
cortes constitucionais

Redeeming judicial activism:
democratic constitutionalism and
the counter-argumentative role of
constitutional courts

Matheus Casimiro

Eduarda Peixoto da Cunha França

Flavianne Fernanda Bitencourt
Nóbrega

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais*

Redeeming judicial activism: democratic constitutionalism and the counter-argumentative role of constitutional courts

Matheus Casimiro**

Eduarda Peixoto da Cunha França***

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega****

* Recebido em: 20/01/2022
Aprovado em: 27/11/2023

** Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre e graduado em Direito pela UFC. Assessor Especial da Presidência do STF, atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos. E-mail: mcgserafim@gmail.com

*** Doutoranda e Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na linha Justiça e Direitos Humanos na América Latina. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (UFPE). Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI), do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID) e do Projeto de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). E-mail: eduardacunhapf@gmail.com

**** Professora Permanente da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), vinculada à linha de pesquisa “Justiça e Direitos Humanos na América Latina”. Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da UFPE. Coordenadora do Projeto Litigantes do Futuro, vinculado ao Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos - aSIDH”. Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. E-mail: flavianne@gmail.com

Resumo

A expressão “ativismo judicial” funciona como um trunfo argumentativo para aqueles autores que discordam de decisões judiciais acerca de temas controversos. Tão logo uma decisão seja definida como ativista, será considerada ilegítima e, inclusive, inconstitucional, encerrando debates acerca de *hard cases* que poderiam ocorrer de modo mais científico e menos subjetivo. Busca-se, por meio deste artigo, desmistificar a expressão “ativismo judicial” e desvinculá-la de um sentido intrinsecamente pejorativo. Com base na Teoria do Constitucionalismo Democrático, desenvolvida por Reva Siegel e Robert Post, apresenta-se o papel contra-argumentativo que a jurisdição constitucional desempenha e como, nessa função, ela pode proferir decisões ativistas legítimas e constitucionalmente fundamentadas. Com base nisso, apresentam-se quatro critérios para avaliar se uma decisão ativista é adequada: o normativo; o de *accountability*; o da jusfundamentalidade; e o dialógico. Por fim, analisam-se decisões recentes do STF (ADPFs 709 e 742 e as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857), proferidas durante a pandemia, constatando-se que são compatíveis com os critérios propostos. Adota-se, no trabalho, o método hipotético-dedutivo e a pesquisa de cunho bibliográfico-documental, juntamente a uma análise qualitativa de casos.

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos fundamentais; jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal; separação de poderes.

Abstract

The expression “judicial activism” works as an argumentative asset for those who disagree with court decisions on controversial issues. As soon as a decision is defined as activist, it will be considered illegitimate and even unconstitutional, ending debates about hard cases that could occur in a more scientific and less subjective way. The present work seeks to demystify the expression “judicial activism” and detach it from an intrinsically pejorative

sense. Based on the theory of Democratic Constitutionalism, developed by Reva Siegel and Robert Post, it presents the counter-argumentative role that constitutional jurisdiction plays and how, in this role, it can deliver legitimate and constitutionally grounded activist decisions. Based on this, four criteria are presented to assess whether an activist decision is adequate: the normative; that of accountability; that of jusfundamentality; and the dialogic. Finally, recent STF decisions (ADPFs 709 and 742 and ADIs nos. 6,341, 6,856 and 6,857), issued during the pandemic, are analyzed, finding that they are compatible with the proposed criteria. The work adopts the hypothetical-deductive method and bibliographical-documentary research, together with a qualitative analysis of cases.

Keywords: judicial activism; fundamental rights; constitutional jurisdiction; Brazilian Supreme Court; separation of powers.

1 Introdução

Anátema é uma palavra de origem grega que, etimologicamente, significa oferenda, mas no seu uso principal indica que algo é amaldiçoado, execrado, excomungado ou banido de determinado grupo, com grande reprovação¹. No Direito, sobretudo no Direito Constitucional, a expressão “ativismo judicial” se tornou um anátema. Costuma ser utilizada para externar que um juiz ou tribunal tomou uma decisão que, do ponto de vista do observador, é equivocada. Diversos critérios podem ser considerados para avaliar uma decisão como ativista: a abordagem de questões políticas; a postura proativa na proteção de direitos fundamentais; a criação de direitos não explicitamente previstos na Constituição; a superação indevida de precedentes; ou mesmo a adoção de um curso de ação contrário às expectativas das maiorias ou dos grupos de poder.

Todavia, não se retrata, por meio de nenhuma dessas hipóteses, plenamente, o significado de “ativismo judicial”, uma vez que a expressão vem sendo empregada por juristas, jornalistas e cientistas políticos de modo contingencial. A ausência de objetividade e definição clara do termo resulta na possibilidade de duas ou mais pessoas discutirem o tema com base em conceitos distintos, levando a interpretações que se referem a fenômenos completamente diferentes uns dos outros.

Por meio deste artigo, busca-se não somente esclarecer, mas desmistificar o ativismo judicial. Acredita-se que a utilização arbitrária desse termo dificulta a possibilidade de que sejam travadas discussões profícuas sobre a atuação do Poder Judiciário — e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Compreender o real significado de ativismo permite que os trabalhos produzidos acerca da temática obtenham maior cientificidade e se distanciem de questões subjetivas, atreladas às opiniões pessoais dos pesquisadores e operadores do Direito. Isso não implica que decisões judiciais — sejam de instâncias inferiores ou do STF — não possam ser criticadas. Pretende-se, apenas, melhorar o nível das discussões. Atualmente, tão logo alguém defina uma decisão como ativista, o debate parece encerrar ali, como se o ativismo em si fosse um argumento definitivo contra a decisão. O objetivo deste trabalho é demonstrar que taxar uma decisão de ativista não é suficiente para defini-la como inconstitucional ou ilegítima, sendo necessários argumentos complementares.

A fim de demonstrar qual o real sentido de “ativismo judicial” e de avaliar como as Cortes Constitucionais podem desempenhar um papel contra-argumentativo, realiza-se pesquisa de cunho bibliográfico-documental, bem como analisam-se relevantes decisões do STF durante a pandemia de Covid-19. As ações estudadas são: as ADPFs 709 e 742, ajuizadas em 2020 para proteger o direito à saúde de grupos vulneráveis — indígenas e quilombolas, respectivamente —; e as ADIs n.os 6.341, 6.856 e 6.857, que tinham como ponto central os limites das competências de atuação da União e dos Estados na pandemia.

¹ MICHAELIS. *Anátema*. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?pid=WKBB>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três partes. Inicialmente, aborda-se o problema dos múltiplos significados que o ativismo assume, a fim de demonstrar que a expressão tem um conceito multidimensional e que a sua manifestação não é, necessariamente, ilegítima. Na segunda parte, será apresentada a função contra-argumentativa que as cortes constitucionais podem desempenhar em uma determinada sociedade. Além disso, serão estabelecidos critérios que devem nortear as cortes em suas atuações, embasados, sobretudo, na ideia de Constitucionalismo Democrático, sustentada pelos juristas norte-americanos Reva Siegel e Robert Post. Por fim, o estudo aplica os critérios apresentados no tópico anterior à atuação do STF durante o período da pandemia do Covid-19, buscando analisar como ocorreu a intervenção do Tribunal em matérias que envolviam questões políticas sensíveis.

2 Ativismo judicial: uma expressão multidimensional

Atualmente, quando se discute sobre a correção de uma decisão judicial, tão logo um dos debatedores consiga enquadrá-la como ativista, muitos dão a questão por encerrada. É como se a expressão “ativismo judicial” carregasse uma inconstitucionalidade ou ilegitimidade intrínseca, superando os argumentos, inclusive constitucionais, que podem justificar a decisão. O termo ativismo se tornou uma expressão pejorativa, aplicada a decisões das quais se discorda².

O problema com o uso descuidado da expressão não é a sua falta de sentido, mas a diversidade de sentidos possíveis³. A expressão foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr., publicado na revista *Fortune*, em 1947. O objetivo do autor era demonstrar as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte estadunidense. Assim, adjetivou de “ativistas” quatro juízes da Corte, especialmente Hugo Black e William O. Douglas. De outro lado, classificou Felix Frankfurter e Robert Jackson como os “campeões da autocontenção”⁴.

Na divisão feita pelo jornalista, o grupo “Black-Douglas” sustentava que a Suprema Corte podia desempenhar um papel afirmativo na expansão dos direitos individuais e na promoção do bem-estar social, sendo-lhe viável exercer o poder judicial para atingir resultados socialmente desejáveis. Direito e política, desse modo, seriam esferas que não poderiam ser separadas. Em contrapartida, o grupo “Frankfurt-Jackson” defendia a linha da autocontenção judicial, de forma a respeitar as opções políticas do Poder Legislativo e do Governo, ainda que na visão particular dos *justices* elas não fossem as melhores⁵.

No seu texto, Schlesinger não discutia o papel adequado do Poder Judiciário ou estabelecia critérios para adjetivar um juiz, uma decisão ou um tribunal enquanto ativista, preocupando-se somente em descrever a Suprema Corte norte-americana em um específico momento histórico, enfatizando traços subjetivos dos *justices*⁶.

Nas décadas subsequentes, o termo foi utilizado de diversas formas. É possível que um crítico do ativismo não saiba que a expressão possa ser utilizada para decisões: (i) que reconhecem direitos não previstos

² KLARE, Karl E. Critical perspectives on social and economic rights, democracy and separation of powers. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, 2014. p. 3-22. p. 5.

³ LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008. p. 184-186.

⁴ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

⁵ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

⁶ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

expressamente pelo texto constitucional⁷; (ii) que não são baseadas na ideia de fidelidade ao Direito⁸; (iii) que superam indevidamente precedentes judiciais⁹; (iv) que resultam da busca do juiz por resultados considerados positivos (*result-oriented judging*)¹⁰; (v) que impõem os valores e ideologias do juiz em detrimento do texto e dos valores constitucionais¹¹; (vi) que invalidam leis que não são consideradas claramente inconstitucionais¹²; (vii) que substituem a escolha feita por órgão competente, sem apresentar fundamentos jurídicos suficientes¹³; (viii) que adotem métodos interpretativos “não ortodoxos”¹⁴, especialmente aqueles que negam o paradigma originalista; (ix) que interfiram em questões de políticas públicas¹⁵.

Em trabalho acerca da temática, Diego Werneck Arguelhes, Fabiana Luci e Leandro Ribeiro¹⁶ mostram como o mesmo ocorre no Brasil. Os autores tratam especificamente da utilização do termo pela mídia do país, destacando as três hipóteses mais comuns de sua utilização. A primeira delas é “ativismo como engajamento político e social”, que adota um enfoque majoritariamente positivo e significa um maior engajamento político por parte do Poder Judiciário em oposição a uma postura mais conservadora e tradicionalista. A segunda é “ativismo como usurpação do poder”, que assume uma conotação negativa, pois explora-se, nessa hipótese, o aspecto da falta de legitimidade e respaldo constitucional dos juízes para decidirem questões da competência de outros Poderes e de invadir decisões tomadas pelos Poderes eleitos. Por fim, a última ideia apresentada pelos autores é a de “ativismo judicial como ocupação de vácuo de Poder”, que pode ser definido como aquele em que o Poder Judiciário ocupa um espaço político, um vácuo de poder deixado pelo Poder Legislativo (especialmente) e, também, pelo Poder Executivo¹⁷.

Diante de tantas possibilidades de sentido, todos nós, cedo ou tarde, defenderemos decisões consideradas ativistas, a partir de alguma dessas perspectivas.¹⁸ E não só pela pluralidade semântica. Enquanto a legislação ordinária é composta principalmente por termos técnicos, cujo sentido foi consolidado pela dogmática jurídica ao longo dos séculos, os textos constitucionais estão repletos de termos que são historicamente disputados.¹⁹ A Constituição de 1988 não foge à regra, apresentando diversos princípios abertos a leituras políticas e morais divergentes.

Walter Bryce Gallie²⁰ intitula essas expressões de conceitos essencialmente contestados: termos cujo dito uso adequado envolve disputas intermináveis. Para compreender a ideia do autor, é útil conhecer a diferença

⁷ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, 2002. p. 103-104.

⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Ativismo judicial em tempos de resiliência: análise e crítica de um conceito controverso. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira (org.). *Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise*. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 543-572. p. 569.

⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 242, p. 21-47, 2015. p. 24.

¹⁰ GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 53-54.

¹¹ ABOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 28.

¹² KMIIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004. p. 1463-1464.

¹³ ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção e decisões ativistas*. Londrina: Thoth, 2022. p. 33.

¹⁴ KMIIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004. p. 1473-1475.

¹⁵ FEOLI, Marco. Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad? *Pensamiento Jurídico*, n. 41, p. 127-162, 2015. p. 133-135.

¹⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014.

¹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014. p. 50-60.

¹⁸ LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008. p. 230-232.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023. p. 244-245.

²⁰ GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 167-198, 1955. p. 169.

entre conceito e concepção.²¹ O conceito é um termo abstrato, como justiça e igualdade, de natureza normativa e com complexas estruturas internas, que fazem com que as discordâncias surjam. Já as concepções são diferentes compreensões que surgem de um mesmo conceito. Nesse sentido, pode-se afirmar que o conceito de justiça seja dar a cada um o que lhe é devido; o conceito de igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças. Ainda assim, utilizam-se diferentes concepções sobre justiça para determinar o que é devido. Da mesma forma, concepções diferentes sobre igualdade fornecem critérios distintos para determinar quais as desigualdades relevantes entre os indivíduos.

Por isso, um juiz pode honestamente buscar a melhor leitura possível da Constituição e, ainda assim, sua compreensão será baseada em uma concepção específica dos princípios constitucionais.²² Outros juízes e doutrinadores, também, agindo de boa-fé e apresentando argumentos razoáveis, podem chamá-lo de ativista, pois farão uma leitura diferente dos mesmos princípios, a partir de uma outra concepção.²³ Imaginemos um pesquisador que entenda o ativismo judicial como “decisões pautadas em uma interpretação contrária ao originalismo”. Ao analisar uma decisão específica, pode considerá-la correta, e não ativista, já que está fundamentada no sentido originalmente pretendido pelo constituinte. No entanto, para outro pesquisador de boa-fé, a mesma decisão pode ser considerada ativista, visto que superou indevidamente um precedente judicial. Nesse caso, estaremos diante de um desacordo razoável sobre a compreensão de conceitos essencialmente contestados.

Considerando-se essas dificuldades, propõe-se a adoção de um conceito mais amplo: ativismo judicial, relativo a uma autoexpansão do papel político-institucional do Judiciário em face dos outros Poderes²⁴. O ativismo, assim, ocorre quando o Poder Judiciário ocupa vácuos criados — intencionalmente ou não — pelas instâncias majoritárias. O ativismo não representa, necessariamente, uma intromissão ilegítima do Judiciário na esfera de atuação política; não significa que o juiz decidiu apenas com base naquilo que ele entende enquanto “justo”; e não denuncia um erro na tomada de decisão judicial. Ativismo significa, tão somente, que um determinado juiz ou tribunal, a partir do momento em que foi provocado, assumiu uma postura proativa no julgamento de um certo caso em concreto, tendo em vista a viabilidade político-institucional (e até mesmo social) de que este ocupe um vazio de poder existente. A compreensão sobre a legitimidade da decisão ativista depende da sua fundamentação, ou seja, se existem argumentos constitucionais que justifiquem o preenchimento desse vácuo de poder.

Além disso, a complexidade do ativismo judicial não permite que o fenômeno seja abordado de forma simples. Isso faz com que seja necessário pensá-lo a partir de dimensões (ou facetas)²⁵, as quais são capazes de abarcar as peculiaridades e nuances de suas manifestações e, a partir daí, enquadrá-las enquanto benéficas ou prejudiciais à democracia. Portanto, o ativismo judicial não pode ser considerado aprioristicamente ilegítimo ou inconstitucional, pois isso depende dos diferentes fatores envolvidos e da dimensão decisória manifestada, conforme afirmado anteriormente²⁶.

²¹ WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, v. 21, p. 137-164, 2002. p. 149-150.

²² POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010. p. 1344-1346.

²³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; DAMASCENO, Daniel. Ainda sobre ativismo judicial: desfazendo mitos e equívocos para um conceito definitivo. *NOMOS*, v. 40, n. 2, p. 161-176, 2020. p. 165.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 347.

²⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Uma proposta para o acesso igualitário à justiça: processos estruturais enquanto caminho para a proteção judicial dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Argumenta Journal Law*, n. 37, p. 87-116, 2022.; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶ Nesse sentido, Campos afirma que apenas a dimensão antidialógica, na qual o Judiciário afirma ter a última palavra sobre o sentido da Constituição, de forma solipsista ou autorreferenciada, deve ser tida como manifestação judicial ilegítima. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 332.

A concepção de ativismo como um fenômeno intrinsecamente inconstitucional relaciona-se ao que Virgílio Afonso da Silva²⁷ nomeia de “Mito de Montesquieu”: como um mantra, repete-se a tripartição de funções proposta pelo autor inglês em “O Espírito das Leis”, desconsiderando as diferenças institucionais e históricas entre a Inglaterra do século XVIII, objeto da análise descritiva de Montesquieu, e as sociedades contemporâneas, especialmente a brasileira. Na verdade, não existe, e nem deveria existir, um único modelo de separação de poderes. O *design* das instituições políticas de um país sequer precisa seguir o clássico modelo de divisão de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário²⁸. Assim, é possível repensar a forma de atuação dos juízes, que não devem ser — se é que algum dia foram — apenas “boca da lei” ou, ao exercer a jurisdição constitucional, serem apenas legisladores negativos²⁹.

Como um princípio, a separação de poderes pode ser realizada de formas diversas, conforme a cultura jurídica, a história, as circunstâncias socioeconômicas e o texto constitucional de cada país. O seu núcleo essencial³⁰ exige que os poderes do Estado sejam divididos entre diferentes órgãos (para que o poder estatal não resida em uma única instituição) e que haja controle recíproco entre eles³¹. No entanto, esse núcleo essencial pode ser realizado por diversos arranjos institucionais.

Dito isso, parte-se, neste trabalho, de uma visão dinâmica da separação de poderes. Sim, há funções típicas que usualmente são exercidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Mas essa legitimidade *a priori* para exercer determinadas atribuições não é absoluta, podendo ser questionada no caso concreto³². Se isso for feito de forma justificada, isto é, baseada em fundamentos normativos suficientes, então, o Judiciário pode ter, inclusive, mais legitimidade para a tomada de determinadas decisões que o órgão encarregado de exercer aquela função tipicamente³³. Não se trata de uma intervenção destinada a “usurpar” competências. Na verdade, a finalidade é que o sistema de freios e contrapesos seja efetivo³⁴ e que os órgãos estatais possam atuar de forma colaborativa em prol dos direitos fundamentais. Em vez de comparar instituições para saber qual deve ter a última palavra sobre determinado tema, deve-se compará-las para compreender como, em uma atuação conjunta, podem-se obter melhores resultados³⁵.

3 A função contra-argumentativa das cortes constitucionais: uma resposta a partir do constitucionalismo democrático

A visão de que o ativismo judicial seria intrinsecamente inconstitucional parece encontrar fundamento em um pressuposto equivocado, desenvolvido ao longo do século XX, principalmente em sua segunda metade, por teorias normativas sobre o *judicial review* que construíram um muro divisor entre a política e o Di-

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599. p. 589.

²⁸ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.

²⁹ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 91, n. 1, p. 05-20, 2011. p. 10.

³⁰ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review*, v. 54, p. 433-468, 2013.

³¹ VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief: a context-sensitive approach. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, n. 2, p. 209-230, 2018. p. 211-212.

³² MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 159-185. p. 177.

³³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183-185.

³⁴ PODDAR, Mihika; NAHAR, Bhavya. “Continuing Mandamus”: a judicial innovation to bridge the right-remedy gap. *NUJS Law Review*, v. 10, p. 555-608, 2017. p. 560-561.

³⁵ ORTEGA, Roberto Niembro. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 79.

reito. Consequentemente, “nós, no século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios diferentes: o domínio da política e o domínio do Direito”³⁶. A falsa dicotomia faz com que o Legislativo seja visto como o fórum da vontade, enquanto o Judiciário, especialmente sua Corte Constitucional, como o fórum da razão³⁷.

Nos últimos anos, entretanto, os juristas reconhecem a íntima conexão entre Direito, política e jurisdição constitucional. Autores como Rosalind Dixon³⁸, Tom Ginsburg³⁹ e Ran Hirschl⁴⁰ apresentam a relação entre esses elementos. No Brasil, autores como Ernani de Carvalho⁴¹, Oscar Vilhena Vieira⁴², Débora Maciel e Andrei Koerner⁴³, Loiane Prado Verbicaro⁴⁴ e Patrícia Perrone⁴⁵ também compartilham dessa percepção. As Cortes Constitucionais são influenciadas pela opinião pública e pela possível reação dos agentes políticos às suas decisões, levando esses fatores em consideração em seus julgados⁴⁶. O próprio fortalecimento do *judicial review* favorece atores políticos hegemônicos, protegendo-os contra as dificuldades de um futuro político incerto ou transferindo para o Judiciário a responsabilidade e os riscos por decisões políticas polêmicas⁴⁷. Por isso, como explica Friedman⁴⁸, as teorias constitucionais normativas precisam considerar a relação entre Direito, política e jurisdição constitucional. A respeito do tema, para Carlos Azevedo Campos:

é tão improdutivo conceber cortes constitucionais como órgãos puramente judiciais como obscuro compreendê-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos [...] cortes constitucionais contemporâneas atuam, ao menos, deveriam atuar, em equilíbrio apropriado entre função judicial e função política⁴⁹.

Reconhecendo a influência de fatores políticos e sociais na interpretação da Constituição, o que se deve esperar de uma Corte Constitucional? As pesquisas de Reva Siegel e Robert Post ajudam a responder esse questionamento.

Analisando o constitucionalismo americano após a Corte Warren, os autores constataam que os juristas e os movimentos sociais progressistas têm adotado uma postura de desconfiança em relação ao Judiciário, defendendo que a Constituição deve ser retirada dos tribunais e aproximada do povo⁵⁰. Uma das principais razões para isso é o temor de que um Judiciário ativista possa gerar um *backlash*⁵¹ político e cultural que

³⁶ “We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law.” KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 7.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84-85.

³⁸ DIXON, Rosalind. *Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age*. Oxford: Oxford University Press, 2023.; DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

³⁹ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). *Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 36-59.

⁴⁰ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, p. 127-139, 2004.

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

⁴³ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, p. 113-133, 2002.

⁴⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 389-406, 2008.

⁴⁵ MELLO, Patricia Perrone Campos. ‘A vida como ela é’: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.

⁴⁶ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). *Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 53-54.

⁴⁷ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. p. 84-85.

⁴⁸ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005. p. 258-259.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 155.

⁵⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 373-374.

⁵¹ O termo designa uma contundente reação contrária a decisões judiciais consideradas excessivamente progressistas ou conseradoras, podendo advir tanto da sociedade quanto dos poderes políticos instituídos, comprometendo a eficiência da sentença pro-

atrapalhe, mais do que ajude, os valores progressistas. A solução, portanto, seria evitar decisões que gerem um *backlash*.

Conforme os autores, os progressistas propõem uma solução extremista. Como contraponto, apresentam um modelo mais equilibrado: o constitucionalismo democrático, que encara os desacordos interpretativos como uma condição normal para o desenvolvimento do Direito Constitucional. Nessa perspectiva, parte-se da premissa de que a autoridade do texto constitucional depende de sua legitimidade democrática, com a aptidão da Constituição para inspirar os americanos a reconhecê-la como sua⁵². Se os tribunais interpretam a Constituição de uma forma que diverge profundamente das convicções do povo americano, este encontrará formas de comunicar suas objeções e resistir à decisão judicial.

Siegel e Post ressaltam que, historicamente, os americanos têm se mobilizado para apoiar ou se opor às decisões judiciais. Para o pensamento jurídico tradicional, que confunde a Constituição com a decisão do Judiciário, a resistência aos tribunais é vista como uma ameaça à própria Constituição. Contudo, essa identificação entre decisão e Constituição é equivocada.

Ao decidir um *hard case*, o juiz constitucional analisa os princípios aplicáveis ao caso e busca interpretá-los da forma que considera mais coerente e constitucionalmente adequada⁵³. Ainda, quando segmentos sociais resistem à decisão judicial e questionam os seus fundamentos, fazem isso acreditando que estão defendendo uma interpretação mais adequada da Constituição e que a Corte está equivocada⁵⁴. Isso não significa ignorar a autoridade do texto constitucional, pelo contrário. Ao questionar a decisão, os segmentos sociais recorrem à Constituição e à tradição constitucional do país para propor uma leitura adequada — em sua visão — dos valores constitucionais. Dessa forma, até mesmo a resistência à interpretação judicial pode fortalecer a legitimidade do texto constitucional.

Em uma democracia, a Constituição apresenta diferentes funções. Além de criar as “regras do jogo” democrático e limitar o exercício do poder, ela também traz normas esvaziadas de sentido e axiologicamente abertas. Essas normas fazem parte do que Robert Cover⁵⁵ chama de *nomos* de uma nação, isto é, os compromissos e valores fundamentais que integram a identidade nacional. Contudo, são normas controversas, já que os americanos têm visões e compreensões diferentes sobre como deve ser compreendida a identidade nacional⁵⁶. No âmbito de uma sociedade plural, cuja constituição reflete a diversidade de concepções políticas, a discordância sobre a melhor leitura dos valores constitucionais é inevitável. Inclusive, por essa razão, mais cedo ou mais tarde, costuma-se defender uma decisão que pode ser considerada como ativista por um grupo discordante. A leitura que o indivíduo considera como a melhor pode dar preferência a determinados valores constitucionais que outros não dariam e, por isso, sua decisão para o caso concreto seria diferente. Ambos os lados acreditam defender a melhor leitura da Constituição e apresentam argumentos razoáveis a seu favor sem, contudo, chegarem a um consenso.

Nessa perspectiva, o texto constitucional é essencial, já que é utilizado como fonte de argumentos e valores que permitem aos cidadãos questionar e defender diferentes sentidos constitucionais⁵⁷. No entanto, o Ju-

ferida. KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-196. p. 194.

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 374.

⁵³ POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010. p. 1319.

⁵⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007. p. 375.

⁵⁵ COVER, Robert M. Foreword: nomos and narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983. p. 4-7.

⁵⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34. p. 26-28.

⁵⁷ SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001. p. 345.

diciário não pode ser visto como o único intérprete da Constituição, tampouco como intérprete isolado. Na verdade, as grandes mudanças de interpretação dos valores constitucionais não surgem no Judiciário, mas no conflito de narrativas entre diferentes movimentos e grupos sociais⁵⁸. Os juízes desempenham a sua função em meio a um conflito — dentro e fora dos tribunais — de narrativas sobre como a Constituição deve ser compreendida. As narrativas conflitantes tentam influenciar todos os agentes públicos responsáveis pela aplicação das normas constitucionais, especialmente os juízes. Como ressaltam Souza Neto e Sarmiento⁵⁹,

O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços — no Judiciário e fora dele —, pela sua leitura da Constituição, buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias.

Nesse caso, um Judiciário pautado pelo diálogo institucional pode contribuir para preservar a deliberação política e estimulá-la⁶⁰.

Diante da constante divergência sobre os valores fundamentais, como esperar que os cidadãos continuem fiéis e defensores da autoridade constitucional? Siegel e Post⁶¹ defendem que isso ocorre porque os indivíduos acreditam que é possível persuadir outros cidadãos, agentes públicos e os tribunais sobre um novo sentido para a Constituição. Há um aparente paradoxo: a possibilidade de divergência sobre os sentidos da Constituição preserva a autoridade constitucional, na medida em que as pessoas, com diferentes visões, acreditam e defendem que a Constituição acolhe os seus valores e que é possível convencer a sociedade disso.

Para gerar o convencimento nos outros de que sua interpretação é a mais adequada, o movimento recorre à cultura constitucional do país, isto é, ao conjunto de conceitos, ideias e argumentos utilizados e guiam a interação entre os cidadãos e os agentes públicos em questões que envolvem a interpretação da Constituição⁶². Se o movimento deseja persuadir as autoridades de suas ideias, bem como a opinião pública, precisará enfrentar os argumentos de movimentos e grupos contrários aos seus ideais. Nesse embate político pelo apoio e persuasão dos agentes públicos e da população, os dois lados incorporam preocupações e elementos do outro, a fim de tornar suas ideias mais aceitáveis⁶³. Essa síntese dialética torna viável uma proposta menos radical e mais factível de ser implementada pelas autoridades públicas pela via interpretativa.

Ao explicar como a divergência a respeito da interpretação constitucional pode promover a unidade social, Reva Siegel⁶⁴ apresenta algumas observações importantes. Primeiramente, a autora não nega que o Judiciário tem um papel central no constitucionalismo, tampouco que possui a palavra final sobre a constitucionalidade das leis. No entanto, a última palavra sobre a constitucionalidade de uma lei específica não equivale à última palavra sobre a interpretação da Constituição. O controle de constitucionalidade é exercido no meio de mobilizações sociais e conflitos sociopolíticos sobre o sentido do texto constitucional, e, nesse contexto de disputa fora dos tribunais, a Corte acaba intervindo. Em vez de ser razão para preocupação, o debate sobre o sentido da Constituição, e, inclusive, o questionamento da decisão judicial, deve ser visto

⁵⁸ BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006. p. 948-949.

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Cruz; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. p. 160.

⁶⁰ NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania: o Supremo Tribunal Federal na Nova República*. 2016. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 72.

⁶¹ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34. p. 26-28.

⁶² SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006. p. 1325.

⁶³ SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006. p. 1362-1365.

⁶⁴ SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001. p. 348-349.

como um ponto de união: todos estão em um empreendimento comum para interpretar o mesmo texto e tradição constitucional.

Podem-se sintetizar algumas lições importantes do constitucionalismo democrático para o tema tratado neste artigo: 1. a interpretação da Constituição não é monopólio judicial, sendo influenciada por movimentos sociais e pela atuação dos outros Poderes; 2. a Constituição possui conceitos essencialmente contestados que possibilitam um desacordo razoável sobre a sua melhor interpretação; 3. a discordância sobre a interpretação constitucional é vista como um elemento que promove a união social, visto que os diferentes grupos recorrem a um texto constitucional e a uma cultura constitucional comum, que consideram como suas; 4. a decisão de uma Corte Constitucional é apenas uma “última palavra provisória”, tendo em vista que os movimentos sociais e outros Poderes podem questioná-la com base na própria Constituição; 5. apesar de não ser uma última palavra definitiva, a decisão de uma Corte Constitucional tem um relevante papel a desempenhar na proteção de direitos fundamentais e no debate público sobre o sentido da Constituição.

Dito isso, como se pode aplicar o pensamento de Siegel e Post à discussão sobre ativismo judicial na jurisdição constitucional? A proposta defendida, neste artigo, é de que a Corte Constitucional tem uma importante função contra-argumentativa a desempenhar nas democracias atuais. Ao atuar dessa forma, a Corte, a partir do texto constitucional e de seus precedentes, questiona ações e omissões dos outros Poderes que colocam em risco os direitos fundamentais, especialmente aqueles mais relevantes aos grupos vulneráveis. Isso não significa que essas instituições possuem respostas iluministas ou superiores, mas que podem promover o debate público sobre questões sociais relevantes, questionando decisões tomadas pelos outros poderes e promovendo *accountability* do Poder Público.

No processo legislativo e na elaboração de políticas públicas, as instituições envolvidas podem ser prejudicadas por alguns pontos cegos, deixando de considerar fatos e argumentos importantes para a proteção de determinados direitos. Podem-se mencionar três “pontos cegos” principais⁶⁵: o de aplicação, já que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem uma lei ou outro ato normativo, não conseguem prever todas as consequências advindas de sua aplicação; o de perspectiva, pois, durante a elaboração de leis e políticas públicas, as perspectivas de grupos vulneráveis e marginalizados, geralmente pouco influentes nos fóruns políticos, podem não ser consideradas adequadamente; e, por fim, o da inércia, quando o Poder Público permanece apático diante de um problema que compromete os direitos fundamentais de determinados segmentos.

Para enfrentar esses “pontos cegos”, a última alternativa para alguns grupos, tendo em vista antigas e sistemáticas violações aos seus direitos, é o recurso ao poder Judiciário⁶⁶. Nesses casos, os juízes e tribunais podem analisar as consequências resultantes de uma legislação ou política após a sua elaboração, identificar situações de graves violações de direitos e atuarem como catalisadores na superação dos pontos cegos existentes⁶⁷. Além disso, podem indicar contradições entre as escolhas dos outros Poderes e a Constituição, exigindo justificativas constitucionais para as escolhas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo.

O seguinte trecho de Mattias Kumm sintetiza o que se defende neste artigo. Para o autor, o Legislativo não é o povo e, muitas vezes, o voto dos cidadãos dificilmente mudará as políticas públicas relevantes para o país:

a maneira mais provável de um cidadão mudar os resultados de um processo político nacional é indo ao tribunal e alegando que seus direitos foram violados pelas autoridades públicas. Se os tribunais forem persuadidos pelos seus argumentos em vez dos contra-argumentos feitos pelas autoridades públicas,

⁶⁵ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. p. 402-403.

⁶⁶ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de baixo para cima” ou “de cima para baixo”? *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, n. 34, p. 85-113, 2022. p. 105.

⁶⁷ SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006. p. 575.

“você terá efetivamente dito ‘não, não assim!’ de uma forma que realmente muda os resultados. No mundo real da democracia territorial moderna, o direito de persuadir um tribunal a vetar uma política é pelo menos tão empoderador quanto o direito de votar para mudar a política⁶⁸.”

O autor defende o controle judicial de constitucionalidade porque ele institucionaliza a prática socrática da contestação, fazendo com que as autoridades demonstrem que suas decisões estão fundamentadas em boas razões⁶⁹. Kumm afirma que a democracia liberal tem dois compromissos complementares: que as eleições promovam o igual direito ao voto e que a contestação socrática garanta que os indivíduos tenham o direito de pedir a justificativa dos atos públicos. Enquanto o Legislativo realiza o compromisso com a igualdade política, o *judicial review* representa o compromisso da justificação, exigindo que decisões públicas restritivas de direitos sejam devidamente fundamentadas.

Ao exercer a função contra-argumentativa, a Corte Constitucional proferirá decisões que incidem em algum dos conceitos de ativismo apresentados no tópico anterior. No entanto, em vez de encerrar o debate apenas chamando essa decisão de ativista, é preciso ir além. Como dito, uma decisão ativista pode apresentar bons fundamentos constitucionais que a justificam. Com base nas ideias do constitucionalismo democrático, propõem-se quatro critérios que devem nortear a Corte em sua atuação: 1. a fundamentação de sua decisão na leitura que considera mais adequada e coerente do texto constitucional e de seus precedentes (critério normativo); 2. a promoção de uma cultura de publicidade e justificação do Poder Público (critério de *accountability*); 3. a adoção de uma postura mais proativa em casos que envolvam graves ameaças ao núcleo essencial de direitos fundamentais (critério da jusfundamentalidade); 4. a ciência de que não possui a última palavra sobre o sentido da Constituição, adotando uma postura dialógica em relação aos demais Poderes (critério dialógico).

4 A atuação contra-argumentativa do Supremo Tribunal Federal na pandemia de Covid-19

Resta, por fim, o seguinte questionamento: ainda que tome decisões que podem ser consideradas ativistas, o STF tem atuado conforme os quatro critérios mencionados no tópico anterior? Para respondê-lo, analisam-se decisões proferidas em um momento de grave crise institucional e social no País: a pandemia de Covid-19. Durante os anos de 2020 e 2021, realizaram-se diversos ataques ao STF. Como elemento comum, alguns dos críticos, sob o pretexto de combater o ativismo judicial, utilizaram o Tribunal como “bode expiatório”, tornando-o um inimigo fictício da democracia⁷⁰. Por isso, é importante analisar se relevantes decisões desse período estariam dentro dos parâmetros apresentados anteriormente.

Nesse sentido, analisam-se dois grupos de decisão. O primeiro envolve políticas públicas de saúde para grupos vulneráveis: as comunidades indígenas e quilombolas, no caso. O segundo grupo envolve ações que tratam das competências dos Estados para adotarem medidas sanitárias complementares às da União, especialmente a obrigatoriedade da vacinação. Em virtude da gravidade do contexto no qual foram decididos,

⁶⁸ “The most likely way that a citizen is ever going to change the outcomes of a national political process, is by going to court and claiming that his rights have been violated by public authorities. If courts are persuaded by your arguments rather than the counterarguments made by public authorities, you will have effectively said ‘no, not like this!’ in a way that actually changes outcomes. In the real world of modern territorial democracy, the right to persuade a court to veto a policy is at least as empowering as the right to vote to change policy.” KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007. p. 174.

⁶⁹ KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007. p. 163-165.

⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 21-22.

bem como pela sua atualidade, os casos serão um bom parâmetro para identificar se o Tribunal conseguiu atuar de acordo com os critérios mencionados em um contexto de grande pressão político-institucional.

Ainda em 2020, duas ações com pedidos semelhantes questionavam as políticas de saúde da União na proteção das comunidades indígenas e quilombolas. A primeira foi a ADPF n.º 709, que trata das omissões da União em relação à proteção das comunidades indígenas durante a pandemia de Covid-19. No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Plenário do Tribunal em 05/08/2020, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, fixou algumas importantes medidas para a proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Oswaldo Cruz, do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e dos representantes das comunidades indígenas⁷¹.

A inércia governamental apresentava grande risco aos povos indígenas, que, além de uma vulnerabilidade imunológica e sociocultural, também são vulneráveis politicamente, visto que são um grupo minoritário e insuficientemente representado nas instituições majoritárias.

Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde⁷².

A segunda ação é ADPF n.º 742, ajuizada contra ações e omissões do governo federal em relação ao enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas⁷³. Em 23/02/2021, o STF julgou a ação, determinando que a União elaborasse, no prazo de 30 dias, um plano nacional de enfrentamento da pandemia da Covid-19, com providências e protocolos destinados à população quilombola. Além disso, o Plenário determinou que o governo federal constituísse, em até 72 horas, um grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do plano de imunização, com integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, da Fundação Cultural Palmares, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva e de representantes das comunidades quilombolas.

As duas ações levaram ao Tribunal litígios estruturais, que podem ser definidos como conflitos coletivos, nos quais os direitos da coletividade não são violados por uma ação específica da outra parte, mas decorrem de um estado de coisas contrário ao Direito, cuja mudança depende, geralmente, da reestruturação de uma política, programa ou instituição pública⁷⁴. Em litígios assim, o STF pode ser a última instância à qual os grupos vulneráveis em questão podem recorrer⁷⁵.

Nos dois casos, a atuação do STF se assemelha ao que Sabel e Simon⁷⁶ chamam de atuação experimentalista do Judiciário. Nesse modelo, o órgão judicial busca promover o diálogo entre as partes afetadas, fixa

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁷⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018. p. 340.

⁷⁵ CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 412-440, 2022. p. 431-434.

⁷⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p.

parâmetros gerais que devem orientar o diálogo, determina medidas emergenciais de proteção do grupo vulnerável e promove transparência e *accountability* do Poder Público⁷⁷. O objetivo do experimentalismo é criar um ambiente deliberativo, capaz de produzir acordos provisórios que gerem uma transformação progressiva, levando em conta a complexidade do problema e a pluralidade de interesses envolvidos. Decisões proferidas conforme o modelo experimentalista têm dois potenciais efeitos importantes: desestabilizar instituições públicas que falham na proteção de direitos fundamentais, o que inviabiliza a permanência do *status quo*; e democratizar o processo de tomada de decisão, incorporando novos atores e ouvindo as pessoas afetadas pela violação de direitos⁷⁸.

A decisão cautelar que determinou a criação de uma sala de situação na ADPF n.º 709 mostra a preocupação com a inclusão do grupo afetado no enfrentamento do problema. É comum o pensamento de que, em situações de crise, não seria útil conversar com o grupo afetado, uma vez que poderia haver atraso na resolução do problema. Assim, diante de uma grave pandemia, por que perder tempo dialogando com os representantes indígenas quando, na verdade, são necessárias medidas urgentes? Enfrentando esse argumento, o ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da medida cautelar, afirmou:

tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis⁷⁹.

O STF, além de atuar para proteger o direito à vida e à saúde de grupos vulneráveis e com pouca representação política, ressaltou a importância de tratá-los como parceiros na solução do problema. Trata-se de medida que reforça a democracia participativa, possibilitando que segmentos sociais excluídos dos centros de tomada de decisão política possam influenciar a criação das medidas sanitárias que terão impacto direto em sua sobrevivência.

Nesses dois casos, é possível identificar uma atuação do STF em conformidade com os quatro critérios mencionados: 1. o Tribunal já possuía precedentes que autorizavam a utilização da ADPF para questionar políticas públicas, bem como fundamentou constitucionalmente as decisões proferidas nos casos (critério normativo); 2. questionou as omissões do governo federal e demandou que as ações e omissões fossem justificadas, inclusive perante os grupos vulneráveis afetados (critério de *accountability*); 3. atuou para proteger grupos vulneráveis que tinham uma ameaça grave e direta ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais, especialmente à vida e à saúde (critério da jusfundamentalidade); 4. não desenhou o plano de ação que deveria ser implementado pelo Executivo, reconhecendo os limites de sua capacidade institucional (critério dialógico).

Em um outro grupo de casos — as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857 —, o STF precisou enfrentar os limites das competências dos entes federados para enfrentar a crise da saúde existente. Na ADI n.º 6.586, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) requereu que o STF determinasse que os Estados têm competência para fixar a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. Em sentido oposto, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que fazia parte da bancada governista, ajuizou a ADI n.º 6.587, em que solicitou que o STF reconhecesse a inconstitucionalidade da vacinação obrigatória.

1016-1101, 2004. p. 1019-1020.

⁷⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1019-1020.

⁷⁸ CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 131-158, 2021. p. 138.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

Ao decidir a questão, o STF entendeu que o Poder Público pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também definiu que os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. No julgamento das ADIs, o STF determinou que:

(A) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e

i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente;

(B) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência⁸⁰.

Após o julgamento das ações, o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, utilizou a decisão do STF para justificar a atuação insuficiente do governo federal no combate à pandemia, culpando o Tribunal e os governos estaduais pelo aumento no número de mortes. Exemplo disso foi sua fala à José Luiz Datena (TV Band), no dia 15/01/2021, quando aduziu que o STF proibiu o governo federal de adotar qualquer ação contra o coronavírus. Nas palavras do Presidente,

eu fui impedido pelo Supremo Tribunal Federal de fazer qualquer ação em combate a coronavírus em estados e municípios. Eu tinha que estar na praia numa hora dessa. Pelo Supremo Tribunal Federal, eu tinha que estar na praia agora, Datena, tomando uma cerveja. O Supremo falou isso pra mim.⁸¹

Após a fala, o STF emitiu nota para desmentir as suas declarações, reiterando que o Tribunal decidiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm competência concorrente na área de saúde pública⁸². Assim, é responsabilidade de todos os entes da federação adotarem medidas em benefício da população brasileira no combate à pandemia.

No julgamento conjunto das ADIs, é possível identificar a preocupação do STF com a promoção da publicidade e da justificação do governo federal. Em meio à crise de saúde pública, com a polarização política em torno da questão, o Tribunal deixou claro que, em matéria de saúde pública, as decisões do governo devem ser baseadas em razões públicas⁸³, especialmente dados científicos comprovados por fontes idôneas. O Poder Público não deve fundamentar suas ações e omissões apenas em crenças ou senso comum, sendo necessário embasar suas escolhas em justificativas técnicas. A ministra Carmen Lúcia ressaltou o dever de fundamentar políticas públicas de saúde em dados científicos:

a determinação de que políticas públicas sejam implementadas com base em evidências científicas está em consonância com a Constituição da República. Sobre o tema, este Supremo Tribunal tem consolidada

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸¹ MUNIZ, Mariana. STF desmente versão de Bolsonaro sobre crise no Amazonas. *Veja*, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/stf-desmente-versao-de-bolsonaro-sobre-crise-no-amazonas/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸³ Ao explicar a ideia de razão pública, John Rawls afirma que todo agente racional, individual ou coletivo, tem uma forma de articular planos, ordenar seus fins e de tomar decisões de acordo com esses procedimentos. A forma como uma sociedade política formula seus planos, estabelece suas prioridades e objetivos, bem como justifica suas decisões fundamentais é a sua razão pública. A razão pública é característica de um povo democrático, é a razão dos cidadãos livres e iguais. O seu objetivo é viabilizar o debate e a decisão sobre as questões políticas fundamentais de uma sociedade profundamente plural, com doutrinas abrangentes divergentes. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 261-262.

jurisprudência pela qual o processo decisório na implementação das políticas públicas de saúde deve ser guiado pela medicina baseada em evidências⁸⁴.

Já no julgamento da ADI n.º 6.341, a qual questionava a competência exclusiva da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais, o Tribunal também ressaltou a importância da justificação das decisões tomadas pelo Executivo, bem como o direito dos cidadãos de conhecerem e questionarem as referidas razões. Em seu voto, o relator da ação à época, ministro Marco Aurélio, afirmou que:

a primeira dessas premissas é aquela segundo a qual a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado de Direito Democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também, para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado de Direito Democrático garante também o que, como é conhecido na teoria do Direito Constitucional, Madison chamava de liberdade pública, ou seja, o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações⁸⁵.

Mais uma vez, é possível identificar uma atuação do STF em conformidade com os quatro critérios mencionados: 1. o Tribunal pautou suas decisões em uma leitura coerente do pacto federativo que a Constituição apresenta, tendo como base as competências comuns (art. 23) e concorrente (art. 24) do texto constitucional (critério normativo); 2. questionou as omissões do governo federal e demandou que as ações e omissões fossem justificadas em dados científicos confiáveis, não sendo lícito ao Poder Público, em meio à pandemia, atuar de forma discricionária; 3. atuou para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais da população, especialmente os direitos à vida e à saúde; 4. não fixou quais medidas e políticas específicas o governo federal e os governos estaduais deveriam adotar, reconhecendo suas limitações institucionais para isso (critério dialógico).

5 Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo central o de desmistificar uma das temáticas mais controversas no campo do Direito Constitucional: o ativismo judicial. Ao longo do trabalho, buscou-se demonstrar a complexidade do referido fenômeno, que faz com que seja necessário o seu estudo e compreensão a partir de sua característica principal: a multidimensionalidade. Refuta-se, assim, a ideia de que o ativismo assume, necessariamente, um sentido pejorativo, vinculado, exclusivamente, à mera opinião do observador. Essa percepção permite que o objeto de estudo seja abordado de forma científica, afastando-o de opiniões meramente subjetivas e discricionárias, que em nada contribuem para compreender o real papel que o Poder Judiciário desempenha em uma determinada sociedade.

Nesse sentido, apresentaram-se duas dimensões do ativismo: a dialógica e a antidialógica. A primeira considerada benéfica e estratégica quando juízes são chamados a proteger direitos fundamentais e reverter realidades inconstitucionais. A segunda, por sua vez, é considerada a única dimensão que, *a priori*, pode ser ilegítima. Vislumbra-se, assim, que a atuação proativa do Poder Judiciário, em determinadas questões de cunho originalmente político, pode ser interessante em algumas circunstâncias, desde que ocorra de forma dialógica e flexível, sempre atenta aos percalços e limitações enfrentados pelas autoridades públicas, mas

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 17 ago. 2022.

também sem permitir sua inércia. A utilização do referido poder para superar realidades cuja existência viola as promessas constitucionais pode funcionar, ademais, enquanto importante *locus* de reivindicação, proteção e participação a grupos marginalizados, que dificilmente têm suas demandas contempladas no processo político.

Após analisar aspectos cruciais acerca do ativismo, o trabalho correlacionou a função contra-argumentativa que as Cortes Constitucionais podem desempenhar com o Constitucionalismo Democrático, desenvolvido por Post e Siegel. A referida teoria permitiu a extração de alguns aprendizados centrais, quais sejam: 1. o fato de que a interpretação da Constituição não é uma tarefa exclusiva do Judiciário; 2. as Constituições, via de regra, possuem conceitos essencialmente contestados que viabilizam um desacordo razoável acerca da sua melhor interpretação; 3. a discordância sobre a interpretação constitucional é benéfica e tem o potencial de promover a união social; 4. a decisão de uma Corte Constitucional acerca de uma determinada matéria não é a última palavra sobre a Constituição, pois entende-se que, mais cedo ou mais tarde, novas rodadas de discussão serão abertas e levarão a temática a ser discutida novamente, sendo possível que o sentido atribuído à Constituição mude completamente; 5) mesmo não tendo a última palavra definitiva, as Cortes têm um importante papel a exercer no que concerne à proteção de direitos fundamentais e ao debate público sobre o sentido do texto constitucional.

Ao final, analisou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de Covid-19, com o intuito de compreender se esta atendia aos requisitos sugeridos acerca de critérios que devem nortear a atuação de Cortes Constitucionais em sua atuação: 1. a fundamentação de sua decisão na leitura texto constitucional e de seus precedentes (critério normativo); 2. a promoção de uma cultura de publicidade e justificação do Poder Público (critério de *accountability*); 3. a adoção de uma postura mais proativa em casos que envolvam graves ameaças ao núcleo essencial de direitos fundamentais (critério da jusfundamentalidade); 4. a ciência de que não possui a última palavra sobre o sentido da Constituição, adotando uma postura dialógica em relação aos demais Poderes (critério dialógico). Estudaram-se as seguintes ações: as ADPFs 709 e 742, que buscavam proteger o direito à saúde de grupos vulneráveis — indígenas e quilombolas, respectivamente —; e as ADIs n.ºs 6.341, 6.856 e 6.857, que tinham como ponto central os limites das competências de atuação da União e dos Estados na pandemia. Verificou-se que a atuação do Tribunal se enquadrou nos critérios defendidos, proporcionando não somente o combate a um problema grave em um dos momentos mais críticos da história mundial (e, conseqüentemente, do Brasil), mas, também, que o experimentalismo e o diálogo fossem privilegiados durante o procedimento, configurando um caso de ativismo dialógico.

Como conclusão: a defesa a favor de que o ativismo não é aprioristicamente ilegítimo não é “uma carta em branco ao Judiciário”, por meio da qual qualquer decisão será considerada válida. Em algum momento, todos serão ditos ativistas, ou seja, a favor de uma decisão que pode ser razoavelmente considerada como tal, em virtude de uma interpretação diferente das normas constitucionais envolvidas. Quando isso ocorrer, para que haja um debate maduro e qualificado sobre o tema, indo além das meras acusações subjetivas, é necessário que haja critérios capazes de avaliar a decisão em questão. O verdadeiro problema não é o ativismo judicial, mas a falta de um real compromisso em analisar e refutar os fundamentos da decisão. Afinal, como demonstrado, o ativismo judicial é multidimensional e pode estar pautado em argumentos constitucionais significativos, não sendo, portanto, ilegítimo. O Direito, especialmente o Constitucional, ganha com um debate mais científico, e menos discricionário, sobre as decisões do STF.

Referências

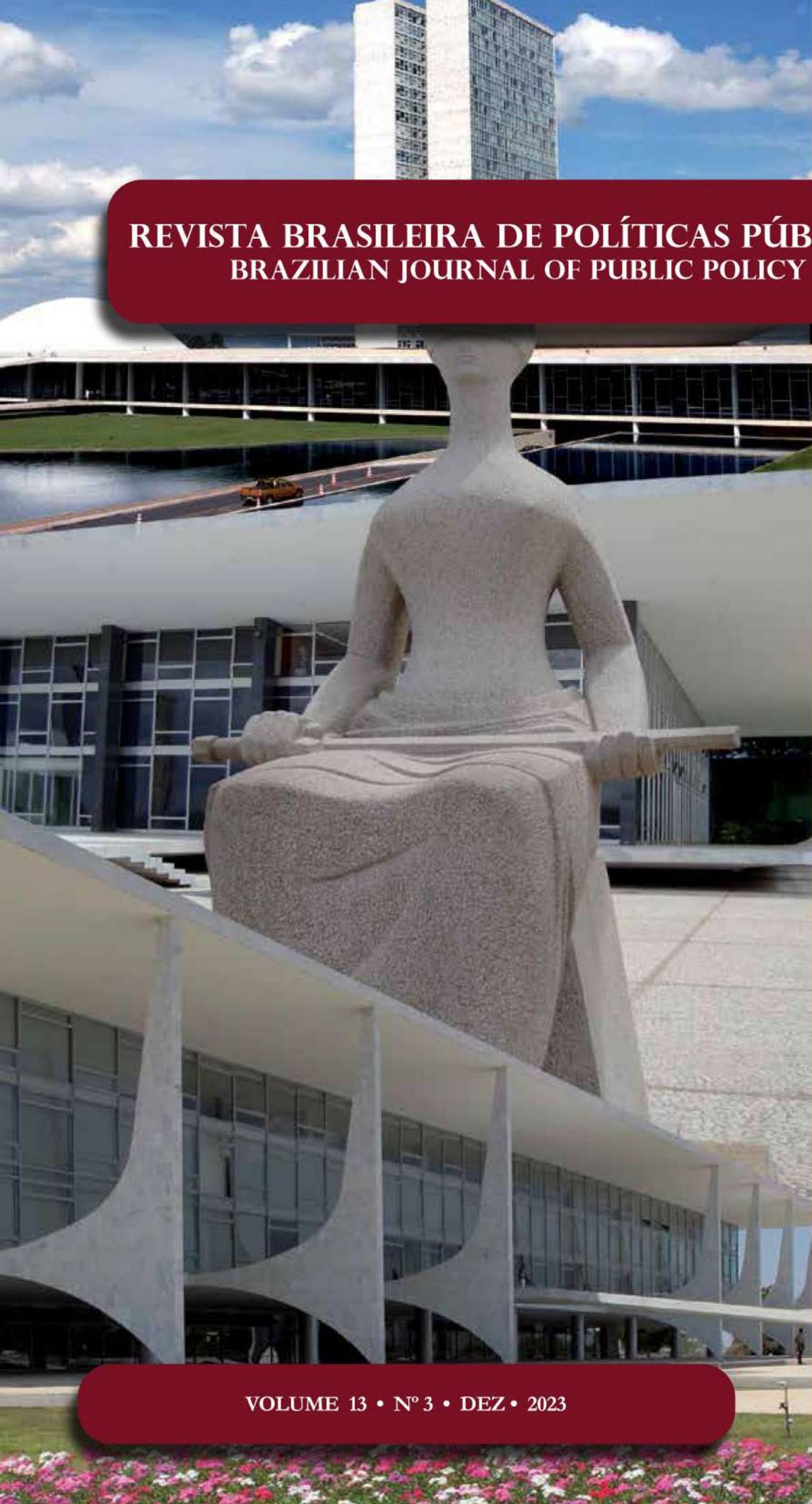
ABBOUD, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 242, p. 21-47, 2015.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.
- ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, 2014.
- BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 17 ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- BUSTAMANTE, Thomas. Ativismo judicial em tempos de resiliência: análise e crítica de um conceito controvertido. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira (org.). *Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise*. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 543-572.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 131-158, 2021.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, p. 127-139, 2004.
- CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 412-440, 2022.
- COVER, Robert M. Foreword: nomos and narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.
- DIXON, Rosalind. *Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

- DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits. *In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (org.). Comparative judicial review*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 36-59.
- FEOLI, Marco. Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad? *Pensamiento Jurídico*, n. 41, p. 127-162, 2015.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais “de baixo para cima” ou “de cima para baixo”? *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, n. 34, p. 85-113, 2022.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Uma proposta para o acesso igualitário à justiça: processos estruturais enquanto caminho para a proteção judicial dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Argumenta Journal Law*, n. 37, p. 87-116, 2022.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005.
- GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 167-198, 1955.
- GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.
- HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.
- KLARE, Karl E. Critical perspectives on social and economic rights, democracy and separation of powers. *In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. Nova York: Routledge Research in Human Rights Law, 2014. p. 3-22.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1477, 2004.
- KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153. *In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (org.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-196.
- KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 153-183, 2007.
- LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.
- LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, v. 77, p. 181-232, 2008.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, p. 113-133, 2002.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; DAMASCENO, Daniel. Ainda sobre ativismo judicial: desfazendo mitos e equívocos para um conceito definitivo. *NOMOS*, v. 40, n. 2, p. 161-176, 2020.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, 2002.

- MELLO, Patricia Perrone Campos. 'A vida como ela é': comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 159-185.
- MICHAELIS. *Anátema*. 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=WKBb>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- MUNIZ, Mariana. STF desmente versão de Bolsonaro sobre crise no Amazonas. *Veja*, 18 jan. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/stf-desmente-versao-de-bolsonaro-sobre-crise-no-amazonas/>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 91, n. 1, p. 05-20, 2011.
- NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania: o Supremo Tribunal Federal na Nova República*. 2016. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- ORTEGA, Roberto Niembro. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PODDAR, Mihika; NAHAR, Bhavya. "Continuing Mandamus": a judicial innovation to bridge the right-remedy gap. *NUJS Law Review*, v. 10, p. 555-608, 2017.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-34.
- POST, Robert. Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-433, 2007.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
- SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, p. 565-594, 2006.
- SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and the constitutional change: the case of the de facto era. *California Law Review*, v. 94, p. 1323-1420, 2006.
- SIEGEL, Reva B. Text in contest: gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, p. 297-351, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.
- SOUZA NETO, Cláudio Cruz; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

- ULIANO, André Borges. *Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção e decisões ativistas*. Londrina: Thoth, 2022.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 389-406, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.
- VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief: a context-sensitive approach. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, n. 2, p. 209-230, 2018.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018.
- WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, v. 21, p. 137-164, 2002.
- WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review*, v. 54, p. 433-468, 2013.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O poder judiciário no incentivo à adoção de crianças ou adolescentes preteridos e a busca ativa como política pública de efetivação do direito à convivência familiar

The judiciary in encouraging the adoption of children or adolescents who have been rejected, and the active search as a public policy for the realization of the right to family cohabitation

Ana Elisa Silva Fernandes Vieira

Dirceu Pereira Siqueira

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

O poder judiciário no incentivo à adoção de crianças ou adolescentes preteridos e a busca ativa como política pública de efetivação do direito à convivência familiar*

The judiciary in encouraging the adoption of children or adolescents who have been rejected, and the active search as a public policy for the realization of the right to family cohabitation

Ana Elisa Silva Fernandes Vieira**

Dirceu Pereira Siqueira***

Resumo

Analisa-se, neste artigo, o problema público da ineficácia do direito fundamental à convivência familiar para crianças e adolescentes candidatos à adoção e os programas de Busca Ativa implantados nos Tribunais de Justiça como resposta. A relevância deste estudo refere-se ao fato de o direito à convivência familiar ser um direito fundamental, mas que não é exercido por diversas crianças e adolescentes que se encontram nas unidades de acolhimento e não são/serão adotados, devido à preferência dos adotantes por outros perfis de crianças e adolescentes. Utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo, com base na hipótese inicial de que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas para que se efetive o direito fundamental à convivência familiar e os direitos da personalidade de crianças e adolescentes aptos à adoção. Como técnica de investigação, utiliza a revisão bibliográfica nacional em artigos científicos, livros, físicos e eletrônicos, e fontes secundárias como legislação e informações disponíveis nos sites dos Tribunais sobre os projetos de Busca Ativa. Conclui que o Poder Judiciário é um agente de políticas públicas, e, diante a omissão dos demais poderes, pode agir, ativamente, para solucionar ou amenizar esse problema público, por meio dos programas de Busca Ativa. Embora reconheça que a Busca Ativa não seja a solução definitiva ao problema, trata-se de importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: infância e juventude; controle judicial; políticas públicas; adoção; direitos da personalidade.

Abstract

This research aims to analyze the public problem of the ineffectiveness of the fundamental right to family life for children and adolescents who are

* Recebido em: 28/09/2021
Aprovado em: 06/10/2023

** Doutoranda em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR. Bolsista no Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares PROSUP/CAPES (módulo Bolsa) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na UNICESUMAR. Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq: "Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de Efetivação dos Direitos da Personalidade".
E-mail: annaefernandes@gmail.com.

*** Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru.
E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

candidates for adoption and the Active Search programs implemented in the Courts of Justice with ways to solve this problem. The relevance of this study lies in the fact that the right to family life is a fundamental right, however, it is not exercised by several children and adolescents who are in the shelters and are not/will be adopted due to their profiles, and the preference of adopters in children and/or adolescents of other profiles. It uses the hypothetical-deductive approach method, based on the hypothesis that the Judiciary should intervene in public policies so that the fundamental right to family life and the personality rights of children and adolescents capable of adoption are made effective. As an investigation technique, it uses the national bibliographic review in scientific articles, books, physical and electronic, and secondary sources such as legislation and information available on the websites of the Courts about Active Search projects. It concludes that the Judiciary is an agent of public policy, and in the face of state omission, it can actively act to solve or alleviate this public problem, through Active Search programs. Although Busca Ativa is not the definitive solution to the problem, it is an important instrument for the realization of the fundamental rights of children and adolescents.

Keywords: childhood and youth; judicial control; public policy; adoption; personality rights.

1 Introdução

No Brasil há mais de quatro mil crianças e adolescentes aptos à adoção e mais de trinta e dois mil pretendentes. Se apenas fossem considerados esses números, poderia concluir-se que o problema da adoção estaria resolvido e, inclusive, restaria um remanescente de famílias pretendentes à adoção. Acontece que a análise desse problema público perpassa maiores complexidades, considerando que a grande maioria das crianças e adolescentes aptas a serem adotadas possuem um perfil diverso daquele desejado pela maioria das famílias.

Diante desse cenário, a pesquisa apresentada neste artigo tem por objetivo analisar o problema da inefetividade do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes que estão aptas à adoção, porém, são preteridas. Será analisado o papel do Poder Judiciário nas políticas públicas em prol da adoção tardia, da adoção especial e da adoção de grupos de irmãos.

A relevância deste estudo encontra-se no fato de que, embora o direito à convivência familiar não seja um direito de personalidade em espécie, conforme será abordado, trata-se de um direito fomentador daqueles, isto é, fundamental à garantia e ao exercício dos direitos de personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física, psíquica e moral, o direito à origem genética, direito à imagem, honra, privacidade, dentre tantos outros que são resguardados no ordenamento jurídico. Contudo, embora fundamental, muitas são as crianças e adolescentes nas filas de adoção para encontrarem uma família, e que, por características físicas e psíquicas ou condições sociais, acabam crescendo nas unidades de acolhimento sem a convivência familiar.

A partir dessas considerações, primeiramente analisa o problema público e o direito à convivência familiar como um direito fundamental e os reflexos aos direitos da personalidade e à formação e desenvolvimento integral das crianças e adolescentes, e a inefetividade desse direito às crianças e adolescentes que estão aptos à adoção. Em seguida, discute o que são políticas públicas, problema público e a possibilidade de influência do Poder Judiciário nos rumos das políticas públicas. Por fim, trata das intervenções do Poder Judiciário na política pública em prol da adoção com destaque aos programas de Busca Ativa. Para tanto, seleciona os Tribunais de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Amazonas para a análise, por possuírem projetos de Busca Ativa sendo executados.

Como método de abordagem hipotético dedutivo, parte da hipótese inicial de que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas a fim de que sejam efetivas e garantam o exercício de direitos fundamentais, como os direitos da personalidade das crianças e adolescentes. Utiliza como técnica de investigação a

revisão bibliográfica não sistemática em artigos científicos, livros, físicos e eletrônicos, e fontes secundárias como informações sobre os projetos dispostos nos sites dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Os direitos da personalidade são daqueles direitos que todas as pessoas possuem pelo simples fato de serem seres humanos, garantidos com a finalidade de resguardar a sua humanidade. Nesse sentido, a pesquisa apresentada neste artigo relaciona-se com os direitos da personalidade na medida em que o Poder Judiciário, ao concretizar o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes que estão aptos à adoção, por meio dos projetos de Busca Ativa, em via reflexa, torna possível que os direitos da personalidade sejam efetivados e sejam exercidos amplamente.

2 O problema público da inefetividade do direito à convivência familiar e a “vala de abandono” de crianças e adolescentes brasileiros

A Constituição Federal de 1988, ao regular as relações humanas e pressupor a dignidade da pessoa humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro, passou a proteger a família como base central da sociedade, pois a família é o lugar em que o sujeito se desenvolve e recebe sustento e assistências necessárias para o amplo desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse contexto, o artigo 227 do texto constitucional estabeleceu a responsabilidade tripartite da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹. Assim, toda criança e adolescente é sujeito de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a convivência familiar. O dever de assegurar esses direitos é solidário entre a família, a sociedade e o Estado, que devem empenhar-se a garantir o exercício desse direito fundamental à toda criança e adolescente brasileira, o que ocorre, pelo que será visto, por meio de políticas públicas específicas.

No mesmo sentido da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 4º, caput, retoma a responsabilidade tripartite e os direitos fundamentais que devem ser assegurados. Ademais, no artigo 19, determina que toda criança e adolescente possui o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral². Sob esse aspecto, a prática da adoção tem como norte prioritário a garantia do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, que lhes proporcione crescer em um ambiente saudável, com condições para seu desenvolvimento físico, cognitivo e social³.

O direito à convivência familiar se manifesta no dever de cuidado dispensado a esses indivíduos, pela família, sociedade e Estado, com prioridade à efetivação, conforme determina a Constituição Federal de 1988, e consiste em um dos direitos mais importantes assegurados às crianças e adolescentes, tendo origem na Doutrina da Proteção Integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas⁴. Em 1959 foi

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República: [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

² BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

³ QUEIROZ, Ana Cláudia Araújo; BRITO, Liana. Adoção tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, RS, v. 12, n. 1, p. 55-67, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/13161>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁴ ARANTES, Geraldo Claret de. A criança e o direito à convivência familiar. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011. p. 65.

publicada a Declaração de Direitos das Crianças, cuja evolução originou a posterior criação da Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente⁵.

A Doutrina da Proteção Integral exige a corresponsabilidade do sistema de garantia de direitos, com vistas a atender ao melhor interesse de crianças e adolescentes⁶. A Doutrina da Proteção Integral, que rompeu totalmente com a doutrina da situação irregular, fundamentou-se no humanismo e garantiu, de forma ampla⁷, a abertura do reconhecimento da criança e do adolescente ao reconhecimento de “direitos específicos que lhes assegurem o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, o tornarem-se cidadãos adultos livres e dignos”⁸, independentes de sua origem, classe, raça ou do estado em que encontrem⁹.

Fernanda da Silva Lima e Josiane Petry Veronese descrevem que, sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, a família passou a desempenhar novas funções a fim de garantir e salvaguardar a tríade liberdade-respeito e dignidade das crianças e adolescentes, efetivando direitos fundamentais e da personalidade dessa população em desenvolvimento¹⁰. Assim, sob o viés da Proteção Integral, pode-se afirmar que o direito à convivência familiar é um direito fundamental, pois, além de estar previsto na Constituição Federal de 1988, é por meio dessa convivência que outros direitos são assegurados, como o direito ao amplo e irrestrito desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade físico e psíquica, o direito à vida privada, e, inclusive, direitos sociais como direitos à alimentação, saúde e moradia. Em última análise, é por intermédio da convivência na família que o indivíduo cresce e se desenvolve como cidadão, respeita a vida alheia e tem a si próprio respeitado¹¹. Assim, por meio da convivência com a família, além do convívio com a sociedade, que se promove o bom e adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

Desse modo, o direito à convivência familiar possui íntima relação com os direitos da personalidade, contudo, o direito à convivência familiar não se trata propriamente de um direito da personalidade. Ele está vinculado a essa categoria de tais direitos, que visam proteger os bens inerentes à pessoa humana, como a vida, a liberdade, a honra, a integridade, a privacidade, a imagem, dentre outros. Nas palavras de Carlos Alexandre de Moraes e Diego Fernandes Vieira, o direito à convivência familiar, embora fundamental, não pode ser considerado um direito de personalidade em si, “pois não está ligado intrinsecamente a questões referentes à pessoa propriamente dita, mas que em verdade possibilita o desenvolvimento de tais”¹². No

⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 143.

⁶ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. In: LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 111-141. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2023.

⁷ SANTOS, Danielle Maria Espezim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista de Direito*, Viçosa, MG, v. 15, n. 2, p. 1-38, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/16563>. Acesso em: 22 set. 2023.

⁸ VERCELONE, Paolo. “Art. 3º”. In: CURY, Munir; VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra (org.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 60.

⁹ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. A prática de se acolher crianças e adolescentes no Brasil. In: *SURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 317-346, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/47030/38250>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁰ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. In: LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 111-141. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2023. p. 115.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. *Argumentum Journal of Law*, Marília, SP, v. 19, n. 2, p. 319-329, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/609/292>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 326.

¹² MORAES, Carlos Alexandre de; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Portugal, v. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www>.

mesmo sentido, segundo Silmara Domingues Araújo Amarilla, o direito à convivência familiar deve ser entendido como um meio ao desenvolvimento da personalidade dos membros da família e atendimento das demandas especiais daqueles que, em razão de sua pouca idade insuficiente maturidade, clamam por mais atenção e cuidado¹³.

Evidencia-se que, sem a efetivação do direito à convivência familiar, outros direitos como fundamentais e de personalidade, estarão prejudicados. Nota-se, assim, a essencialidade da convivência familiar à pessoa humana. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam o valor da convivência familiar:

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade na busca pela felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz¹⁴.

Na psicologia, Donald Winnicott, assentou que o ambiente familiar afetivo que considera as necessidades da criança e do adolescente, constitui a base para o desenvolvimento saudável ao longo de todo o ciclo vital, e, tanto a imposição de limites e o exercício de papéis de autoridade quanto o cuidado e a afetividade, são elementos fundamentais para a constituição da subjetividade e desenvolvimento das habilidades necessárias à vida das crianças e adolescentes em comunidade¹⁵.

Por esses motivos, devem-se proporcionar às crianças e adolescentes condições favoráveis ao desenvolvimento da personalidade humana, o que ocorre por meio do irrestrito convívio familiar. Contudo, há grupos vulneráveis de crianças e adolescentes que estão à margem do exercício desse direito¹⁶. São crianças e adolescentes destinados aos acolhimentos institucionais, majoritariamente mantidos pela rede pública municipal, em que são recebidos por assistentes sociais, psicólogos e cuidadores¹⁷. Ainda que os acolhimentos institucionais deem abrigo aos infantes, não efetivam o direito à convivência familiar e comunitária, encontrando-se em um ambiente totalmente diverso de um núcleo familiar¹⁸.

Sob esse aspecto, a ênfase do direito à convivência, nesta pesquisa, incide sobre a situação de crianças e adolescentes destituídos do poder familiar, que diz respeito à “autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes”¹⁹ e dos deveres incumbidos ao exercício parental que, conforme o artigo 22 do ECA, consiste no dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Quando essas crianças e adolescentes são colocadas em

cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203. Acesso em: 21 set. 2023. p. 752.

¹³ AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 90.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 38.

¹⁵ WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2017/10/WINNICOTT-FAMI%CC%81LIA-E-O-DESENVOLVIMENTO-INDIVIDUAL.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 129-138.

¹⁶ “A transição paradigmática do menorismo para uma nova concepção de infância/adolescência infelizmente encontra muitos óbices, sobretudo na ausência de práticas sociais transformadoras. Crianças e adolescentes continuam diariamente sendo afrontados nos seus direitos como cidadãos, como sujeitos de direitos, [...]” LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. In: LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 111-141. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2023. p. 113.

¹⁷ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. A prática de se acolher crianças e adolescentes no Brasil. In: *SURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 317-346, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/47030/38250>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁸ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 139.

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

situação de vulnerabilidade, como abandono e ausência de cumprimento dos deveres parentais, o Poder Judiciário, provocado pelo Ministério Público ou familiar com interesse jurídico, adotará a medida adequada para proteger a integridade do infante, e nesse caso, suspender o poder familiar ou, em último caso, destituí-lo, nos termos do artigo 155 do ECA²⁰.

Com a suspensão do poder familiar, a equipe multiprofissional da Vara da Infância, responsável pelos estudos psicossociais com a família envolvida, avaliará a situação e a necessidade ou não de destituição do poder familiar ou a possibilidade de reintegração da criança à convivência da família, e, não sendo o caso, ficará em acolhimento institucional²¹, compondo o Sistema Nacional de Adoção, até que se encontre uma nova família, por meio da adoção^{22 23 24}.

Não se ignora que a convivência familiar pode ser mantida por meio das visitas da família biológica às unidades de acolhimento, ou com a colocação em família extensa ou acolhedora. Nesse sentido, o processo de destituição do poder familiar é o último recurso, utilizado apenas quando não é possível a reintegração ou colocação em família extensa, cabendo ao Ministério Público o ajuizamento da ação a fim de defender o melhor interesse da criança/adolescente²⁵.

Porém, segundo Vargas, a adoção traz à criança institucionalizada benefícios que nenhuma outra intervenção seria capaz: a construção de vínculos estáveis e duradouros, a retomada do desenvolvimento, a elaboração da perda do objeto suporte de identificação e a reconstrução da história de vida e identidade. A autora ressalta, ainda, a importância do apoio psicossocial para preparação, orientação e acompanhamento pós-acolhimento²⁶.

²⁰ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 148.

²¹ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. A prática de se acolher crianças e adolescentes no Brasil. *InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 317-346, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/47030/38250>. Acesso em: 24 set. 2023.

²² No artigo 1.638 do Código Civil, apresentam-se quatro causas para a perda do poder familiar: castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e incidência reiterada em falta com os deveres do poder familiar. BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

²³ “DESTITUIÇÃO DO PDER FAMILIAR. MEDIDA DE PROTEÇÃO AOS FILHOS. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. OCORRÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA. *Se os pais não possuem as mínimas condições pessoais para cuidar dos filhos, não exercendo de forma adequada a maternidade e a paternidade, mantendo os filhos em constante situação de risco, torna-se imperiosa a suspensão do poder familiar, a fim de que as crianças, que se encontram sob família substituta, possam continuar a desfrutar de uma vida mais saudável e equilibrada.*” (grifo nosso). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). *Apelação Cível 70041896838/RS*. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. 19 de outubro de 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20722031/apelacao-civel-ac-70041896838-rs-tjrs>. Acesso em: 21 set. 2023.

²⁴ “APELAÇÃO CÍVEL. ECA. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. Embora a genitora tenha algum vínculo com a filha, não possui condições de, ao menos neste momento, exercer o poder familiar em sua plenitude, em face das necessidades especiais que a filha possui, a falta de condições para atendê-las e, principalmente, pelo fato de ter abandonado a menina, deixando-a de visitá-la por longos períodos, sendo *mais adequada a suspensão do poder familiar, com a manutenção do acolhimento institucional*, com bem decidiu a sentença.” (grifo nosso). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível 70079307609/RS*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684618678/apelacao-civel-ac-70079307609-rs>. Acesso em: 21 set. 2023.

²⁴ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 148.

²⁵ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Adoção e o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/publicacoes/adocao-e-o-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 19.

²⁶ VARGAS, Marilzete Moldonado. *Adoção tardia: da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

Assim, enfoca-se, nesta pesquisa, a análise dos programas de Busca Ativa implementados pelo Poder Judiciário para a efetividade do direito fundamental à convivência familiar das crianças e adolescentes que estão aptos à adoção, e que, por terem perfis amplos, são preferidos pelos adotantes.

Nesse aspecto, Vargas explica que no Brasil o perfil da criança desejada pelos pretendentes à adoção é restrito até três anos de idade, de cor de pele branca, sexo masculino, sem doenças ou deficiências e sem irmãos. Assim, crianças e adolescentes que sejam grupos de irmãos, maiores de 4 anos, ou que possuam alguma deficiência ou doença, possuem menores probabilidades de adoção. Especialmente, no caso de grupos de irmãos, o exercício da convivência familiar decorre da união permanente, o que significa que, na adoção, esses irmãos, preferencialmente, devem manter o convívio contínuo, sendo adotados pela mesma família ou famílias próximas que possam manter a relação afetiva entre irmãos constante²⁷. A realidade é que, para essas crianças, a probabilidade de adoção diminui a cada irmão que se possui.

Segundo dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNAA), existem 32.784 pretendentes à adoção. Apesar do elevado número de pretendentes, ainda há um total de 4.243 crianças e adolescentes para serem adotadas. Do número total de pretendentes, 17.366 aceitam crianças apenas até 4 anos, porém, 3.733 das crianças aptas à adoção possuem mais de 4 anos. Do total de pretendentes, menos da metade, 12.386 (37,8%), aceita adotar grupos de irmãos. Contudo, existem 2.254 crianças e adolescentes, em grupos de irmãos, aptos a serem adotados. Já em relação à deficiência, apenas 2.191 (6,6%) do total de pretendentes adotariam uma criança ou adolescente com deficiência, 13.700 (41,8%) aceitariam adotar quem tenha alguma doença, e 2.200 (6,7%) quem tenha doença infectocontagiosa. Contudo, do total de crianças ou adolescentes para adoção, 630 (14,8%) possuem alguma deficiência intelectual ou física, 675 (15,9%) possuem algum problema de saúde, e 37 (0,9%) possuem alguma doença infectocontagiosa²⁸.

Da análise dos dados, evidencia-se que haveria compatibilidade de famílias adotantes para o número de crianças ou adolescentes disponíveis. Porém, a problemática nessa análise é que alguns desses identificadores podem estar agregados nos perfis dos adotantes ou dos aptos à adoção, o que, de modo geral, diminui a possibilidade de adoção desses últimos. Além disso, há a dificuldade do encontro entre os adotantes que desejam perfis amplos com as crianças e adolescentes que se encaixam nesses perfis. Quando se fala em perfil amplo, refere-se às crianças e adolescentes com idade avançada, com doenças, problemas de saúde ou deficientes, e grupos de irmãos. Nesse sentido, a probabilidade de estes serem adotados, quando alinhados a mais de um desses identificadores, é mais baixa ainda.

A diferença entre o perfil de preferência dos pretendentes e o perfil das crianças presentes no cadastro é denominado *fenômeno do matching*. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esse fenômeno é real e denota a disparidade entre o perfil das crianças e adolescentes e dos perfis preferidos pelos pretendentes²⁹.

Além dos dados do SNAA, um estudo realizado por Susan Hillis, pesquisadora de doenças infecciosas do Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos, revelou que a pandemia da Covid-19 afetou, além da saúde e econômica, a vida de milhares de crianças e adolescentes que se tornaram órfãs durante esse período. Nesse sentido, o Brasil ocupa o segundo lugar com maior número de órfãos. Hillis defende a inclusão imediata dessas crianças e adolescentes em programas de transferência de renda, para combater a vulnerabilidade financeira e social que vem junto com a orfandade³⁰.

²⁷ VARGAS, Marilzete Moldonado. *Adoção tardia: da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

²⁸ CNJ. *Sistema nacional de adoção e acolhimento - SNA*. 30 ago. 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&sselect=clearall>. Acesso em: 21 set. 2023.

²⁹ CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

³⁰ Segundo a pesquisadora, dentre os 21 países analisados, estima-se que, entre 1 de março de 2020 até 30 de abril de 2021, cerca de 1.134.000 crianças ficaram órfãs de pai, mãe ou avós que eram responsáveis legais, sendo que o Brasil, juntamente com outros cinco países, alcançaram as maiores taxas de orfandade pela Covid-19. HILLIS, Susan *et al.* Global minimum estimates of children

É possível identificar alguns valores presentes na atual sociedade que indicam elementos culturais, éticos e políticos impeditivos à concretização da adoção dessas crianças e adolescentes. De acordo com Campos, ainda há na sociedade a expectativa do filho “perfeito”, saudável, semelhante fisicamente com os adotantes, e recém-nascido, “cujo comportamento acredita-se que poderá ser mais facilmente ‘moldado’ pelos adotantes”, o que evidencia o desejo de reprodução do modelo biológico e a consequente rejeição dos adotandos que não correspondem a este perfil³¹.

Santos e Pereira também destacam a preferência por bebês, o desejo dos adotantes de acompanharem o desenvolvimento a partir do nascimento, e os mitos, preconceitos e medos presentes no imaginário social sobre a história pregressa de uma criança maior ou adolescente³². A preferência dos adotantes por crianças menores pode revelar o desejo de apagar o passado e a existência da família biológica, na tentativa de negar a história da adoção e as condições estruturantes da dinâmica familiar, e encobrir os temores e receios com relação a história, origem e genética da criança³³.

A reflexão necessária é a de que o direito à convivência familiar para essas crianças não será efetivado, o que eventualmente poderá prejudicar o desenvolvimento saudável de suas personalidades, caráter e concepções da sociedade, pois são crianças e adolescentes que irão crescer sem a afetividade e o zelo necessários à vida infanto-juvenil que somente uma família pode proporcionar.

Assim, advém a urgente necessidade de criação e implementação de políticas públicas direcionadas à efetividade do direito à convivência familiar e comunitária dessas crianças e adolescentes, que, sem perspectivas de serem adotados, passam anos de suas vidas nas unidades de acolhimento, sem a oportunidade de conviverem em um ambiente familiar.

O ECA, nos artigos 86 e seguintes, dispõe sobre a política de atendimento, correspondente ao “conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infanto-juvenil”³⁴, e traz os entes federativos como protagonistas na atuação e aplicação de políticas que visam suprir as necessidades de cada localidade³⁵.

A partir da doutrina de proteção integral da criança, nos últimos anos, tem sido disseminada uma nova cultura da adoção que prioriza as necessidades das crianças e adolescentes, ao invés das necessidades dos pais, isto é, uma cultura que busca uma família para o adotado e não uma criança/adolescente para os adotantes. Assim, “não se trata mais de dar uma criança ao casal, mas de dar pais a uma criança”³⁶. Busca-se

affected by COVID-19-associated orphanhood and deaths of caregivers: a modelling study. *The Lancet*, v. 398, n. 10298, p. 391-402, jul. 2021. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)01253-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01253-8/fulltext). Acesso em: 21 set. 2023. p. 395, 399 e ss).

³¹ CAMPOS, Níva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: uma experiência na Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal*. 2001. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) - Universidade de Brasília, Brasília, 2001. p. 29.

³² SANTOS, 1998 *apud* PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios da garantia do direito à convivência familiar. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v15n1/04.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 20.

³³ PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios da garantia do direito à convivência familiar. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v15n1/04.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 21.; COSTA, Liana Fortunato; CAMPOS, Níva Maria Vasques. A avaliação psicossocial no contexto da adoção: vivência das famílias adotantes. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, DF, v. 19, n. 3, p. 221-230, dez. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722003000300004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 21 set. 2023. p. 224.; SCHETTINI, Luiz Filho. *Compreendendo os pais adotivos*. Recife: Bagaço, 1998. p. 33.

³⁴ TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 371-434. p. 380.

³⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 145.

³⁶ FONSÊCA, Célia Maria Souto Maior de Souza; SANTOS, Carina Pessos; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. A adoção de crianças com necessidades especiais na perspectiva dos pais adotivos. *Paideia*, Ribeirão Preto, SP, v. 19, n. 44, p. 303-311, set./dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/paideia/v19n44/a03v19n44.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 303, 304.

superar as barreiras e preconceitos que desestimulam a adoção tardia, adoção especial e adoção de grupos de irmãos.

Com a edição do Decreto de 19 de outubro de 2004, foi criada a Comissão Intersetorial para Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, incumbida de elaborar o Plano Nacional e as Diretrizes da Política de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC). Em 2006, por meio da Resolução Conjunta n.º 1 de 13 de dezembro de 2013, este Plano Nacional foi aprovado e representou um marco nas políticas públicas brasileiras voltadas à Infância e Juventude brasileiras ao romper com a cultura da institucionalização e fortalecer o paradigma de proteção integral e preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelas legislações, com investimentos nas políticas públicas de atenção familiar³⁷.

O mencionado Plano foi aprovado por meio de uma Resolução Conjunta em que trabalharam membros do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Do Adolescente (CONANDA), colegiados que possuem poder deliberativo. Desse modo, em sintonia com a Constituição Federal de 1988 e o ECA, por serem órgãos deliberativos, as resoluções aprovadas caracterizam-se como marcos normativos nacionais que devem ser cumpridos integralmente. Inclusive, a Lei 8.242/1991, ao criar o CONANDA, em seu artigo 2º considera que faz parte de suas competências, a elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução. Desse modo, entende-se que o conteúdo previsto na mencionada Política seria vinculativo e, portanto, de cumprimento obrigatório no país.

O tema da convivência familiar recebeu atenção especial no Plano Nacional, que reconheceu o papel fundamental e preponderante deste direito fundamental no desenvolvimento do sujeito:

a constância das figuras parentais, as condições sociais e culturais para a realização de seus cuidados e um “clima afetivo” favorável, nos primeiros anos de vida, favorecem a constituição de vínculos afetivos primários e abrem o caminho para a constituição de novos vínculos, cuja preservação, durante a infância e a adolescência, propiciam as condições adequadas para a socialização e o desenvolvimento integral dos indivíduos. Da mesma forma, a garantia de acesso aos direitos universais para todas as famílias é a contraparte da responsabilidade do Estado para garantir o desenvolvimento da criança e do adolescente, pensando também de forma mais ampla, no desenvolvimento das novas gerações e da cidadania³⁸.

O Plano Nacional representa um avanço no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. E reconhece o dever do Estado de propiciar os meios necessários para a efetivação da convivência familiar desses sujeitos:

a defesa deste direito dependerá do desenvolvimento de ações intersetoriais, amplas e coordenadas que envolvam todos os níveis de proteção social e busquem promover uma mudança não apenas nas condições de vida, mas também nas relações familiares e na cultura brasileira para o reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos³⁹.

Em março de 2020, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos realizou a Oficina de Avaliação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à

³⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 13.

³⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 34.

³⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 68.

Convivência Familiar e Comunitária, quando diversas propostas foram discutidas para promover melhorias no processo da adoção e nas políticas de apoio à família, como os programas de Busca Ativa de famílias para a adoção de crianças de perfis amplos e que por isso são preteridas⁴⁰.

Inobstante, embora esse Plano seja um marco em matéria de convivência familiar infanto-juvenil, os dados demonstrados acima evidenciam a realidade que é vivenciada por muitas crianças e adolescentes nas unidades de acolhimento que estão sem convívio com uma família. A implementação desse Plano deve acontecer de forma conjunta, coletiva e intersetorial com os três entes do Governo Federal, que possuem atribuições e competências específicas. Desse modo, para combater esse problema da efetividade da convivência familiar de crianças e adolescentes de perfis mais amplos, assegurando, assim, a eficácia dessa política, cabe ao Poder Público buscar estratégias de ação, sendo nesse contexto que se inserem as políticas públicas de incentivo à adoção.

3 O poder judiciário como agente de políticas públicas

Muitos dos problemas sociais enfrentados na pós-modernidade têm origem em situações de vulnerabilidade, desequilíbrio e não efetividade de direitos fundamentais de personalidade. Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito, a salvaguarda de inúmeros direitos e garantias fundamentais, aos quais o legislador constituinte conferiu um grau de relevância notório na Constituição Federal de 1988, bem como o combate a essas vulnerabilidades. Nesse sentido, a análise das políticas públicas é precisamente a atuação do Estado na efetividade de direitos fundamentais e de personalidade, e enfrentamento às vulnerabilidades de grupos e minorias, e, sem o suporte do Poder Público, não teriam seus direitos assegurados.

A área de estudo das políticas públicas, como subárea da ciência política⁴¹, tem origem nos Estados Unidos, com estudos que visavam superar a tradição europeia de pesquisa sobre o Estado e suas instituições, e enfatizavam não as bases teóricas sobre o papel do Estado, mas sim as próprias ações dos governos, e entender como e por que os governos optam por determinadas ações⁴².

Quanto à definição de políticas públicas, há divergências não pacificadas na literatura de políticas públicas e, por isso, não há um conceito considerado mais correto. Segundo Secchi, o conceito de políticas públicas estaria ligado ao de problema público, isto é, à diferença entre a situação atual e a situação ideal possível para uma realidade pública, assim, uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público⁴³. Nesse sentido, política pública é a um conceito abstrato que na prática se materializa com leis, programas, campanhas, prestação de serviços, subsídios, decisões, dentre outros instrumentos concretos⁴⁴.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Adoção e o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/publicacoes/adocao-e-o-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 28.

⁴¹ “O campo da ciência social dedicado ao estudo de políticas públicas, problemas públicos, instrumentos, instituições e atores políticos é a ciência da política pública. conhecida na literatura internacional como *policy sciences*, essa área de conhecimento tem sua pedra fundamental na publicação do livro *The Policy Sciences*, de 1951, de autoria de David Lerner e Harold D. Lasswell. a ciência da política pública possui três características originárias: normatividade, multidisciplinaridade e foco na resolução de problemas públicos” (SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 6).

⁴² SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, RS, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 22.

⁴³ A literatura sobre a definição de políticas públicas considera como critérios para defini-la: quem é o *politymaker* e pode implementar a política pública; se omissão ou negligência também seria uma política pública; se um conjunto de diretrizes seria uma única política pública, ou várias políticas públicas. SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 2-9, 5.

⁴⁴ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 2.

Em termos práticos, as políticas públicas são “ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público”⁴⁵. Ou seja, são ações, programas, projetos e estratégias governamentais ou não, que envolvem questões coletivas de grande abrangência, dirigidas à sociedade em geral ou a grupos específicos para solucionar ou minimizar os efeitos de um problema público.

Já um problema público (objeto de enfrentamento da política pública) consiste em uma desordem social que pode existir em diversas áreas, como educação, segurança, saúde, gestão pública, meio ambiente, saneamento, habitação, emprego e renda, previdência social, planejamento urbano, justiça e cidadania, assistência social, cultura e esporte, ciência, tecnologia e inovação, infraestrutura e transportes, entre muitas outras áreas, e em muitos níveis de repercussão (municipal, estadual, nacional, internacional), e com diversos atores envolvidos, como órgãos públicos, privados, ONGs etc. Sob esse aspecto, a política pública pode envolver vários atores, embora na maioria dos casos, seja materializada pelos governos. Nesse sentido, a implementação de políticas públicas de promoção humana objetiva assegurar a satisfação das necessidades humanas⁴⁶.

O estudo das políticas públicas, até poucas décadas atrás, não era considerado essencialmente jurídico, mas sim como decorrente da ciência política. Contudo, a partir da Constituição Federal de 1988, com o advento do Estado Democrático de Direito, passou-se a atribuir relevância à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais que dela decorrem e aos direitos sociais, considerados essenciais à manutenção desta dignidade.

No campo do direito, “as políticas públicas são instrumentos que materializam os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”⁴⁷. Tendo em vista que o objeto jurídico das políticas públicas é a efetividade de direitos fundamentais, sociais⁴⁸ e políticos, essa área passou a ser encarada, também, como integrante do estudo jurídico⁴⁹. Assim, o quadro institucional de uma política se assenta no direito, pois trata-se da comunicação entre o Poder Legislativo (direção ou agenda política) com o Executivo (Administração Pública, estrutura burocrática), delimitada pela legislação pertinente⁵⁰. Juridicamente, então, política pública consiste no:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política

⁴⁵ CALDAS, Ricardo Wahrendorff (org.). *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte, MG: Sebrae, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/manual%20de%20políticas%20p%C3%A9Ablicas.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 5.

⁴⁶ MOTTA, Ivan Dias da; DANTE, Caroline Rodrigues Celloto. A personalidade na biopolítica e a ideia de promoção humana. *Revista Jurídica*, Curitiba, PR, v. 3, n. 44, p. 336-354, fev. 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1752/1146>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 348-349.

⁴⁷ SOUZA, Ismael Francisco de; CABRAL, Johana. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIEAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 6, n. 1, p. 115-151, 2018. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/304>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 122.

⁴⁸ “Assim, os objetivos fundamentais das normas são implementados pelas políticas públicas, utilizando recursos estabelecidos nos orçamentos, cujas escolhas vinculam-se aos limites previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico.” (SARTURI, Kátia Silene. *O Supremo Tribunal Federal e o tema do ativismo democrático construtivo na implementação de políticas públicas: possibilidades, limites e casuística*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15076>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 156.)

⁴⁹ SARTURI, Kátia Silene. *O Supremo Tribunal Federal e o tema do ativismo democrático construtivo na implementação de políticas públicas: possibilidades, limites e casuística*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15076>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 157.; SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/862>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 267.

⁵⁰ “A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito - e gerar efeitos jurídicos - os atos e também as omissões que constituem cada política pública.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50. p. 37).

pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados⁵¹.

Ocorre que apenas uma ação governamental não constitui uma política pública. Uma política pública não consiste apenas em uma ação governamental, mas trata-se de um conjunto articulado de ações, programas, leis, projetos e diretrizes que operam para a realização de um objetivo, como partes de um todo, para se alcançar um fim em comum, isto é, a concretização de direitos sociais, de modo que toda política pública também pode ser considerada uma política social⁵².

Desse modo, tem-se que a concepção de políticas públicas, nos dizeres de Massa-Arzabe, “constituem respostas a algum aspecto da vida social que passa a ser percebido como problemático suficientemente forte para demandar uma intervenção por parte do Estado”⁵³.

Secchi explica que, embora existam políticas públicas não estatais, o Estado acaba se destacando em relação a outros atores, porquanto uma das razões centrais da existência do Estado moderno é a elaboração dessas políticas. Além do mais, o Estado detém a superioridade em relação aos demais atores, e os recursos nacionais, e, por isso, consegue elaborar políticas mais prolongadas em tempo e espaço. Assim, as políticas públicas podem ser elaboradas e estabelecidas por atores governamentais, como órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁵⁴.

Na literatura das ciências políticas, os atores são aqueles indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um papel na arena política, e os atores relevantes em um processo de política pública são aqueles que têm capacidade de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública⁵⁵.

Sob essa concepção, questiona-se se o Poder Judiciário pode ser considerado um ator de políticas públicas? Essa influência do Judiciário nos rumos das políticas públicas tem sido debatida pela doutrina. Aqueles que entendem que são contrários à influência do Judiciário no ciclo de políticas públicas apegam-se à competência clássica da divisão dos poderes, e que, se o Judiciário assim agisse, estaria atuando no fenômeno do ativismo judicial.

No Brasil, a intervenção judicial nas políticas públicas ganhou mais força após a Constituição Federal de 1988, como resultado do amadurecimento do processo democrático e do crescente acesso ao Judiciário para garantir a efetividade de direitos fundamentais^{56 57}.

Canella Júnior defende que o Judiciário possui uma função residual no processo de formulação e implementação de políticas públicas, pois os protagonistas das políticas seriam os poderes Legislativo e Execu-

⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50. p. 39.

⁵² MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 62-63.

⁵³ MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 54.

⁵⁴ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 6.

⁵⁵ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 139.

⁵⁶ GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 364.

⁵⁷ “O controle judicial de políticas públicas é decorrência natural da organização da sociedade civil e da imprensa, as quais, aumentando os mecanismos de controle social, submetem o Judiciário às críticas inerentes ao exercício do poder político e, conseqüentemente, fazem crescer a necessidade de os juizes convencerem a opinião pública de que seus atos são legítimos.” E, também: “Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198, 178.

vo⁵⁸. Semelhantemente, Buccì explica que a atuação judicial na conformação de políticas públicas seria atípica, em suas palavras, imprópria. Isto porque a formação das políticas públicas, em regra, cabe ao Executivo, nos limites definidos pelo Legislativo⁵⁹.

Por este entender a atuação dos órgãos jurisdicionais em políticas públicas representaria o que a doutrina moderna chama de ativismo judicial e juristocracia⁶⁰. Segundo Godoy, o ativismo pode ser entendido como a atuação contramajoritária das cortes constitucionais em relação ao Legislativo⁶¹, enquanto a juristocracia seria a proeminência da atuação do Judiciário em âmbito de controle abstrato da Constituição Federal⁶².

Nos dizeres de Barroso, o ativismo judicial corresponde a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário “na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”⁶³. Nesse sentido, aqueles que entendem que o controle judicial de políticas públicas representa o ativismo judicial pautam-se na ideia de que falta legitimidade ao Judiciário, pois os juizes não foram eleitos, o que contraria a lógica da separação de poderes⁶⁴. Além disso, pode levar à judicialização da política e prejudicar a imparcialidade dos juizes, que devem permanecer neutros ou imparciais⁶⁵.

Contudo, há entendimento contrário, no sentido de que, por se tratar de direitos fundamentais do indivíduo, não é lícito à Administração Pública omitir-se na proteção de tais direitos, o que permitiria a intervenção do Judiciário^{66 67 68}. No mesmo sentido, Appio descreve que, no Brasil, o espaço constitucional dedicado

⁵⁸ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50. p. 22.

⁶⁰ PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 504-508.

⁶¹ GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 366.

⁶² PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 499-501.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 8.

⁶⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: https://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-01-11T124244Z-268/Publico/Estefania%20Dto.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 15.

⁶⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

⁶⁶ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 208-222, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3119/pdf>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 215.; ALVES, Fernando de Brito; CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. O judiciário e a implementação das políticas públicas sociais. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 213-239, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/891>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 227.

⁶⁷ “Na hipótese do Poder Público brasileiro, mais precisamente os poderes Executivo e Legislativo, não conseguiremos exercer, de modo minimamente eficiente e congruente, seu papel de provedor de políticas públicas necessárias e aptas à inserção dos cidadãos excluídos do meio social, diante das mazelas próprias das conquistas políticas disputadas no seio dos núcleos de poder, partilhados até as migalhas pelos detentores do poder social, econômico, político, cultural, tecnológico, será o Poder Judiciário chamado a prestar a tutela jurisdicional adequada à efetividade de mais este direito fundamental”. ALVES, Fernando de Brito; CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. O judiciário e a implementação das políticas públicas sociais. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 213-239, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/891>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 234.

⁶⁸ Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 410715/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que manifestou-se no sentido de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas é dos Poderes Legislativo e Executivo, porém, é possível que de modo excepcional, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, determine que tais políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário*

ao Poder Judiciário foi ampliado, não por obra da doutrina ou teorização da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas sociais que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado⁶⁹.

Para Salles, a atuação judicial nas políticas públicas não seria algo anormal, pois estas políticas são marcas do direito contemporâneo, o que legitima essa intervenção judicial, em áreas como meio ambiente, relações de consumo, defesa do mercado concorrencial, proteção de grupos vulneráveis, e a efetivação de direitos fundamentais⁷⁰.

Desse modo, para Secchi, os juízes seriam protagonistas também na elaboração de políticas públicas, seja quando emitem uma decisão judicial ou, no caso de um tribunal, uma súmula que torne pública a interpretação sobre determinada norma legal⁷¹.

Entende-se que o papel do Poder Judiciário na contemporaneidade é de influência nas políticas públicas, não como idealizador, mas, ainda que indiretamente, como ator político que pode influenciá-la e, em certa medida, implementá-la. Isto porque os juízes são atores que protagonizam em áreas específicas, exercem grande influência sobre os rumos de determinadas políticas e possuem recursos de poder diferenciados no processo de desenvolvimento de políticas públicas. Nesse sentido, os juízes, como atores estatais, atuam legitimamente e desempenham papel decisivo nos processos de formulação e implementação das políticas públicas⁷².

Nesse seguimento, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Constituição Federal de 1988 preconiza o direito à convivência familiar e comunitária como fundamental, e impõe ao Poder Público, o que também inclui o Poder Judiciário — a quem cabe promover a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais —, a obrigação de implementar mecanismos necessários à concretização desse direito às crianças e adolescentes brasileiras. Assim, o CNJ, na qualidade de órgão central de controle e planejamento estratégico do Poder Judiciário, possui o papel de promover e aprimorar as políticas judiciárias, dentre elas, aquelas voltadas à proteção da criança e do adolescente e à promoção de seus direitos fundamentais⁷³.

A título de exemplo dessa atuação do CNJ, o atual Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), instituído pela Resolução n.º 289 de 2019, é resultado da fusão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) com o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), para a consolidação dos dados fornecidos pelos Tribunais para a formação de uma base única que reúna todas as informações sobre o perfil das crianças e dos adolescentes inseridos no sistema de proteção da infância e da juventude e o perfil desejado pelos pretendentes à adoção⁷⁴.

Embora o Poder Judiciário, na figura do Juiz, não seja propriamente um idealizador de políticas públicas, este possui o dever perante a Constituição Federal de garantir e zelar pelos princípios e objetivos fundamentais constitucionais e a efetividade de direitos fundamentais. Assim, ressalta-se a ideia de Barroso, para quem o Judiciário é o guardião da Constituição e deve defender os direitos fundamentais e os valores

n. 410.715-5/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 22 de novembro de 2005. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 2.

⁶⁹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas*. Curitiba, PR: Juruá, 2005. p. 68.

⁷⁰ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-191. p. 177.

⁷¹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. p. 149.

⁷² GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 365.

⁷³ CNJ. *Diagnóstico sobre o sistema nacional de adoção e acolhimento*. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA2020_25052020.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 7.

⁷⁴ CNJ. *Resolução n. 289, de 14 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

e procedimentos democráticos⁷⁵. Isto quer dizer, que os direitos prescritos no texto constitucional devem ser efetivados pelo Judiciário na medida em que este atua no julgamento de casos concretos e que envolvam políticas públicas não efetivas, e, por meio do CNJ, institui programas e políticas judiciárias, que estão alinhadas às políticas públicas existentes.

Exemplificando, o direito à convivência familiar é um direito fundamental, essencial ao desenvolvimento sadio e pleno da personalidade de crianças e adolescentes, bem como à fruição de outros direitos tão essenciais quanto os direitos de personalidade. O Poder Público, ao identificar a distância entre o almejado nos objetivos da Constituição Federal de 1988 (como a redução de desigualdades, erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, o que inclui o irrestrito desenvolvimento de direitos) com a realidade atual no que toca à convivência familiar das crianças e adolescentes que se encaixam em perfis mais amplos (deficientes, grupos de irmãos e idade avançada), que têm menos chances de serem adotados e terem uma família, possui o dever de incluir, em sua agenda de governo, a implementação de políticas públicas que visem diminuir essa distância entre o ideal e o real. Isto foi e tem sido feito pelos Poderes Executivo e Legislativo, com a política pública geral instituída no Plano Nacional já mencionado e discussões de projetos de lei sobre Adoção que estão em tramitação na Câmara e Senado Federal.

Contudo, os números mencionados anteriormente demonstram que o ideal está longe de tornar-se real⁷⁶. Em outras palavras, há um grande grupo de crianças e adolescentes que, embora aptos à adoção, por seus perfis não serem desejados pela grande maioria dos pretendentes, não terão a oportunidade de crescer em um ambiente familiar, de conviver em família, local que, acima de tantos outros, é onde a personalidade é desenvolvida e por isso de extrema importância ao amadurecimento dos sujeitos. Nesse sentido, o Poder Judiciário também tem agido na interferência da política pública geral de convivência familiar, para garantir-lhes maior efetividade na vida de crianças e adolescentes, por meio dos programas de Busca Ativa.

4 O poder judiciário na garantia do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes preteridos

Entendido o papel do Poder Judiciário nas políticas públicas, este tópico busca investigar o que são os programas de Busca Ativa, como esta tem sido implementada pelos Tribunais de Justiça brasileiros, demonstrando os resultados e críticas envolvidas a tais programas.

Como mencionado anteriormente, o Executivo, na figura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, vem tratando do tema da adoção de forma contínua, em conjunto com o Judiciário e o Legislativo, e articulando ações com organizações da sociedade civil para a promoção de políticas públicas de forma que todos as crianças e adolescentes brasileiros tenham um lar. Uma das políticas que vêm sendo articuladas, em especial pelas Varas de Infância e Juventude, no Judiciário brasileiro, são os programas de Busca Ativa.

A Busca Ativa é uma diretriz prevista no Plano Nacional e as Diretrizes da Política de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, e consiste em uma metodologia para se encontrar “famílias para crianças e adolescentes em condições legais de adoção, visando garantir-lhes o direito de integração à uma nova família, quando esgotadas as possibilidades de retorno

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁷⁶ É evidente o distanciamento entre as disposições normativas e a realidade social. Assim, para a defesa contundente da dignidade humana, deve-se permanentemente construir políticas públicas condizentes com outros paradigmas teóricos, com uma concepção de Estado social, presente e interventor. FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão; BORGES, Paulo César Corrêa. Perspectivas críticas dos direitos humanos e políticas públicas no Estado brasileiro. In: MANÍGLIA, Elisabete (org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade*: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica: UNESP, 2011. p. 51-58. p. 56.

ao convívio familiar de origem”⁷⁷. Segundo o CONANDA, a Busca Ativa é “o ato de buscar famílias para crianças e adolescentes em condições legais de adoção, visando garantir-lhes o direito de integração à uma nova família, quando esgotadas as possibilidades de retorno ao convívio familiar de origem”⁷⁸.

Conforme menciona a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ), a Busca Ativa:

[...] consiste em verdadeira atuação positiva do Poder Judiciário, promovendo medidas afirmativas capazes de garantir o direito constitucional de crianças e adolescente à convivência familiar e comunitária, através de mecanismos e ferramentas que vão além do simples batimento do perfil de crianças e habilitados registrados no CNA, método atualmente empregado⁷⁹.

A Busca Ativa parte da ideia de que não se devem buscar crianças e adolescentes para preencher o perfil dos pretendentes, “mas sim de buscar famílias para crianças e adolescentes que se encontram privados da convivência familiar”⁸⁰. Busca sensibilizar os pretendentes ao ouvir a história dessas crianças e adolescentes e “desenvolver também em alguns adotantes um lado altruísta que as leve a adotar crianças diferentes do perfil idealizado”⁸¹.

Segundo a psicóloga Luchi, “a adoção de crianças maiores pressupõe um encontro de história, da personalidade e das necessidades de uma criança com a história, as expectativas, a personalidade e a capacidade daqueles que desejam acolhê-la como filho”⁸². Nesse sentido, explica Campidelli que esse encontro é favorecido quando as crianças e adolescentes podem ser vistos, seja ao vivo ou por meio da internet, com a exposição de suas histórias, expectativas, o que pode levar os pretendentes a abandonarem a idealização de um filho “perfeito” e mudarem seus perfis.⁸³ A ideia é que a humanização da busca, com fotos, vídeos, cartas e desenhos das crianças e adolescentes possa despertar o interesse e a flexibilização do perfil desejado pelas famílias habilitadas à adoção. Desse modo, a Busca Ativa objetiva “apresentar possibilidades, de convidar a sociedade a conhecer crianças e abrigos com o olhar não preconceituoso, de dar a todos o direito à informação, ao diálogo, à mudança”⁸⁴.

Via de regra, essa busca é estabelecida pelas Varas de Infância e Juventude para encontrar pais para crianças e adolescentes aptas à adoção e que são preteridas por terem um perfil mais amplo (maiores de 8 anos, grupos de irmãos, com deficiência doenças ou problema de saúde). Ela pode funcionar de formas diferentes, em metodologias diversas, de acordo com os programas das Varas, como em encontros promovidos pelas Varas, entre as famílias e as crianças/adolescentes aptos à adoção, mecanismos e ferramentas

⁷⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 127.

⁷⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Orientações técnicas para os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes*. Brasília: Conanda/CNAS, 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 106.

⁷⁹ ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF: ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 4.

⁸⁰ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 73.

⁸¹ WEBER, Lídia. *Adote com carinho: um manual sobre aspectos essenciais da adoção*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 37.

⁸² LUCHI, Tânia O. Construção do vínculo na adoção tardia: fatores interatuantes. In: LADVOCAT, Cynthia et al. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014. p. 647-656. p. 655.

⁸³ CAMPIDELLI, Laisa Fernanda. *Mecanismos de garantia do direito fundamental à convivência familiar*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/15933-laisa-fernanda-campidelli/file>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 111.

⁸⁴ KNOPMAN, Eliana Bayer. Busca ativa na adoção: quando a espera passiva é violação de direitos. In: LADVOCAT, Cynthia et al. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014. p. 231-239. p. 238.

institucionais, como palestras, cursos, capacitação de servidores e preparação de habilitandos à adoção, ou a divulgação de informações nos meios de comunicação (via aplicativos e redes sociais como *Facebook*, *WhatsApp*, *Youtube* e *Instagram*). Também, a Busca Ativa pode ser realizada por voluntários da sociedade civil que se sensibilizem à causa, em parceria com as casas de acolhimento institucionais⁸⁵. Então, passa-se à análise breve dos principais programas de Busca Ativa promovidos pelo Judiciário brasileiro.

Para esta análise, foram selecionados 10 (dez) dentre os 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça do Brasil, por possuírem projetos autônomos e inéditos de Busca Ativa de crianças e adolescentes. Foram selecionados os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Amazonas, Paraná, Distrito Federal, Espírito Santo e Rio de Janeiro.

Os Tribunais dos Estados da Bahia, Ceará e Minas Gerais acabaram aderindo à proposta do aplicativo de busca ativa, que, como será visto, foi criado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por esse motivo, aqueles foram descartados da análise. Já o Tribunal do Estado do Pará, com o programa “Nós de Afeto”, criou um espaço de orientação, escuta e apoio aos pretendentes e pais por adoção de crianças maiores de dois anos e adolescentes, porém não se trata, em si, de um programa de busca ativa, por isso não também será descartado da análise⁸⁶. Nos demais Tribunais, não foram encontrados programas de Busca Ativa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se destacado com o programa “Adote um Boa Noite”, lançado em outubro de 2017, que se destina à Busca Ativa de crianças acima de 10 anos, com deficiência, e que tenham passado por um estudo psicossocial. No site do programa, são divulgadas imagens das crianças e adolescentes, e informações básicas como primeiro nome, data de nascimento, gosto pessoal, sonho para o futuro e a Vara em que está vinculada. Ao interessar-se por alguma das crianças e adolescentes participantes do programa, o pretendente deverá clicar na foto e será direcionado a um formulário que, após preenchido, será encaminhado à Vara responsável que providenciará os encaminhamentos para aproximação, encontro e convivência⁸⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em parceria com a Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude, criou o programa “Adoção Possível” que tem por objetivo apresentar — por meio de imagens, fotos e vídeos, a serem disponibilizados na página eletrônica e nas redes sociais do Tribunal e dos Clubes Esportivos Alagoanos, em sessões de cinema, shoppings e estádios de futebol — aos pretendentes habilitados para adoção e à sociedade, crianças que contam com mais de 6 (seis) anos de idade, adolescentes, grupos de irmãos e infantes que apresentam algum tipo de deficiência e cuja destituição do poder familiar já tenha sido decretada⁸⁸.

Em Pernambuco, há o “Projeto Família: Um direito de toda criança e adolescente”, desenvolvido pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção, que também divulga as informações de crianças e adolescentes

⁸⁵ A título de exemplo, existem grupos do Facebook de Busca Ativa que contam com voluntários, como o Grupo de Apoio à Adoção de Paulista (GAAP) e o Adoção Tardia e Especial (ATE). Além dos Tribunais de Justiça, a Associação Nacional de Grupos de Apoio à Adoção (ANGAAD) faz a ponte entre os mais de 130 Grupos de Apoio à Adoção (GAAs) espalhados pelo Brasil. O programa de Busca Ativa da ANGAAD divulga entre todos os Grupos de Apoio afiliados o perfil de crianças e adolescentes habilitados e inseridos no Sistema Nacional de Adoção, mas que ainda não encontraram famílias. O programa conta com autorização judicial para divulgar os perfis e tem circulação restrita entre os Grupos de Apoio, para garantir o sigilo das informações. O pretendente que deseja ter acesso à Busca Ativa da ANGAAD deve estar cadastrado no SNA e realizar o contato através de um Grupo de Apoio à Adoção próximo de onde mora. INSTITUTO GERAÇÃO AMANHÃ. *Busca ativa na adoção*. 27 nov. 2020. Disponível em: <https://geracaoamanha.org.br/busca-ativa-na-adocao/>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁸⁶ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Nós do afeto*: orientação e apoio à adoção de crianças maiores e adolescentes. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Infancia-e-Juventude/686278-nos-do-afeto.xhtml>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁸⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Adote um boa noite*: um “boa-noite” faria toda diferença na vida de mais de 5 mil crianças acima dos sete anos. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁸⁸ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. *Adoções possíveis*. Disponível em: <https://adocao.tjal.jus.br/?pag=Projeto>. Acesso em: 21 set. 2023.

que se encontram sem pretendentes à adoção. No site do programa, é possível conferir o perfil das crianças e adolescentes aptas à adoção, informações como fotos, idade e gosto pessoal⁸⁹.

No Estado do Rio de Janeiro, o programa “Quero uma Família”, em parceria com XX, criou um sistema que permite aos usuários, mediante um cadastro e uma senha fornecida pelo Magistrado e Ministério Público, o acesso à busca ativa de crianças e adolescentes que não tenham encontrado pretendentes⁹⁰.

Já no Estado do Rio Grande do Norte, em 2018, foi criado o projeto “EU EXISTO”. Passados noventa dias da inclusão da criança ou adolescente no SNA, o magistrado que decidiu a perda do poder familiar solicitará a inclusão dessa criança/adolescente no projeto, que somente será realizada se não for exitosa uma segunda busca por pretendentes habilitados no mencionado sistema. O magistrado comunicará à instituição de acolhimento para verificar a viabilidade da participação do menor. Após constatado que a criança/adolescente possui o perfil do projeto, será solicitada a assinatura do termo de consentimento pelo guardião legal e pelo infante, autorizando a utilização da imagem e voz no projeto. Em seguida serão produzidos vídeos, fotos e informações sobre a criança/adolescente que serão disponibilizadas no site do programa e redes parceiras. O adotante interessado deverá declarar o interesse na adoção, e o pedido será encaminhado à Comarca de origem, com pedido de aproximação, que após a atuação da equipe psicossocial, poderá ser ou não deferido. A partir desse encaminhamento, o processo de aproximação e de estágio de convivência com fins de adoção dar-se-á sob coordenação, orientação e responsabilidade da Vara com competência em Infância e Juventude da comarca da criança ou adolescente⁹¹.

De forma inovadora, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 2018, desenvolveu um aplicativo para celular chamado “Adoção”, lançado em 2018 para manter conectar pretendentes habilitados no Sistema Nacional de Adoção e adotantes do Rio Grande do Sul. No aplicativo são apresentadas informações básicas como iniciais, sexo, idade, se possui irmãos, e fotos das crianças e adolescentes. O pretendente deve manifestar interesse à criança/adolescente pelo aplicativo que entrará em contato em poucos dias. Vale mencionar os resultados positivos do uso do aplicativo, com 20 adoções concretizadas e 32 crianças, e adolescentes em aproximação ou em estágio de convivência⁹².

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em 2018, também criou um projeto, o “Encontrar Alguém”, destinado a divulgar, de forma responsável e padronizada, fotos, vídeos e informações sobre a história de crianças/adolescentes sem a perspectiva de adotantes pretendentes. Desde quando foi criado, o projeto já viabilizou a adoção de 27 crianças e adolescentes⁹³.

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi criado um aplicativo, “A.DOT”, que possibilita aos pretendentes habilitados conhecerem as crianças e adolescentes com perfil diferente daquele inicialmente pretendido. Para acessar o aplicativo, é necessário estar habilitado no SNA. O aplicativo já intermediou a

⁸⁹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Projeto família: um direito de toda criança e adolescente*. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/web/infancia-e-juventude/projetos/ceja/familia-um-direito-de-toda-crianca-e-adolescente>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Quero uma família*. Disponível em: <http://queroumafamilia.mprj.mp.br/>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹¹ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Eu existo*. Disponível em: <http://euexistotjr.jus.br/pt/>. Acesso em: 21 set. 2023.; RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Provimento nº 174, de 13 de março de 2018*. Institui o projeto “EU EXISTO”, com a finalidade de estimular a busca ativa de pais para crianças e adolescentes cujos recursos de manutenção na família de origem foram esgotados, sobretudo, para aqueles que por motivos diversos têm sido preteridos pelos adotantes. Disponível em: http://euexistotjr.jus.br/images/PROVIMENTO_EU_EXISTO.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Adoção*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/app-adocao/>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹³ AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. *Mesmo com a pandemia, projeto “Encontrar Alguém” do TJAM viabiliza seis adoções de crianças e adolescentes desde o início do ano*. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/3855-mesmo-com-a-pandemia-projeto-encontrar-alguem-do-tjam-viabiliza-seis-adocoes-de-criancas-e-adolescentes-desde-o-inicio-do-ano>. Acesso em: 21 set. 2023.

adoção de 33 crianças e adolescentes, e encontra-se em operação em mais de oito Estados (São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraíba, Tocantins e Acre)⁹⁴.

Em 2018, no Distrito Federal, foi lançado o projeto “Em busca de um lar”, que também conta com vídeos e fotos das crianças e adolescentes divulgados nas redes sociais do tribunal, isto após uma entrevista destes com o magistrado para verificar sua vontade de convicção quanto ao projeto. Após incluso(a), será agendada a realização de fotos e gravação de vídeos a serem inseridos nas mídias⁹⁵.

Por fim, no Estado do Espírito Santo, foi criado o projeto “Esperando por você” que semelhante a outros mencionados, divulga imagens e informações das crianças e adolescentes no site do programa⁹⁶.

A metodologia da Busca Ativa tem se tornado uma das respostas ao problema público da garantia e efetividade do direito à convivência familiar de muitas crianças e adolescentes ao tornar possível a formação de uma família pela via da adoção, especialmente porque essas crianças e adolescentes, se seguissem os caminhos tradicionais do processo de adoção, teriam poucas probabilidades de serem adotadas, como visto na seção anterior.

Embora esses programas tenham alcançado bons resultados, há alguns obstáculos à ampla aceitação e, se mal coordenadas, podem acarretar efeitos violações aos direitos de personalidade dessas crianças e adolescentes, especialmente aos direitos à imagem, intimidade e honra⁹⁷.

Em primeiro lugar, há risco de violação de direitos de personalidade no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais dos participantes, isto é, no uso e divulgação, de forma ampla, das informações pessoais (como traços de personalidade, interesses, características comportamentais etc.) e imagem das crianças e adolescentes. Nesse sentido, como a internet é aberta e acessada por qualquer pessoa, não há como saber o que pessoas mal-intencionadas poderiam fazer com essas imagens e informações. Assim, é necessário considerar que, mesmo tendo a finalidade de promoção da adoção, as imagens e informações dos menores poderão ser copiadas e utilizadas para outros fins, por pessoas não autorizadas⁹⁸.

Sobre a possível violação ao direito à imagem dessas crianças e adolescentes, destaca-se a posição da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ):

deste modo, mostra se desproporcional, por exemplo, a conduta estatal que impede de forma simplista a exposição de crianças para fins de adoções tardias, ainda que sob o argumento de violação ao seu direito à imagem. Não parece razoável que o exercício de um direito fundamental (imagem), erigido com a função de promover a proteção e a dignidade da pessoa humana, seja a causa impeditiva para que crianças, que fogem do perfil padrão dos habilitados, possam usufruir do direito de convivência familiar. Certamente, se assim se mantiver o entendimento, a imagem da criança ficará ia esquecida como ela própria, nas instituições de acolhimento⁹⁹.

⁹⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *A.DOT uma nova chance*. Disponível em: <https://adot.org.br/>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Em busca de um lar*. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2019/maio/vij-df-lanca-projeto-para-adocao-de-criancas-e-adolescentes-preteridos-por-familias-habilitadas>. Acesso em: 21 set. 2023.; BRASIL. Vara da Infância e Juventude. *Portaria n. 11 de setembro de 2018*. Institui o Projeto “Em busca de um lar”, que tem por objetivo implementar, no Distrito Federal, o sistema de busca ativa de pretendentes à adoção de crianças e adolescentes cujo perfil é preterido pelos adotantes, bem como estabelece o Manual de Procedimentos do referido Projeto. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/publicacoes/publicacoes-1/portarias-vij/portaria-vij-11-de-27-de-setembro-de-2018/view>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Esperando por você*. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁹⁷ ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF: ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 5.

⁹⁸ CAMPIDELLI, Laisa Fernanda. O uso de imagens e informações pessoais da criança e do adolescente para a promoção de adoções necessárias. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Goiânia, GO, v. 5, n. 1, p. 40-55, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5531>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 41, 44.

⁹⁹ ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF:

Não se concorda com essa posição, pois, ao argumento de se garantir um direito fundamental (convivência familiar), não se pode permitir a violação de outros direitos também fundamentais, como os de personalidade (direito à imagem, direito à honra e à privacidade). Compete ao Poder Judiciário, na execução desses programas, garantir a efetividade do direito fundamental à convivência familiar, entretanto, sem sobrepor a outros direitos.

Sob esse aspecto, o mais adequado é que os perfis das crianças e adolescentes, imagens e informações pessoais, sejam armazenadas em uma área de acesso restrito e o conteúdo seja disponível, apenas, aos pretendentes habilitados à adoção, mediante cadastro com número do processo de habilitação e solicitação de acesso, fornecido pelo Poder Judiciário, tal como ocorre nos aplicativos dos Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná, ou no sistema implementado no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

Além disso, questiona-se o entendimento de que os participantes têm do programa e a geração de expectativas após participarem. Embora o Tribunal de São Paulo preveja a realização de um estudo psicossocial das crianças e adolescentes para que entendam o motivo de suas participações na listagem da Busca Ativa, a validade desse estudo é questionável, pois essas crianças e adolescentes são mais vulneráveis e podem não compreender, adequadamente, o programa e criar expectativas que podem ser frustradas, como a de que ao participar, com certeza, encontrarão uma família. Por isso, a necessidade de participação de uma equipe multiprofissional nas Varas de Infância para acompanhamento intenso dessas crianças e adolescentes, deixando claro o objetivo do programa e os possíveis resultados.

Outra questão tem relação com a objetificação/coisificação das crianças e adolescentes que participam da Busca Ativa, pelo uso de aplicativos e sites que partem da ideia de “*matching*”, em que os pretendentes podem “gostar ou não gostar”, “ter ou não interesse” pelas crianças/adolescentes, o que evidencia uma lógica de consumo, ao tratar os participantes como uma mercadoria a ser escolhida. Questiona-se se essa metodologia estimula a criação do vínculo afetivo e parental ou se, apenas, reproduz a estigmatização dessas crianças e adolescentes institucionalizados.

Por essa análise, “a ampla exposição de crianças e adolescentes, no contexto da proteção integral, reduz esses indivíduos a meros objetos da ação protetiva do Estado, evitando que eles se tornem protagonistas dela”¹⁰⁰. A busca ativa, que deriva da concepção de proteção integral e garantia de direitos fundamentais e de personalidade, a partir dessa concepção, acaba gerando circunstâncias de desproteção e violação a direitos.

A respeito da lógica da dificuldade de geração do vínculo afetivo parental, entende-se que esse vínculo será desenvolvido após os primeiros contatos da família com a criança/adolescente, não importando se o primeiro contato da família com a criança/adolescente se deu pela Busca Ativa ou não. Já quanto à lógica de consumo relacionada aos programas, entende-se que deve haver uma sistematização do CNJ dessas políticas de Busca Ativa, e a criação de diretrizes específicas às Varas de Infância e Juventude aos programas com essa metodologia, diante da ausência de regulamentação, a fim de traçar limites para preservar os demais direitos fundamentais dos indivíduos em pleno processo de desenvolvimento, garantindo mecanismos de controle que prestigiam a autonomia de crianças e adolescentes envolvidas em projetos e programas desta natureza.

Nesse sentido, a ABRAMINJ criou uma série de orientações a serem seguidas nos programas de Busca Ativa, tais como: as crianças/adolescentes deverão ser informadas sobre o funcionamento da medida; os participantes deverão ser ouvidos para sua inclusão no programa; consentimento da criança/adolescente à participação, respeitando a faixa etária e os limites de sua exposição pessoal; não divulgação de informações pessoais (nome completo, endereço eletrônico, instituição em que reside, escola ou informação que permita

ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 9.

¹⁰⁰ NAKAMURA, Carlos Renato. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 134, p. 179-197, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/pDJGXRmCnrhJTRZxS5TbKNr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2023. p. 184.

sua localização); avaliação do riscos de identificação da criança/adolescente; a não mobilização de atitudes de mera filantropia, assistencialismo, religiosidade, caridade por parte dos programas; não vitimização da criança/adolescente¹⁰¹.

Além disso, as descrições da criança/adolescente não podem ser vexatórias, nem revelar informações de seu histórico; a criança/adolescente não pode ser obrigada a expor sua imagem; antes da inclusão no programa, deve ser realizado um estudo psicossocial; os profissionais da instituição devem ser ouvidos; a imediata suspensão caso seja do interesse da criança/adolescente; os técnicos e responsáveis pela criança na unidade de acolhimento deve ser ouvidos antes da inclusão da criança/adolescente na Busca Ativa; os grupos de apoio atuantes devem ser inscritos na Vara da Infância e Juventude; deve ser dada prioridade na tramitação do procedimento de habilitação dos interessados na adoção de crianças/adolescentes inseridas na Busca Ativa; a aproximação com a criança/adolescente somente poderá ocorrer após a habilitação pela autoridade judiciária; regras diferenciadas para estrangeiros; o Ministério Público deverá ser ouvido e; asseguarção de petição e recurso pelo interessado¹⁰².

Embora a ideia da Busca Ativa não seja a solução definitiva ao problema público da não efetividade do direito à convivência familiar, trata-se de importante instrumento de garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes que se encontram nas instituições de acolhimento esperando por uma família. Ademais, os programas de Busca Ativa evidenciam a postura ativa do Poder Judiciário brasileiro nas políticas públicas direcionadas ao direito à convivência familiar de criança e adolescentes, para uma maior e mais efetiva maior garantia de direitos fundamentais e direitos de personalidade, bem como ao mais amplo resguardo à dignidade humana.

5 Considerações finais

Este artigo objetivou analisar o problema público da inefetividade do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes que estão aptas à adoção. Desse modo, no primeiro tópico, pôde-se identificar a essencialidade do direito à convivência familiar às crianças e adolescentes que estão em desenvolvimento de suas personalidades, e como esse direito está intimamente relacionado a outros direitos tão essenciais quanto os direitos de personalidade. Verificou-se que, no contexto da convivência familiar, os direitos de personalidade são exercidos e resguardados como o direito à vida digna, direito à integridade psíquica, física e moral, direito à honra, imagem, vida privada, dentre outros.

Em seguida, demonstrou-se o problema público vivenciado por aqueles que residem nas instituições de acolhimento esperando por uma família. São crianças e adolescentes que fazem parte do grupo daqueles que são preteridos nos dados de adoção, cujos perfis são amplos, incluindo grupos de irmãos, deficientes ou com doenças graves, e de idade avançada. Devido à predileção dos pretendentes a outros perfis de crianças (bebês, sem doenças, sem irmãos), aqueles são “esquecidos” e possuem baixas probabilidades de serem adotados. Nesse sentido, se visualiza o problema público em análise.

Após essas considerações, analisou-se o conceito de políticas públicas e a relação destas com o Poder Judiciário na contemporaneidade, demonstrando que este tem agido na interferência da política pública geral de convivência familiar, para garantir às crianças e adolescentes, maior efetividade à direitos, por meio dos programas de Busca Ativa. Para tanto, analisaram-se as críticas envoltas a essa interferência do Judiciário,

¹⁰¹ ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF: ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 12-16.

¹⁰² ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF: ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023. p. 13-16.

se legítima ou não, e conclui-se que o Judiciário tem o papel de influência as políticas públicas, porque protagoniza em áreas específicas, exerce grande influência sobre os rumos de determinadas políticas e possui recursos de poder diferenciados no processo de desenvolvimento de políticas públicas.

Ademais, a influência do Judiciário nas políticas públicas decorre da tentativa de correção de omissão estatal e da compreensão de que o magistrado não pode ser encarado como mero aplicador mecânico da lei, mas deve buscar atender o interesse maior (consistente na proteção do indivíduo) e que constitui a razão de existência do Estado. Assim, como ator estatal, o Judiciário brasileiro atua legitimamente, e desempenha papel decisivo nos processos de formulação e implementação das políticas públicas.

Por fim, analisou-se o que é a Busca Ativa, os programas dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul, Amazonas e Paraná, que merecem destaque diante os resultados positivos que alcançaram. Ressaltaram-se, porém, as críticas envoltas à Busca Ativa (tratamento de dados pessoais das crianças e adolescentes na internet; o consentimento e criação de expectativas dos participantes; e a lógica de consumo por trás dos programas), a necessidade de sistematização, pelo CNJ, desses programas e a criação de diretrizes específicas a fim de que direitos os direitos das crianças e adolescentes participantes não sejam violados.

Embora a ideia da Busca Ativa não seja a solução definitiva ao problema público discutido, trata-se de importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. De todo modo, entende-se ser necessária, ainda, a criação de uma política pública com maior incentivo estatal à adoção de crianças de perfis amplos (grupos de irmãos, deficientes, com doenças graves e idade avançada) com incentivos sociais. Nesse sentido, todos os esforços devem perseverar no objetivo de garantir que a adoção seja um encontro entre prioridades e desejos de adotandos e adotantes.

Referências

ABRAMINJ. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Brasília, DF: ABRAMINJ, 2018. Disponível em: http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. *Adoções possíveis*. Disponível em: <https://adocao.tjal.jus.br/?pag=Projeto>. Acesso em: 21 set. 2023.

ALVES, Fernando de Brito; CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. O judiciário e a implementação das políticas públicas sociais. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 213-239, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/891>. Acesso em: 21 set. 2023.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. *Mesmo com a pandemia, projeto “Encontrar Alguém” do TJAM viabiliza seis adoções de crianças e adolescentes desde o início do ano*. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/3855-mesmo-com-a-pandemia-projeto-encontrar-alguem-do-tjam-viabiliza-seis-adocoes-de-criancas-e-adolescentes-desde-o-inicio-do-ano>. Acesso em: 21 set. 2023.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas*. Curitiba, PR: Juruá, 2005.

ARANTES, Geraldo Claret de. A criança e o direito à convivência familiar. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: https://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-01-11T124244Z-268/Publico/Estefania%20Dto.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 21 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República: [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Adoção e o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/publicacoes/adocao-e-o-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Orientações técnicas para os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes*. Brasília: Conanda/CNAS, 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília: Conanda/CNAS, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP*. Relator: Min. Celso de Mello. 22 de novembro de 2005. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Vara da Infância e Juventude. *Portaria n. 11 de setembro de 2018*. Institui o Projeto “Em busca de um lar”, que tem por objetivo implementar, no Distrito Federal, o sistema de busca ativa de pretendentes à adoção de crianças e adolescentes cujo perfil é preterido pelos adotantes, bem como estabelece o Manual de Procedimentos do referido Projeto. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/publicacoes/publicacoes-1/portarias-vij/portaria-vij-11-de-27-de-setembro-de-2018/view>. Acesso em: 21 set. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff (org.). *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte, MG: Sebrae, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nеспeciais/promulher/manuais/manual%20de%20politicac%20p%20C3%9Ablicas.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPIDELLI, Laisa Fernanda. *Mecanismos de garantia do direito fundamental à convivência familiar*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/15933-laisa-fernanda-campidelli/file>. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMPIDELLI, Laisa Fernanda. O uso de imagens e informações pessoais da criança e do adolescente para a promoção de adoções necessárias. *Revista de Direito de Família e Sucessões*, Goiânia, GO, v. 5, n. 1, p. 40-55, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5531>. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: uma experiência na Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal*. 2001. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) - Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CNJ. *Diagnóstico sobre o sistema nacional de adoção e acolhimento*. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA2020_25052020.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

CNJ. *Resolução n. 289, de 14 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

CNJ. *Sistema nacional de adoção e acolhimento - SNA*. 30 ago. 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 21 set. 2023.

CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

COSTA, Liana Fortunato; CAMPOS, Niva Maria Vasques. A avaliação psicossocial no contexto da adoção: vivência das famílias adotantes. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, DF, v. 19, n. 3, p. 221-230, dez. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722003000300004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 21 set. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Em busca de um lar*. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2019/maio/vij-df-lanca-projeto-para-adocao-de-criancas-e-adolescentes-preteridos-por-familias-habilitadas>. Acesso em: 21 set. 2023.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Esperando por você*. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>. Acesso em: 21 set. 2023.

FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão; BORGES, Paulo César Corrêa. Perspectivas críticas dos direitos humanos e políticas públicas no Estado brasileiro. In: MANÍGLIA, Elisabete (org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais*. São Paulo: Cultura Acadêmica: UNESP, 2011. p. 51-58.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Patrícia Martins. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 9, n. 1, p. 136-170, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/577>. Acesso em: 21 set. 2023.

FONSÊCA, Célia Maria Souto Maior de Souza; SANTOS, Carina Pessos; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. A adoção de crianças com necessidades especiais na perspectiva dos pais adotivos. *Paidéia*, Ribeirão Preto, SP, v. 19, n. 44, p. 303-311, set./dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/paideia/v19n44/a03v19n44.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138>. Acesso em: 21 set. 2023.

HILLIS, Susan *et al.* Global minimum estimates of children affected by COVID-19-associated orphanhood and deaths of caregivers: a modelling study. *The Lancet*, v. 398, n. 10298, p. 391-402, jul. 2021. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)01253-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01253-8/fulltext). Acesso em: 21 set. 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. *Argumentum Journal of Law*, Marília, SP, v. 19, n. 2, p. 319-329, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revista-argumentum/article/view/609/292>. Acesso em: 21 set. 2023.

INSTITUTO GERAÇÃO AMANHÃ. *Busca ativa na adoção*. 27 nov. 2020. Disponível em: <https://geracao-amanha.org.br/busca-ativa-na-adocao/>. Acesso em: 21 set. 2023.

KNOPMAN, Eliana Bayer. Busca ativa na adoção: quando a espera passiva é violação de direitos. In: LADVOCAT, Cynthia *et al.* *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014. p. 231-239.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. O sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. In: LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 111-141. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2023.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCHI, Tânia O. Construção do vínculo na adoção tardia: fatores interatuantes. In: LADVOCAT, Cynthia *et al.* *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014. p. 647-656.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MORAES, Carlos Alexandre de; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, Lisboa, Portugal, v. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 21 set. 2023.

MOTTA, Ivan Dias da; DANTE, Caroline Rodrigues Celloto. A personalidade na biopolítica e a ideia de promoção humana. *Revista Jurídica*, Curitiba, PR, v. 3, n. 44, p. 336-354, fev. 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1752/1146>. Acesso em: 21 set. 2023.

NAKAMURA, Carlos Renato. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 134, p. 179-197, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/pDJGXRmCnrhJTRZxS5TbKNr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2023.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 208-222, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3119/pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.p. 504-508.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *A.DOT uma nova chance*. Disponível em: <https://adot.org.br/>. Acesso em: 21 set. 2023.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Nós do afeto: orientação e apoio à adoção de crianças maiores e adolescentes*. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Infancia-e-Juventude/686278-nos-do-afeto.xhtml>. Acesso em: 21 set. 2023.

PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios da garantia do direito à convivência familiar. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v15n1/04.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Projeto família: um direito de toda criança e adolescente*. Disponível em: <https://www.tje.jus.br/web/infancia-e-juventude/projetos/ceja/familia-um-direito-de-toda-crianca-e-adolescente>. Acesso em: 21 set. 2023.

QUEIROZ, Ana Cláudia Araújo; BRITO, Liana. Adoção tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, RS, v. 12, n. 1, p. 55-67, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/13161>. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Quero uma família*. Disponível em: <http://queroumafamilia.mprj.mp.br/>. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Provisão nº 174, de 13 de março de 2018*. Institui o projeto “EU EXISTO”, com a finalidade de estimular a busca ativa de pais para crianças e adolescentes cujos recursos de manutenção na família de origem foram esgotados, sobretudo, para aqueles que por motivos diversos têm sido preteridos pelos adotantes. Disponível em: http://euexistito.tjrn.jus.br/images/PROVIMENTO_EU_EXISTO.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Eu existo*. Disponível em: <http://euexistito.tjrn.jus.br/pt/>. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Cível). *Apelação Cível 70041896838/RS*. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. 19 de outubro de 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20722031/apelacao-civel-ac-70041896838-rs-tjrs>. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível 70079307609/RS*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. 28 de fevereiro de 2019. Disponível

em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684618678/apelacao-civel-ac-70079307609-rs>. Acesso em: 21 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Adoção*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/app-adocao/>. Acesso em: 21 set. 2023.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão de legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-191.

SANTOS, Danielle Maria Espesim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista de Direito*, Viçosa, MG, v. 15, n. 2, p. 1-38, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/16563>. Acesso em: 22 set. 2023.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/862>. Acesso em: 21 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Adote um boa noite*: um “boa-noite” faria toda diferença na vida de mais de 5 mil crianças acima dos sete anos. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>. Acesso em: 21 set. 2023.

SARTURI, Kátia Silene. *O Supremo Tribunal Federal e o tema do ativismo democrático construtivo na implementação de políticas públicas: possibilidades, limites e casuística*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15076>. Acesso em: 21 set. 2023.

SCHETTINI, Luiz Filho. *Compreendendo os pais adotivos*. Recife: Bagaço, 1998.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas conceitos, casos práticos, questões de concursos*. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. A prática de se acolher crianças e adolescentes no Brasil. In: *SURgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 317-346, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/47030/38250>. Acesso em: 24 set. 2023.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, RS, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?form at=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2023.

SOUZA, Ismael Francisco de; CABRAL, Johana. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, SP, v. 6, n. 1, p. 115-151, 2018. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/304>. Acesso em: 21 set. 2023.

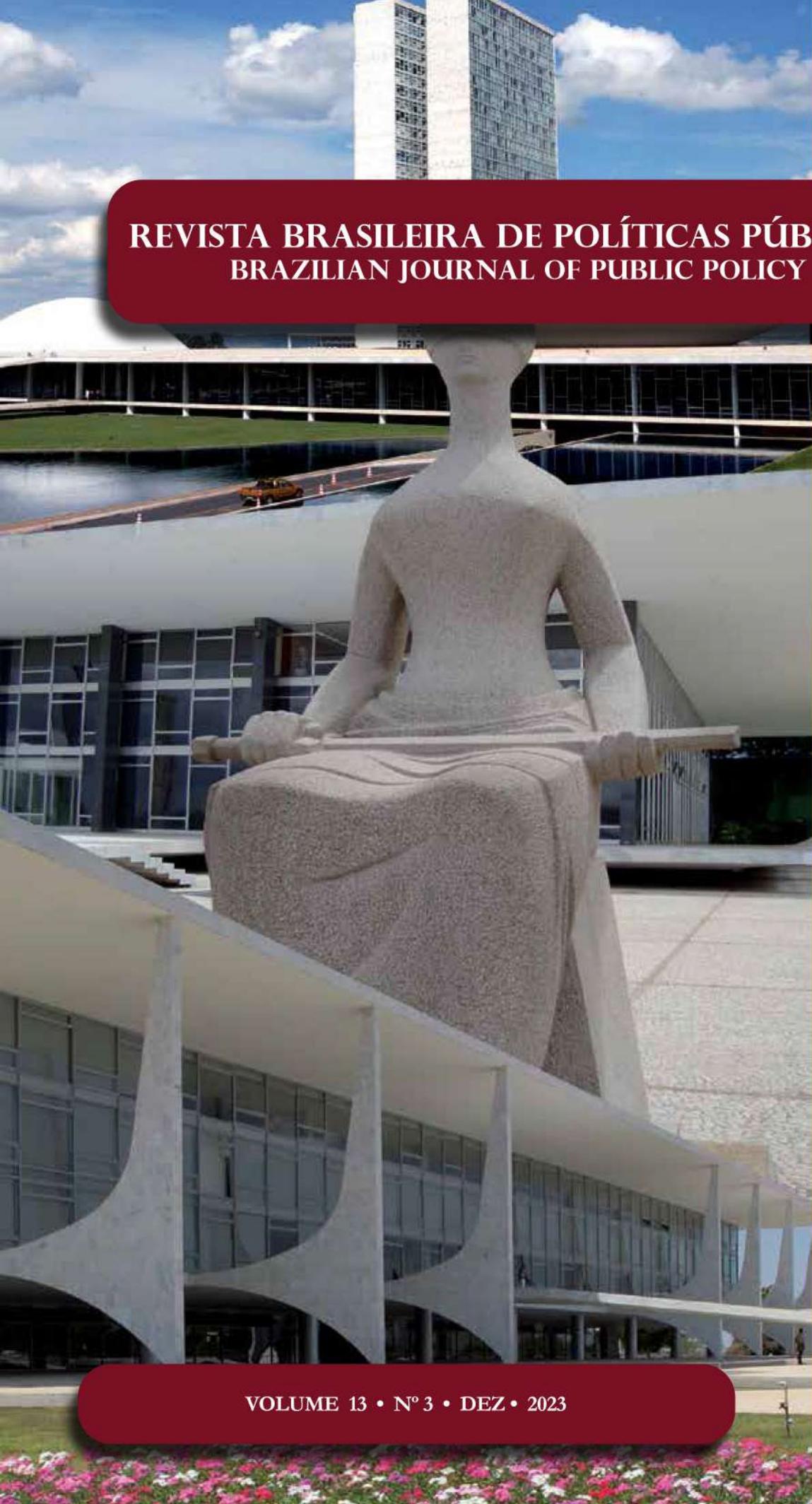
TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 371-434.

VARGAS, Marlizete Moldonado. *Adoção tardia: da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

VERCELONE, Paolo. “Art. 3º”. In: CURY, Munir; VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra (org.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 60.

WEBER, Lúcia. *Adote com carinho: um manual sobre aspectos essenciais da adoção*. Curitiba: Juruá, 2011.

WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2017/10/WINNICOTT-FAMI%CC%81LIA-E-O-DESENVOLVIMENTO-INDIVIDUAL.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A comissão de constituição,
justiça e cidadania da câmara dos
deputados e as chamadas ilusões
constitucionais**

**The constitution, justice and
citizenship commission of the
chamber of deputies and the
called constitutional illusions**

Daniel Araújo Valença

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

A comissão de constituição, justiça e cidadania da câmara dos deputados e as chamadas ilusões constitucionais*

The constitution, justice and citizenship commission of the chamber of deputies and the called constitutional illusions

Daniel Araújo Valença**

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz***

Resumo

O objetivo do presente trabalho é realizar uma compreensão da natureza da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC) por meio do conceito de “ilusões constitucionais”, conforme proposto por Lênin. Para concretizar a pesquisa, valeu-se da orientação teórico-metodológica do materialismo histórico-dialético, sendo a pesquisa teórica de abordagem qualitativa e os procedimentos técnicos bibliográficos e documentais. Partiu-se da hipótese de que a CCJC se apresenta como instituição de Estado inserida na totalidade social do modo de produção capitalista e, como tal, é permeada por contradições e interesses de classes em luta, não devendo ter seus pareceres idealizados e analisados fora da conjuntura em que foram estabelecidos. Nesse sentido, verificou-se que influências externas e a exiguidade do tempo para pareceres e debates marcam a atuação da referida comissão. Como síntese das conclusões, confirmou-se a hipótese no sentido que é necessário retirar as lentes ilusórias do jurídico para compreender a CCJC tal qual ela realmente é. A originalidade do artigo reside na abordagem materialista da Teoria Constitucional Aplicada.

Palavras-chave: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Câmara dos Deputados. Natureza Jurídica. Ilusões Constitucionais. Sociabilidade Capitalista.

Abstract

The objective of the present work is to understand the nature of the Constitution, Justice and Citizenship Committee of the Chamber of Deputies (CCJC) through the concept of “constitutional illusions”, as proposed by Lenin. In order to carry out the research, the theoretical-methodological orientation of historical-dialectical materialism was used, the theoretical research being of a qualitative approach and the bibliographic and documentary technical procedures. It started from the hypothesis that the CCJC presents itself as a State institution inserted in the social totality of the capitalist mode of production and, as such, is permeated by contradictions and

* Recebido em: 11/04/2023

Aprovado em: 06/10/2023

** Doutor em ciências jurídicas pela UFPB, linha direitos humanos. Professor Adjunto em regime de dedicação exclusiva da Universidade Federal Rural do Semi-Árido, vinculado à graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFERSA. Coordena o Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina - Gedic.

E-mail: valencadaniel@gmail.com.

*** Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), na área de concentração Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos. Professora Universitária.

E-mail: dinizmelissa_prof@outlook.com.

interests of classes in struggle, and should not have its opinions idealized and analyzed outside the context in which they were established. Within this, it was found that external influences and the shortness of time for opinions and debates mark the performance of that commission. As a synthesis of the conclusions, the hypothesis was confirmed in the sense that it is necessary to remove the illusory lenses of the legal to understand the CCJC as it really is. The originality of the article lies in the materialist approach of applied constitutional theory.

Keywords: Constitution, Justice and Citizenship Commission. Chamber of Deputies. Legal Nature. Constitutional Illusions. Capitalist Sociability.

1 Introdução

No presente estudo, trata-se da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados em face do conceito de Ilusões Constitucionais de Lênin.¹ Ao estudar a natureza dessa comissão permanente, por meio das previsões legislativas, surgiram questionamentos a respeito de sua natureza jurídica. Pelo conteúdo normativo, apresenta-se como órgão informacional e deliberativo do processo legislativo e se destaca no processo legislativo constitucional, especialmente, pela sua atuação no controle político prévio de constitucionalidade.

Verificou-se, no ambiente institucional da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), um espaço fértil para se perquirir questões inerentemente jurídicas, mas também institucionais, devido: à representatividade daquela Casa Legislativa no contexto democrático; à missão institucional de sua principal Comissão; e ao fato de que os debates travados se mostraram capazes de situar um momento de interesses em contradição, por meio da historicidade, do movimento e da totalidade dos acontecimentos vivenciados.

Ocorre que, ao analisar o seu funcionamento, percebeu-se que a influência do Executivo, os fortes poderes das Lideranças, a rapidez na produção e votação dos relatórios, dentre outros mecanismos, fazem parte do cotidiano dessa Comissão e que isso contraria a idealização propiciada pela norma e pela literatura constitucional, no sentido de que a CCJC é um espaço democrático atuante na defesa das cláusulas pétreas, núcleo central do Estado brasileiro.

Em “Sobre as Ilusões Constitucionais”, Lênin afirmou que somente se poderia compreender a situação política de um Estado se antes fossem desfeitas as ilusões constitucionais; isto é, o erro de acreditar na existência um sistema constitucional neutro e voltado para o bem comum, quando, de fato, tal idealização impede a correta apreensão da realidade e prejudica o estabelecimento de tarefas táticas em uma perspectiva política concreta.³

Com base nisso, chegou-se ao seguinte problema de pesquisa: de um ponto de vista materialista, qual a natureza da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados? A partir de estudos preliminares, obteve-se a seguinte hipótese: A CCJC apresenta-se como instituição de Estado, inserida na totalidade social do modo de produção capitalista e, como tal, é permeada por contradições e responde a interesses de classes em luta, não devendo ter seus pareceres idealizados e analisados fora da conjuntura em que foram estabelecidos.

Assim, para concretizar a pesquisa, optou-se pela orientação teórico-metodológica do materialismo histórico-dialético, por entender ser a mais adequada para investigar o objeto para além da aparência, por meio da totalidade, da historicidade e do movimento. Trata-se de pesquisa teórica com abordagem qualitativa. Quanto aos procedimentos técnicos, caracterizou-se como bibliográfica e documental.²

¹ LÊNIN, V. I. *Ilusões Constitucionalistas*. 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985.

² GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

As fontes documentais permearam arquivos do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, tais como o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Fichas de Tramitação Legislativa; Pareceres emitidos pela CCJC, enquanto as fontes bibliográficas se pautaram por livros, artigos, dissertações, matérias jornalísticas e periódicos.

Assim, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, abordaram-se as percepções normativa e doutrinária acerca da CCJC. Na segunda, observaram-se questões jurídico materiais a respeito de seu funcionamento prático e tendências históricas. Na terceira seção, tomou-se como gancho a PEC do voto impresso, para discutir a real natureza da CCJC.

2 Natureza da comissão de constituição justiça e cidadania (CCJC): percepções normativa e doutrinária

Filtrando-se, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), os termos “comissão” e “comissões”, percebe-se que o primeiro aparece trinta e seis vezes e o segundo dezesseis vezes. Eles se relacionam, especialmente, com os seguintes temas: cargos em comissão no âmbito da administração pública; atribuições do Congresso Nacional; e Processo Legislativo.³

No que concerne ao sentido atribuído para esta pesquisa, destacam-se as previsões dos artigos 50 e 61, pois demonstram a importância das Comissões da Câmara e do Senado. Constam competências tais como o poder de convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem informações sobre assunto determinado, bem como que detêm a iniciativa de leis complementares e ordinárias, sobressaindo-se o papel da Comissão Mista.

É, entretanto, o art. 58 da CF/88 que traz um maior detalhamento sobre elas e sobre aquilo que lhes cabe.⁴ Tal artigo especifica que as Comissões têm, entre suas atribuições, discutir e votar projetos de lei, realizar audiências com entidades da sociedade civil, apreciar programas, obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, dentre outras, de modo que se apresentam como mecanismos democráticos ligados de forma íntima à realização dos fins constitucionais.

Ainda pela leitura do texto constitucional, ficou a cargo do Regimento Interno do Congresso Nacional e de cada casa legislativa a constituição de comissões temporárias e permanentes. Com base nisso, verificando as legislações indexadas aos termos “Câmara dos Deputados – Regime Interno”, no sítio da casa legislativa, chegou-se à Resolução da Câmara dos Deputados n.º 30 de 1972, que dispunha sobre o Regimento Interno.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁴ SEÇÃO VII

DAS COMISSÕES

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

O referido texto legal trouxe, em seu artigo 20, a previsão das Comissões e, em seu artigo 23, listava a Comissão de Constituição e Justiça dentre as permanentes. Ele foi modificado pela Resolução da Câmara dos Deputados n.º 5 de 1989, que alterou dispositivos, apontando como primeira comissão permanente a de Constituição e Justiça e Redação.

Pouco depois, ainda em 1989, a partir da necessidade de adaptar seu funcionamento e o processo legislativo, emitiu-se a Resolução n.º 17, que aprovou o Regime Interno da Câmara dos Deputados (RICD), que se encontra em vigor, tendo sofrido, desde então, diversas alterações. A mais recente, quando da redação deste trabalho, fora a Resolução da Câmara dos Deputados n.º 21, de 13 de maio de 2021, sob a presidência do Deputado Arthur Lira (PP-AL), a qual reordenou o tempo de palavra e a duração das sessões.

O art. 4º da Resolução 17 manteve as comissões permanentes estabelecidas na Resolução anterior. Ficou a cargo do artigo 22 apontar as Comissões Permanentes, cuja finalidade seria apreciar assuntos ou proposições que lhes foram submetidos, também deliberando e acompanhando planos e programas governamentais; e as Comissões temporárias, criadas para apreciar assunto determinado e extinguindo-se em relação ao alcance de seus fins ou ao término da legislatura. No artigo 24, por sua vez, se prevê a competência das Comissões Permanentes, como é o caso da CCJC.⁵

É possível extrair da legislação, portanto, que as comissões são órgãos temáticos compostos por parlamentares, no caso, os deputados, para debater e votar propostas em suas respectivas áreas. São responsáveis por emitir pareceres e levá-los a Plenário, e podem, salvo as exceções previstas no próprio Regimento, votar projeto de lei com dispensa da competência do Plenário, bem como são utilizadas como mecanismos de controle e fiscalização de programas do Poder Executivo.

Por meio do que se vislumbra no RICD, as Comissões são consideradas órgãos informacionais, com a tarefa precípua de reduzir a incerteza na tomada de decisões pelo Plenário, a partir da qualificação dos debates. O artigo 32 enumera as comissões permanentes e áreas temáticas, sendo a CCJC pautada pelo inciso IV, na seguinte maneira:

IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

- a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
- f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições;
- g) registros públicos;
- h) desapropriações;
- i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;
- j) intervenção federal;
- l) uso dos símbolos nacionais;
- m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;

⁵ BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*: Resolução n.º 17 de 1989. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 23 de out de 2021.

- n) transferência temporária da sede do Governo;
- o) anistia;
- p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas;
- q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral.⁵

Portanto, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados é uma comissão permanente com atribuições elencadas no artigo 32, IV, do Regimento Interno do Órgão. A CCJC apresenta diversas competências, destacando-se as relativas aos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e técnicos de projetos e emendas, verificando, especialmente, a admissibilidade das Propostas de emenda à Constituição (PEC), dentre outros assuntos de natureza jurídica ou constitucional que lhes sejam submetidos.

Destaca-se a importância da CCJC pelo fato de que é sua responsabilidade apreciar os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental de projetos de lei, bem como das Emendas à Constituição. Apesar dos postulados de rigidez constitucional e Supremacia Constitucional⁶, em fevereiro de 2022, contavam-se 116 emendas à CF/88, as quais receberam a tutela da referida Comissão.

Mudanças constitucionais, de forma geral, traduzem para a norma mudanças no Estado. Ademais, como lhe incumbe tratar assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça, matérias de direito público em geral, questões sobre a nacionalidade e a cidadania, a CCJ se apresenta, do ponto de vista legislativo, como herdeira do Poder Constituinte.

Bonavides se refere à Teoria do Poder Constituinte como uma Teoria de Legitimação do Poder.⁷ Ele surge relacionado à justificação e à existência de uma Constituição, tendo aspectos jurídicos, bem como os que superam a esfera da positivação. Evidencia-se a sua fundamentação material ao direito em geral e à força de legitimidade que confere à Constituição. Assim, é mais do que norma ou fundamento normativo, tendo também uma dimensão política.

Na Teoria Constitucional Clássica, o poder constituinte também se expressa na mudança constitucional, em sua forma derivada. O parecer do Relator de PEC's na CCJC, nesse sentido, dedica-se a analisar se a proposta de emenda tende a abolir cláusula pétrea, limites constitucionais a esse poder. No bojo da CF/88, as controvérsias gravitam em torno do alcance do art. 60, § 4º, segundo o qual: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.”⁸

As cláusulas pétreas, nesse sentido, teriam como objetivo a proteção dos bens constitucionais que perfazem a identidade constitucional, incluindo-se os direitos fundamentais sociais como limites necessários ao poder de reforma. Sua abolição consistiria, portanto, na própria abolição estatal.⁸ Exacerba-se a responsabilidade democrática da CCJC, portanto, no chamado controle de constitucionalidade político prévio.

Silva busca, em duas noções, o fundamento para o controle de constitucionalidade: a rigidez constitucional e a supremacia da constituição. A primeira se relaciona com a maior dificuldade para modificação do texto constitucional quando comparado a normas jurídicas de menor hierarquia. A segunda se traduz pela ideia de que a constituição se coloca no ápice de todo o sistema jurídico do Estado, contendo suas normas fundamentais de organização, razão pela qual é superior a todas as normas jurídicas que buscam nela o seu próprio fundamento.⁶

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. *Cadernos de Direito/ Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 78-97, dez 2003. DOI <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p78-97>.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade se apresenta como uma técnica especial que a constituição estabelece para defender sua supremacia constitucional de inconstitucionalidades, o que se pode fazer por meio de três sistemas: o político, o jurídico e o misto. O primeiro é aquele que encarrega órgãos políticos, como o Poder Legislativo, da verificação de constitucionalidade. O segundo outorga ao Poder Judiciário o poder-dever do *judicial review*. No sistema misto, por sua vez, a Constituição submete diferentes categorias de leis a um ou outro órgão.⁶

Há controle político no Brasil, ainda que não predominante. Esse tipo de controle, normalmente, é realizado por um órgão ligado ao parlamento, por isso mesmo carrega a nomenclatura. Por razões históricas, o modelo é associado à experiência constitucional francesa. Inclusive, sua constituição de 1958 criou um “Conselho Constitucional”, para manifestar-se previamente à promulgação de determinadas leis.⁹

No caso brasileiro, há instâncias de controle político no âmbito do Executivo, por meio do veto, e do Legislativo, por parlamentar que impetre mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal para garantir seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo dentro dos conformes previstos na Constituição; e, ainda, por meio da rejeição de um projeto pela CCJC, quando exerce o controle político prévio.⁹

Assim, quando a CCJC vota pela inadmissibilidade de um projeto ou proposta por ser inconstitucional, está exercendo controle político prévio de constitucionalidade, evitando violações ao núcleo central da constituição, protegido pelo constituinte na fórmula de cláusulas pétreas. Como se nota, ao fazer uma análise legislativa e doutrinária acerca da referida comissão, há uma tendência a idealizá-la.

Lima, ao refletir sobre o idealismo e a efetivação constitucional, percebeu que a sedução do idealismo legal poderia comprometer mecanismos constitucionais que, originalmente, foram criados como mecanismos democráticos e emancipatórios. Atribui esse desgaste ao fato de que o constitucionalismo brasileiro é domesticado pelo neoliberalismo, oferecendo conquistas “no papel”, para, no campo do realismo, impedir que as conquistas se efetivem.¹⁰

Nesse embalo, a fim de afastar-se o idealismo constitucional acerca da CCJC, na seção que se segue, passa-se a elaborar considerações materialistas sobre a sua natureza e funcionamento. Ao final, pretende-se retomar as considerações traçadas para refletir acerca das Ilusões Constitucionais face a sua relação com a Constituição de 1988.

3 Natureza da comissão de constituição, justiça e cidadania (CCJC): percepção jurídico-materialista

Se, do ponto de vista legal e doutrinário, a CCJC se apresenta como mecanismo democrático e emancipatório, do ponto de vista das relações materiais, há de se vislumbrar que ela se insere em um Estado permeado pela totalidade social do modo de produção capitalista.¹¹

É, portanto, esperado que haja diferenças entre a previsão normativa e sua expressão real, não por haver um “apagão no direito” ou “defeito na norma”, mas em virtude de ela se desenvolve em meio a essa sociabilidade específica. Necessário, assim, verificar os elementos concretos dessa atuação.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO; Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 375-385.

¹¹ MASCARO, Alysson Leandro. Direito, capitalismo e estado: da leitura marxista do direito. In: *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas* / Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior; Tarso de Melo (Organizadores). São Paulo: Outras Expressões, 2015.

Para Venturelli a formação de Comissões fragmenta o processo legislativo ao dividi-lo estruturalmente na Casa. Isso se daria com o objetivo de descentralizar a tramitação, deliberando e opinando acerca de projetos e propostas, antes que eles chegassem ao plenário, entretanto:

as comissões parlamentares permanentes do congresso brasileiro ganham pouca atenção nas pesquisas da ciência política nacional. O conjunto de mecanismos que enfraquecem o poder desses órgãos, como os fortes poderes legislativos do Executivo, das lideranças partidárias e da presidência da Câmara, além dos instrumentos que reduzem o tempo hábil para a produção de pareceres de opinião técnica por parte das comissões, como as Medidas Provisórias e o pedido de urgência, faz com que grande parte da literatura tenha considerado o papel das comissões no processo legislativo como algo secundário.¹²

Conforme se extrai da análise acima, o papel das comissões tem sido considerado simbólico e, conseqüentemente, secundarizado em estudos políticos. Isso ocorre pelo fato de que seu poder se mostra enfraquecido pelo aparato formado por: influência do Poder Executivo no Poder Legislativo; força das lideranças partidárias e da Presidência da Câmara; e exiguidade de tempo desfrutado para produzir e discutir pareceres técnicos de qualidade.

Acredita-se, nesse sentido, que a questão da constitucionalidade já vem decidida “das mesas das lideranças” antes mesmo de haver parecer ou votação comissionária. A apreciação de uma mudança constitucional está muito mais atrelada a questões socioeconômicas do que propriamente jurídicas. Veja-se, por exemplo, as discussões da CCJC acerca das emendas do Teto dos Gastos, da Reforma da Previdência, dos Precatórios. Todas envolveram diretamente direitos fundamentais, mas foram as questões materiais que se fizeram prevalecer em meio a lutas e contradições.

A própria composição das Comissões contribui para esse fenômeno, no sentido de que, para sua instalação, o número de membros efetivos é fixado por ato da Mesa, ouvidos os líderes, no início de cada legislatura.⁵ São as lideranças, dessa forma, que definem a divisão e o comando das Comissões entre as bancadas, sendo o direito de fazer as primeiras escolhas pertencentes às maiores.

Para melhor compreender a questão da instalação das Comissões, necessário atentar para os conceitos de liderança e bloco parlamentar. Os Deputados se agrupam em Blocos Parlamentares e estes devem escolher um Líder, desde que sigam os mesmos requisitos estabelecidos para o acesso aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito à rádio e à televisão.⁵

Os Líderes têm papel fundamental, pois podem participar pessoalmente ou por intermédio dos Vice-Líderes de qualquer Comissão, sem direito à voto, mas com direito à voz e a encaminhar votações e requerer sua verificação. Além disso, eles indicam à Mesa os membros da bancada para compor as Comissões, podendo substituí-los a qualquer tempo.⁵

Quanto aos Blocos Parlamentares, são constituídos por deliberação das respectivas bancadas, a partir das representações de dois ou mais partidos, a eles cabe o tratamento dispensado aos Partidos com representação na Casa, devendo ter, no mínimo, 0,3% dos membros da Câmara. Assim, forma a Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar integrado pela maioria absoluta dos membros da Casa ou, não havendo, aquele que tiver o maior número de representantes. A Minoria, por sua vez, é a representação imediatamente inferior e que expresse posição diversa à Maioria e ao Governo.⁵

Os Blocos Parlamentares e as Bancadas Parlamentares diferem entre si, mas seriam instituídos no sentido de garantir um bom funcionamento do processo legislativo e da representação política. O Bloco Parlamentar apresenta-se como agrupamento de dois ou mais partidos com interesses comuns, formando um grupo de trabalho articulado, sendo, assim, considerado para fins regimentais como um único partido, sob única liderança, representando todos os interesses dos partidos que o compõem.¹³

¹² VENTURELLI, Gustavo. *Expertise como critério para a composição da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (2011-2016)*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. 106 p. 2017.

¹³ POLITIZE. *O que são blocos e bancadas parlamentares?* Disponível em: <https://www.politize.com.br/wp-content/uploads/2017/03/>

A Bancada, por sua vez, pode ser entendida como o conjunto de representações de um partido, por exemplo, a Bancada do Partido *versus* a Câmara, ou como a reunião de diversos parlamentares com objetivos comuns, que, individualmente, se articulam de acordo com esses interesses, por exemplo, a Bancada nordestina (representando parlamentares da região Nordeste), a Bancada evangélica (representando os interesses daquela religião).¹³

Como, regra geral, todos os projetos passam pela CCJC, a disputa partidária para compor e liderar esse órgão é intensa. Após acordo das lideranças, e votação entre os membros da Comissão, é o presidente da CCJC que designará o Relator. Essa figura também se destaca, e detém a prerrogativa de emitir parecer acerca das proposições nela apreciadas.¹⁴

A distribuição de relatorias, muitas vezes, faz parte das disputas entre Executivo e Bancadas. A depender das relações estabelecidas entre Executivo e Legislativo, pode haver facilidades/dificuldades em influenciar as relatorias, contribuindo para a governabilidade do Chefe do Executivo.¹⁴

Observa-se, entretanto, no panorama da CF/88, que a tendência foi de que aliados do Executivo se tornassem presidentes da CCJC, influenciando diretamente nas relatorias e nos pareceres:

Figura 01: presidentes da CCJC até 2020

Histórico dos Presidentes da CCJC

ANO	NOME	PARTIDO/UF	DATA ELEIÇÃO
2019/2020	<u>DEP. FELIPE FRANCISCHINI</u>	PSL/PR	13/03/2019
2018	<u>DEP. DANIEL VILELA</u>	MDB/GO	03/04/2018
2017	<u>DEP. RODRIGO PACHECO</u>	PMDB/MG	23/03/2017
2016	<u>DEP. OSMAR SERRAGLIO</u>	PMDB/PR	03/05/2016
2015	<u>DEP. ARTHUR LIRA</u>	PP/AL	04/03/2015
2014	<u>DEP. VICENTE CÂNDIDO</u>	PT/SP	26/2/2014
2013	<u>DEP. DÉCIO LIMA</u>	PT/SC	6/3/2013
2012	<u>DEP. RICARDO BERZOINI</u>	PT/SP	7/3/2012
2011	<u>DEP. JOÃO PAULO CUNHA</u>	PT/SP	2/3/2011
2010	<u>DEP. ELISEU PADILHA</u>	PMDB/RS	3/3/2010
2009	<u>DEP. TADEU FILIPPELLI</u>	PMDB/DF	4/3/2009
2008	<u>DEP. EDUARDO CUNHA</u>	PMDB/RJ	28/2/2008
2007	<u>DEP. LEONARDO PICCIANI</u>	PMDB/RJ	14/2/2007
2006	<u>DEP. SIGMARINGA SEIXAS</u>	PT/DF	29/3/2006
2005	<u>DEP. ANTONIO CARLOS BISCAIA</u>	PT/RJ	2/3/2005
2004	<u>DEP. MAURÍCIO RANDS</u>	PT/PE	23/3/2004
2003	<u>DEP. LUIZ EDUARDO GREENHALGH</u>	PT/SP	26/2/2003
2002	<u>DEP. NEY LOPES</u>	PFL/RN	6/3/2002
2001	<u>DEP. INALDO LEITÃO</u>	PSDB/PB	21/3/2001
2000	<u>DEP. RONALDO CEZAR COELHO</u>	PSDB/RJ	22/3/2000
1999	<u>DEP. JOSÉ CARLOS ALELUIA</u>	PFL/BA	3/3/1999
1998	<u>DEP. JOSÉ ANÍBAL</u>	PSDB/SP	4/3/1998
1997	<u>DEP. HENRIQUE EDUARDO ALVES</u>	PMDB/RN	13/3/1997
1996	<u>DEP. ALOYSIO NUNES FERREIRA</u>	PMDB/SP	13/3/1996
1995	<u>DEP. ROBERTO MAGALHÃES</u>	PFL/PE	21/2/1995
1994	<u>DEP. JOSÉ THOMAZ NONÔ</u>	PMDB/AL	23/2/1994
1993	<u>DEP. JOSÉ DUTRA</u>	PMDB/AM	17/3/1993
1992	<u>DEP. JOSÉ LUIZ CLEROT</u>	PMDB/PB	19/3/1992
1991	<u>DEP. JOÃO NATAL</u>	PMDB/GO	21/3/1991
1990	<u>DEP. THEODORO MENDES</u>	PMDB/SP	21/3/1990
1989	<u>DEP. NELSON JOBIM</u>	PMDB/RS	9/3/1989

Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/presidencia>

Blocos-e-bancadas-parlamentares.pdf. Acesso em: 23 de out de 2021.

¹⁴ OBSERVATÓRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO. *Como se distribuem as relatorias na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC)?* Rio de Janeiro, 22 de nov de 2019. Disponível em: <https://olb.org.br/como-se-distribuem-as-relatorias-na-comissao-de-constituicao-e-justica-e-de-cidadania-ccjc/>. Acesso em: 23 de out de 2021.

Como se pode analisar da figura 01, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), antes PMDB, foi o partido com maior número de presidências na CCJC (15), seguido pelo Partido dos Trabalhadores (PT), que obteve oito lideranças, todas durante os seus mandatos presidenciais. Com a crise entre Executivo e Legislativo no segundo governo Dilma, as lideranças e relatorias passaram a ser compostas pela oposição, havendo dificuldades para que qualquer proposta do governo avançasse, acirrando, ainda mais, as contradições do período.

Um movimento contrário passou a ocorrer com a assunção de Michel Temer à presidência. Os Presidentes e, por conseguinte, os relatores da CCJC voltaram a se alinhar aos interesses do Executivo. Com isso, o governo não encontrou óbices a execução do programa “uma ponte para o futuro”¹⁵, até que sobrevieram denúncias de corrupção relativas ao Presidente da República que, ao lado de algum grau de mobilização popular, inviabilizou, por exemplo, o andamento da reforma da previdência, naquele momento.¹⁶

A tendência de alinhamento entre a presidência da CCJC e o Poder Executivo se observa, de forma enfática, na atual legislatura. Desde março de 2021, a Deputada Bia Kicis (PSL-DF) ocupa a presidência daquela comissão. Advogada e procuradora aposentada do Distrito Federal, a Deputada foi eleita para sua primeira legislatura pelo partido que também elegeu Jair Bolsonaro presidente, hoje sem partido.

Ocupando também a vice-liderança do governo no Congresso Nacional, a presidente da CCJC mostra-se alinhada à defesa dos interesses do Executivo. Tal fato pode ser verificado pela visualização em geral das redes sociais da deputada, visitadas em fevereiro de 2022, que contam com postagens de apoio ao Presidente da República, críticas à esquerda, a Ministros do STF, e, do ponto de vista material, postagens de conteúdo armamentista, antiaborto e contrário ao passaporte vacinal.¹⁷

Por óbvio que qualquer parlamentar se situará ou como aliado ou opositor de determinada gestão. Como tal, fundamentará sua atuação a partir de sua posição no espectro político. A questão que salta aos olhos é: até que ponto a presidência de tal comissão, encarregada da defesa da ordem constitucional, será exercida de acordo com a previsão legal para a sua existência? Ou, em outras palavras, tal comissão tem o condão de zelar pela supremacia constitucional ou não se estaria incorrendo em uma mera ilusão constitucional?

É por meio da análise de uma pauta específica que é possível analisar a influência do Executivo na CCJC. Em 13 de setembro de 2019, a Deputada Bia Kicis apresentou a Proposta de Emenda à Constituição n.º 135/2019, a “PEC do voto impresso”, cujo objetivo era acrescentar o §º 12 ao artigo 14 da CF/88, dispondo que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria.¹⁸

Segundo a justificativa apresentada pela proponente, o Brasil teria se tornado refém da “juristocracia” do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), sendo decorrência do Princípio da Publicidade, a possibilidade de o eleitor conferir seus votos. Aponta, assim, para um “totalitarismo” do órgão eleitoral, relatando o histórico de tentativas de implantar o voto impresso por lei. Questionando o sistema eletrônico, aponta para uma “sa-

¹⁵ O PMDB lançou em outubro de 2015, o Programa “Uma Ponte Para o Futuro” afirmando o suposto consenso quanto à necessidade de reformas neoliberais para enfrentar a crise fiscal e preservar a economia. Apontava-se a falta de comeditamento e responsabilidade e criticavam-se as despesas obrigatórias e a Previdência Social, sendo “inevitável” mudar as leis e a Constituição, caso contrário, a situação resultaria em colapso. Por outro lado, foi dada ênfase à opção por uma participação predominante do setor privado na economia, mediante o “respeito à lógica das decisões econômicas”, bem como à impossibilidade de taxar famílias e empresas, posto que isso prejudicaria a capacidade do setor produtivo. UMA PONTE PARA O FUTURO. Fundação Ulisses Guimarães/ PMDB. Brasília, 29 de out de 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoulisses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 23 de out de 2021.

¹⁶ Por duas vezes, a Câmara dos Deputados votou por rejeitar o envio ao STF de denúncias de corrupção em face de Michel Temer. O ex-presidente foi alvo de 10 inquéritos e denunciado 05 vezes no âmbito da operação lava-jato.

¹⁷ KICIS, BIA. *Feed do Instagram da Deputada “biakicis”*. Disponível em: <https://www.instagram.com/biakicis/?hl=pt-br>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

¹⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Ficha de Tramitação da PEC 135/2019*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292>. Acesso em: 25 de fev 2022.

nha” da justiça eleitoral em não fiscalizar. Ademais, a parlamentar sinaliza para a insatisfação dos cidadãos nas redes sociais com a Justiça Eleitoral.¹⁹

Naquela oportunidade, o Presidente da CCJC era o Deputado Felipe Francischini (PSL-PR), tendo sido designado como relator da PEC do voto impresso o Deputado Paulo Eduardo Martins (PSC-PR), partido que compõe a base do Governo, sendo pautado pelos ideais de liberdade econômica, redução da maioria penal, pró-vida e pró-família, conforme seu sítio oficial.²⁰

O Deputado levou cerca de um mês para produzir relatório de três páginas, concluindo pela admissibilidade da medida. Inicialmente, fez uma síntese da proposta e de sua fundamentação, com base em um suposto boicote histórico realizado pela Justiça Eleitoral ao voto impresso, colocando em dúvida o voto eletrônico.²¹

Acerca da constitucionalidade, limitou-se a dois parágrafos que, essencialmente, reproduzem a norma constitucional, sem discutir de forma mais aprofundada as consequências que essa alteração poderia trazer para a questão voto, cláusulas pétreas, ou para a democracia em geral:

a proposta atende aos requisitos constitucionais do art. 60, § 4º, do da Constituição Federal, não se vislumbrando em suas disposições nenhuma tendência para abolição da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes ou dos direitos e garantias individuais. Não se verificam, igualmente, conflitos de conteúdo entre o pretendido pela proposta e os demais princípios e regras fundamentais que compõem os alicerces da Constituição vigente.²¹

Entre o recebimento pela CCJ (19/09/2019) e a votação de parecer (17/12/2019), passaram-se menos de três meses. Para além das reuniões de leitura do parecer e deliberativa final, as demais reuniões da comissão foram pautadas, exclusivamente, por requerimentos de retirada de pauta. Isso demonstra não ter havido discussões efetivas sobre a questão da constitucionalidade, mas realização de manobras políticas possíveis, até que o parecer pela admissibilidade fosse aprovado por 33 votos sim e 05 votos não.¹⁸

Em continuidade ao processo legislativo, em 12 e maio de 2021, por ato do Plenário, criou-se a Comissão Especial para debater a temática, quando já ocupava a presidência da CCJC a Deputada Bia Kicis. O Deputado designado como relator foi Filipe Barros (PSL-PR), como se observa, do mesmo partido da presidente e com íntima relação com o Executivo.

Atuando ativamente na defesa de seu projeto, a deputada apresentou 05 requerimentos pela realização de audiência pública entre maio e junho de 2021, tendo todos aprovados. Diante de requerimento para retirada de pauta, Bia Kicis encaminhou contrariamente. Em diversas ocasiões, discutiu a matéria.¹⁸

A parlamentar ainda encaminhou, favoravelmente, o parecer do relator do PSL na comissão especial, que foi rejeitado, e encaminhou, contrariamente, ao parecer vencedor. Quando a matéria chegou ao Plenário, a Presidente da CCJC discutiu a matéria, até que ela sucumbiu, rejeitada em primeiro turno por 229 votos a 218, com uma abstenção, em 10 de agosto de 2021.¹⁸

Em termos ideais, quando um projeto ou proposta passa pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o órgão, por meio de seu relator, deve emitir um parecer pela adequação daquela medida. A atuação comissionária deveria ela estar em harmonia com a Constituição e com a Justiça, legitimando a pretensa norma para ser bem recebida pela sociedade. Mas, como se observa, inserida na sociabilidade capitalista, a CCJC se pauta por relações materiais, interesses de classes e grupos em luta e contradições daí derivadas, e não pela preservação da ordem constitucional e seu aprimoramento.

¹⁹ BRASIL. *Apresentação de Emenda Constitucional, pela Deputada Bia Kicis (PSL-DF)*. Brasília: 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1807035&filename=PEC+135/2019. Acesso em: 25 fev de 2022.

²⁰ PSC. *Valores do Partido Social Cristão*. Brasília, sem data. Disponível em: <https://psc.org.br/missao-valores/>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

²¹ BRASIL. *Apresentação do Parecer do Relator CCJC, pelo Deputado Paulo Eduardo Martins (PSC-PR)*. Brasília: 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1827083&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+135/2019. Acesso em: 25 fev de 2022.

4 O fim das ilusões constitucionais face à CCJC

Em face ao exposto, acredita-se que a questão se explica melhor por aquilo que se passava fora da Câmara dos Deputados e, especialmente, fora da CCJC, do que pela suposta “vontade de constituição” da sua Presidente.²² A Agência de notícias do Senado Federal aponta o porquê da “polêmica do voto impresso”, após cerca de 25 anos da utilização das urnas eletrônicas no Brasil.

A discussão partiu das alegações do Presidente Jair Bolsonaro, que passou a acusar o modelo vigente de não ser confiável, sugerindo fraudes em 2018, ainda que eleito por esse mesmo sistema. Pleiteava, portanto, que os números digitados na urna eletrônica fossem impressos e depositados em urna de acrílico para serem apurados manualmente, na hipótese de fraude.²³

A Agência Senado sintetizou o fato de que a PEC do voto impresso foi proposta por Bia Kicis (PSL-DF) e que comissão especial fora criada e relatada por Filipe Barros (PSL-PR), Deputados da base governista. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por sua vez, remeteu nota àquela refutando as acusações de vulnerabilidade do sistema eletrônico, com base nas 13 eleições gerais e consultas populares realizadas de forma bem-sucedida.²³

Como se verifica, o tema permeava tensões entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Ademais, em junho de 2021, mesmo período em que se deu o auge da tramitação na PEC na comissão especial da Câmara, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, abriu nova investigação²⁴ citando diversos parlamentares ligados a Jair Bolsonaro, como Bia Kicis, pela sua suposta participação no chamado “gabinete do ódio”, organização digital que defenderia a exclusão dos Poderes Legislativo e Judiciário do sistema constitucional.²⁵

Em face da ofensiva contra as urnas eletrônicas, o Presidente do TSE, ministro Luís Roberto Barroso teve de iniciar campanhas em defesa da segurança do sistema ao passo que o Chefe do Executivo intensificava as afirmações, sem provas, de que as eleições de 2018 teriam sido fraudadas e, em tom ameaçador, comparava o futuro das eleições brasileiras aos atos violentos ocorridos após a derrota de Donald Trump nas eleições norte-americanas.²³

A instabilidade que a situação estava gerando para o já combalido sistema democrático pelo qual os atuais parlamentares vêm se elegendo ano após ano, gerou temores e fez com que presidentes de 11 partidos políticos, alguns da base governista, orientassem seus deputados a rejeitar a PEC, avaliando que o atual sistema é seguro. Como foi visto, a proposta foi rejeitada em agosto de 2021.²³

Se a análise desse episódio fosse procedida apenas pela sua tramitação interna à CCJC, a questão da constitucionalidade estaria resolvida, sem necessidade de mais aprofundamentos acerca do sistema democrático brasileiro. Essa fragmentação ocorre como decorrência de certa romantização da Constituição de 1988, considerada como barreira capaz de conter os avanços autoritários.

É comum que se conceba que o Direito e, no caso, o Direito Constitucional tudo pode explicar, o que resulta numa tentativa de identificar qual o “defeito” contido na norma para que a CCJC não tenha seu adequado funcionamento. Isso não explicaria, entretanto, o motivo pelo qual a Comissão de Constituição,

²² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

²³ AGÊNCIA SENADO. *Entenda a Polêmica em torno da PEC do Voto Impresso*. Brasília, 06 de junho de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/entenda-a-polemica-em-torno-da-pec-do-voto-impresso>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

²⁴ Investigação anterior, Inquérito dos antidemocráticos (n.º 4781), fora arquivado a pedido da Augusto Aras, Procurador Geral da República (PGR).

²⁵ CONJUR. *Alexandre abre novo inquérito para investigar quadrilha digital antidemocrática*. Brasília, 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/inquerito-investigar-quadrilha-digital-antidemocratica>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados pode entender pela admissibilidade de um Projeto de Emenda à Constitucional que atente contra a ordem constitucional e democrática.

Para vislumbrar a questão de forma adequada, é necessário afastar-se das chamadas ilusões constitucionais. Em “Sobre as Ilusões Constitucionais”, Lênin, refletindo acerca da situação da Rússia em 1917, observou que somente se poderia compreender a situação política de um Estado, se antes fossem desfeitas as ilusões constitucionais, isto é, o erro de acreditar na existência um sistema constitucional, jurídico e ordenado que, na realidade, não existe, e cuja idealização prejudica o estabelecimento de tarefas táticas em uma perspectiva política concreta.¹

Trazendo o conceito para a realidade brasileira, Bello, Bercovici e Lima questionam se haveria se dado o fim das ilusões constitucionais de 1988 após seu grave esvaziamento de sentido, referindo-se às alterações constitucionais condicionadas pelo neoliberalismo, e por esta não ter servido de instrumento hábil para resistir ao golpe de 2016 com seus desdobramentos políticos e econômicos.²⁶

Apontam, pois, que, embora a Constituição de 1988 tenha sido festejada por muitos juristas como um marco de transformação social, foi uma grande ilusão ter incorrido em uma perspectiva de instrumentalismo constitucional, partindo de uma teoria da constituição que solucionaria todos os problemas por si só, transformando a realidade a partir das disposições constitucionais, enquanto Estado e política eram secundarizados.²⁶

Refletindo sobre as Constituições dirigentes da década de 1980 na América latina, para Lima, seu desgaste não decorre da sua inefetividade, supostamente marcada pela discrepância entre realidade social e rol de direitos estabelecidos, mas sim do fato de não terem se consolidado forças políticas suficientemente fortes, comprometidas com sua realização prática.¹⁰

O mesmo fenômeno se observa em relação à CCJC; seu desgaste não decorre da inefetividade de seus fins normativos, mas do fato de que as forças políticas nela situadas não têm interesse em realizá-los, o que é inerente à sociabilidade existente. Por outro lado, mesmo havendo uma autonomia relativa do ente estatal, podendo, em determinado momento, sua composição derivar de vitórias eleitorais das classes trabalhadoras, sua atuação fica limitada aos marcos capitalistas, pois se sustenta em relações de produção, circulação e consumo típicas deste período histórico, direcionando-se à manutenção de tal ordem.¹¹

Quando se observa a CCJC como herdeira do Poder Constituinte, como instância democrática e eficaz em que ocorrem debates emancipatórios, se está a considerar, dentro da tradição liberal, a política como um espaço de discussões livres de cidadãos supostamente neutros²⁷ e o direito permeado pelos princípios liberais, mas que são apenas aparentemente acessíveis.²⁸

Em uma crítica marxista, o Estado aparece na condição de devir do capitalismo. As condições da política, portanto, emanam do cruzamento das formas de produção e reprodução presentes em condições determinadas.²⁹

Logo, mediante a análise realizada, as formas político-jurídicas da CCJC conformaram-se da forma esperada. Por outro lado, é perceptível que ocorreu um “deslocamento” quanto ao funcionamento e deliberações da CCJC *pari passu* à concretização do golpe de Estado de 2016 e implementação de sua agenda econômica. Ou, partindo de Valença, Maia Júnior e Gomes, é verdade que a forma jurídica, de maneira mediata, faz

²⁶ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Barreto Mont'alverne. Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Rev. Direito e Páx.*, Rio de Janeiro, Vol. 10, N.03, 2019, p. 1769-1911. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470 | ISSN: 2179-8966.

²⁷ BOITO JR, Armando. Os atores e o enredo da crise política. In: JINKINGS; Ivana; DORIA; Kim; CLETO; Murilo. *Por que gritamos golpe?* Para entender o impeachment e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo: 2016, p. 26-33

²⁸ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Vol. 1. Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

²⁹ SADER, Emir. *Estado e Política em Marx*. 1 ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2014.

parte de uma totalidade social burguesa, por outro lado, de maneira imediata, aponta para o estágio — bem como o deslocamento — da correlação de forças no interior da luta de classes.³⁰

As reformas neoliberais derivadas da ruptura de 2016, a Emenda Constitucional 95, as Reformas Trabalhista e Previdenciária, além de várias outras medidas, não dialogam com os fundamentos da República ou princípios constitucionais instituídos pelo poder originário em 1988. Tratam, inicialmente, de um avanço do capital contra o trabalho, após uma década de aumento da renda do trabalho, cumulada com a crise internacional do capital de 2008. Ambos os processos exigiram novas medidas para estimular o aumento da taxa de lucro e, para isso, necessário seria novos ares em âmbito de executivo nacional, bem como seus rebatimentos em outras esferas, tal qual a CCJC.

O que se argumenta, portanto, é que, se a CCJC for visada por lentes coloridas (na expressão de Engels) ou pelo prisma das ilusões constitucionais (na expressão de Lênin), será tida como legítima defensora da ordem constitucional, dos direitos fundamentais e da dignidade humana, o que não necessariamente se demonstra na concretude das relações materiais. Não se trata de uma crítica a sua natureza, visto que ela se apresenta precisamente como se espera de um órgão de Estado permeado pela sociabilidade capitalista, mas de apontar as ilusões quanto a ela estabelecidas.

Para o debate jurídico, espera-se, além das previsões normativas e doutrinárias, que se possa tomar a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos deputados por aquilo que ela é: um espaço de contradições e disputas de interesses de classes e grupos contrapostos. E, assim, compreender o seu funcionamento e deliberações a partir de sua natureza enquanto forma política capitalista e, também, de cada conjuntura específica, e não como tutela inquestionável de constitucionalidade.

5 Considerações finais

No presente estudo, buscou-se compreender a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania pelos seus aspectos normativos, doutrinários e materialistas. Para tanto, levantaram-se os apontamentos da Constituição Federal de 1988 acerca das Comissões em geral. Um melhor detalhamento consta do seu artigo 58, segundo o qual as comissões são órgãos informacionais que discutem e debatem projetos de lei, realizam audiências públicas, fiscalizam programas e planos governamentais, dentre outras atribuições.

Em vista disso, passou-se a realizar um apanhado histórico do que os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados dispuseram acerca das comissões e, especialmente, da CCJC. A versão mais atual do RICD contempla, em seu artigo 32, a CCJC como comissão permanente com diversas competências. Cabe destacar as relativas aos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e técnicos de projetos e emendas, verificando, especialmente, a admissibilidade das Propostas de emenda à Constituição (PEC).

Em seguida, procedeu-se uma análise doutrinária, verificando que, no direito constitucional, a CCJC recebe ênfase no tema da mudança constitucional, pois está presente no controle político prévio de constitucionalidade, e tem como missão defender a Constituição de emendas que visem à abolição de cláusulas pétreas, apresentando-se como verdadeira delegada do Poder Constituinte.

Do ponto de vista jurídico-materialista, entretanto, demonstrou-se existir mecanismos que permeiam a atuação da CCJC, influenciando em suas decisões, tais como a influência do Poder Executivo no Poder Legislativo; a força das lideranças partidárias e da Presidência da Câmara; e exiguidade de tempo desfrutado para produzir e discutir pareceres técnicos de qualidade.

³⁰ VALENÇA, DANIEL ARAÚJO; MAIA JÚNIOR, RONALDO MOREIRA; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, p. 365-378, 2019.

Em face disso, fez-se necessário compreender o papel das lideranças e dos blocos parlamentares no processo, percebendo-se que, no panorama da CF/88, há uma tendência histórica de que a Presidência da CCJC seja ocupada por aliados do Poder Executivo. Como é a presidência que designa relator para apresentar parecer quanto à admissibilidade das propostas submetidas, percebe-se a influência indireta desse Poder no resultado da análise.

Para reforçar tal argumento, discorreu-se acerca da relação estabelecida entre a atual Presidente da CCJC, Bia Kicis (PSL-DF) e os interesses do Executivo, o que se fez por meio uma análise da PEC n.º 135/2019, a “PEC do voto impresso”. Alinhada aos interesses do Presidente da República, Kicis foi autora do texto normativo submetido, justificando-o pelo boicote “juristocrata” da Justiça Eleitoral brasileira para com o tema.

Nesse contexto, verificou-se que o relator, indicado pelo então presidente da Comissão e do PSL, produziu um parecer simbólico que não se aprofundava nas consequências constitucionais da aprovação da medida. Ademais, o tempo de tramitação na CCJC, de fato, foi exíguo, assim como as deliberações. Ao final, o parecer foi aprovado por 33 votos a cinco.

A Deputada Bia Kicis continuou fortemente na defesa dessa proposta em Plenário, antes e depois de torna-se Presidente da CCJC. Na continuidade do processo legislativo, formou-se Comissão Especial cuja relatoria também se destinou a membro do PSL. Apesar dos intensos encaminhamentos e deliberações da autora, a PEC foi rejeitada em Plenário por 229 a 218 votos.

Conforme se verificou, a questão melhor se explicava por acontecimentos em curso fora da CCJC, pois a polêmica do voto impresso estava gerando tensões entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Durante meses, simultaneamente ao que ocorria na Câmara, o Presidente Jair Bolsonaro acusava as eleições de 2018 de terem sido fraudadas.

Por seu turno, o TSE teve de fazer uma verdadeira campanha pela confiabilidade do voto eletrônico. A instabilidade democrática gerada foi tamanha que líderes de diversos partidos tiveram de orientar seus deputados a derrubar a medida, o que aconteceu em agosto de 2021, ante ao temor de que todo o sistema ruísse.

Por meio dos desdobramentos desse caso, restou nítida a influência do Poder Executivo na CCJC, demonstrando que seu funcionamento é típico de uma instituição de Estado inserida na totalidade social do modo de produção capitalista. A CCJC, portanto, atua como esperado, não se podendo vislumbrá-la por meio das ilusões constitucionais, como órgão neutro de debates racionais em prol da defesa abstrata de determinada ordem constitucional.

Pelas “lentes coloridas” do jurídico, ela pode se apresentar como herdeira do poder constituinte, como legítimo órgão democrático em defesa dos direitos humanos, apta a impedir avanço de propostas antidemocráticas. Mas é preciso enxergá-la tal como é: um espaço de disputas e contradições dentro da sociabilidade capitalista. E, assim, compreender seus processos e posicionamentos por meio de cada conjuntura política em curso e não como atributo inquestionável de constitucionalidade.

Referências

AGÊNCIA SENADO. *Entenda a Polêmica em torno da PEC do Voto Impresso*. Brasília, 06 de junho de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/entenda-a-polemica-em-torno-da-pec-do-voto-impresso>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio Barreto Mont'alverne. Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Rev. Direito e Páx.*, Rio de Janeiro, Vol. 10, N.03, 2019, p. 1769-1911. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470 | ISSN: 2179-8966.

BOITO JR, Armando. Os atores e o enredo da crise política. In: JINKINGS; Ivana; DORIA; Kim; CLETO; Murilo. *Por que gritamos golpe?* Para entender o impeachment e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo: 2016, p. 26-33.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*: Resolução n.º 17 de 1989. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 23 de out de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. *Apresentação de Emenda Constitucional, pela Deputada Bia Kicis (PSL-DF)*. Brasília: 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1807035&filename=PEC+135/2019. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

BRASIL. *Apresentação do Parecer do Relator CCJC, pelo Deputado Paulo Eduardo Martins (PSC-PR)*. Brasília: 2019b. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1827083&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+135/2019. Acesso em: 25 fev de 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Ficha de Tramitação da PEC 135/2019*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2220292>. Acesso em: 25 de fev 2022.

CONJUR. Alexandre abre novo inquérito para investigar quadrilha digital antidemocrática. Brasília, 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/inquerito-investigar-quadrilha-digital-antidemocratica>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008

KICIS, BIA. *Feed do Instagram da Deputada "biakicis"*. Disponível em: <https://www.instagram.com/biakicis/?hl=pt-br>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

LÊNIN, V. I. *Ilusões Constitucionalistas*. 2ª ed. São Paulo: Kairós, 1985.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO; Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p 375-385.

MASCARO, Alysson Leandro. Direito, capitalismo e estado: da leitura marxista do direito. In: *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas* / Celso Naoto Kashiura Junior; Oswaldo Akamine Junior; Tarso de Melo (Organizadores). São Paulo: Outras Expressões, 2015.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Vol. 1. Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

OBSERVATÓRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO. *Como se distribuem as relatorias na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC)?* Rio de Janeiro, 22 de nov de 2019. Disponível em: <https://olb.org.br/>

como-se-distribuem-as-relatorias-na-comissao-de-constituicao-e-justica-e-de-cidadania-ccjc/. Acesso em: 23 de out de 2021.

POLITIZE. *O que são blocos e bancadas parlamentares?* Disponível em: <https://www.politize.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Blocos-e-bancadas-parlamentares.pdf>. Acesso em: 23 de out de 2021.

PSC. *Valores do Partido Social Cristão*. Brasília, sem data. Disponível em: <https://psc.org.br/missao-valores/>. Acesso em: 25 de fev de 2022.

SADER, Emir. *Estado e Política em Marx*. 1 ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. *Cadernos de Direito*/ Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 78-97, dez 2003. DOI <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p78-97>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

UMA PONTE PARA O FUTURO. Fundação Ulisses Guimarães/ PMDB. Brasília, 29 de out de 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 23 de out de 2021.

VALENÇA, DANIEL ARAÚJO; MAIA JÚNIOR, RONALDO MOREIRA; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, p. 365-378, 2019.

VENTURELI, Gustavo. *Expertise como critério para a composição da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (2011-2016)*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. 106 p. 2017.

**V. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE
GRUPOS MINORITÁRIOS**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Violencia de género y trabajo:
desafíos para la independencia
económica necesaria para romper
el vínculo con el agresor

Gender violence and job:
challenges to the economic
independence necessary to break
the bond with the aggressor

Bárbara Sordi Stock

Edita Del Pilar Astete Ramos

Gerardo Antonio Márquez Rondón

Camila Ignacia Espinoza Almonacid

Violencia de género y trabajo: desafíos para la independencia económica necesaria para romper el vínculo con el agresor*

Gender violence and job: challenges to the economic independence necessary to break the bond with the aggressor

Bárbara Sordi Stock**

Edita Del Pilar Astete Ramos***

Gerardo Antonio Márquez Rondón****

Camila Ignacia Espinoza Almonacid*****

* Artículo convidado

El proyecto Red Incorpora Mujer fue ejecutado por un equipo multidisciplinar de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la UCTemuco, con auspicio del Programa Innova FOSIS del Ministerio de Desarrollo Social y Familia - Gobierno de Chile (Código 109-681103.00432-19). Nuestros más sinceros agradecimientos a la UCTemuco, Innova FOSIS, los y las profesionales participantes de los grupos focales y, en particular, a las 45 mujeres que integraron el proyecto.

** Máster en Ciencias Criminales en PUCRS/Brasil (becaria CAPES) y Doctora en Derecho con Mención Internacional por la Universidad de Sevilla/España - University of Manchester/UK (becaria MAEC-AECID). Ha desarrollado estancia de investigación postdoctoral en la Universidad Complutense de Madrid/España y en el Instituto Andaluz de Criminología - Universidad de Sevilla/España. Actualmente trabaja como profesora de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Sevilla y colabora con el Programa EUROSociAL (Programa de la UE para la cohesión social en América Latina) y con la COMJIB (Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos) como experta externa internacional.

E-mail: bsordi@us.es

*** Licenciada en Psicología (Universidad Católica de Temuco: Temuco, La Araucanía, CL). Diplomado Inicial em Liderazgo Territorial (Universidad Católica de Temuco: Temuco, La Araucanía, CL).

E-mail: Pilar.astete.r@gmail.com

**** Licenciado en Contaduría Pública de profesión, egresado de la Universidad Centroccidental "Lisandro Alvarado" (UCLA), en Barquisimeto, Venezuela; Máster en Administración de Empresas (MBA) del Instituto de Estudios Superiores en Administración (IESA) en Caracas, Venezuela; Doctor en Nuevas Tendencias en Administración de Organizaciones por la Universidad Complutense de Madrid, España. Videcano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco.

E-mail: gmarquez@uct.cl

***** Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Temuco. Abogada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Diplomada en Derecho Administrativo por la Universidad Católica de Temuco. Actualmente postulante a Doctora del Programa de Doctorado en Derecho mención Constitucionalismo y Derecho de la Universidad Austral de Chile.

E-mail: abogada.camilaespinoza@gmail.com

Resumen

En este artículo se analizan los resultados de la segunda etapa de un proyecto de innovación social cuyo objetivo fue favorecer la empleabilidad de mujeres víctimas de violencia de género egresadas de los programas del SernamEG de la Región de la Araucanía, Chile. Por medio de entrevista semiestructurada se identificó el perfil de 45 mujeres y se les ofreció un conjunto de herramientas orientadas a favorecer su (re)incorporación sociolaboral. Los resultados comprueban que las cargas familiares, la ausencia de redes de apoyo, la baja cualificación profesional, la residencia en zonas rurales y la dificultad de conectividad son factores que dificultan o directamente impiden su autonomía e independencia económica. Pese a estos desafíos, el proyecto concluyó exitosamente con la titulación de 20 beneficiarias en los cursos de formación profesional, contratación de una de ellas por una empresa local y apoyo a 30 microemprendimientos. Como investigación futura es recomendable el desarrollo de estrategias de seguimiento y evaluación de los 30 emprendimientos iniciados por las beneficiarias.

Palabras-clave: violencia de género; (re)incorporación laboral; trabajo; SernamEG; mujer.

Abstract

This article analyzes the results of the second stage of a social innovation project whose objective was to promote the employability of women victims of gender violence who finished some SernamEG programs in the Araucanía Region, Chile. The profile of 45 women was identified with a semi-structured interview and they were offered tools aimed at favoring their social and labor (re)incorporation. The results confirm that family responsibilities, the absence of support networks, low professional qualifications, residence in rural areas and connectivity difficulties are factors that seriously hinder or directly impede their autonomy and economic independence. Des-

pite these challenges, the project concluded successfully with 20 beneficiaries graduating from vocational training courses, hiring one of them by a local company, and supporting 30 microenterprises. As future research, the development of monitoring and evaluation strategies for the 30 ventures initiated by the beneficiaries is recommended.

Keywords: gender violence; labor (re)incorporation; worked; SernamEG; women.

1 Introducción

En los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia por parte del compañero o excompañero íntimo es habitual escuchar expresiones del tipo *no me siento capaz de trabajar fuera del hogar, no puedo divorciarme, pues no tengo trabajo, solo necesito de un empleo, tengo trabajo, pero no logro concentrarme o tengo trabajo, pero mi compañero controla mis finanzas*¹. El estar inmersa en una situación de violencia impide que las mujeres gocen de sus derechos y libertades fundamentales, incluido el derecho al trabajo decente².

Conscientes de esta realidad, los Centros de la Mujer de la Región de la Araucanía pusieron en marcha una actividad de seguimiento de las víctimas que realizaron alguno de los programas del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género³ - Araucanía (en adelante SernamEG). Esta iniciativa que permitió visibilizar las dificultades para (re)incorporarse al mercado laboral que seguían sufriendo un nutrido grupo de mujeres.

Ahora bien, no se trata de lograr un “empleo cualquiera”. Los trabajos con salarios precarios y baja cualificación profesional ofrecen un limitado potencial de crecimiento y autosuficiencia. Al no contar con una independencia económica a largo plazo, es habitual que las víctimas de violencia de género se encuentran en un ciclo interminable de trabajos precarios y de dependencia de la asistencia pública para sobrevivir⁴.

El Proyecto Red Incorpora Mujer se constituyó en potente iniciativa con vistas a romper este ciclo. El objetivo principal fue promover la empleabilidad de 45 mujeres víctimas de violencia de género egresadas de los programas del SernamEG – Araucanía por medio de la creación de una red que articulara al empresario local, las municipalidades de Temuco, Padre Las Casas y Freire y la Universidad Católica de Temuco. Nótese, que, en estos momentos, La Araucanía fue reconocida como la región más pobre de Chile⁵, siendo el ingreso medio de las mujeres ocupadas de la región inferior en un 12% al de los hombres⁶.

El proyecto se desarrolló en tres etapas: *Etapas 1) Formación Empresarial e Integración Vocacional*, con foco en las empresas de la región esta etapa buscó caracterizar a un grupo de ellas e implementar estrategias de sensibilización con vistas a la prevención de la violencia de género; *Etapas 2) Prevención temprana y empoderamiento*, dirigida a las mujeres víctimas, se diseñó el perfil de las beneficiarias del proyecto y se les ofreció herramien-

¹ SORDI-STOCK, Bárbara. La labor de las comisarías de familia en los supuestos de violencia psicológica, económica y patrimonial, 2021. Disponible en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2022/01/HERRAMIENDA_85-La-labor-de-las-comisarias-de-familia.pdf. ISBN: 978-84-09-35427-6. Acceso en: 19 ene. 2024.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO- OIT. Programa Nacional de Trabajo Decente de Chile, 2008. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/santiago/pa/%C3%ADses/chile/WCMS_178019/lang-es/index.htm. Acceso en: 19 ene. 2024.

³ SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER Y EQUIDAD DE GÉNERO - SERNAMEG. Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, s.f. Disponible en: <https://www.sernameg.gob.cl/> Acceso en: 19 ene. 2024.

⁴ LÓPEZ, Ocnor Córdova. La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar. Revista del Instituto de la Familia, v. 6, n. 1, p. 39-58. 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.33539/perya.2017.n6.468> Acceso en: 19 ene.

⁵ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Casen 2020 - Medición de Pobreza por Ingresos. Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2021. Disponible en: <https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/encuesta-casen-en-pandemia-2020> Acceso en: 19 ene. 2024.

⁶ UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA. Brecha salarial de género nacional y en La Araucanía, 2021. Disponible en: <http://oes.ufro.cl/index.php/oes-ufro/estadisticas/sociales/2021/send/38-2021/418-brecha-genero> Acceso en: 19 ene. 2024.

tas a fin de favorecer su incorporación sociolaboral; *Etapa 3) Observatorio para la complementariedad intersectorial*, enfocada en la política pública existente, buscó la sistematización y el análisis de los distintos esfuerzos que se canalizaban a través de los municipios para la (re)inserción laboral de las mujeres.⁷

En el presente artículo se analizan los hallazgos de la segunda etapa del proyecto centrada en las mujeres víctimas. Se entendió por víctimas de violencia de género las mujeres que habían sufrido violencia física, sexual, psicológica, económica y/o patrimonial por parte de su cónyuge, conviviente civil o pareja de hecho⁸.

2 Método y resultados

2.1 ¿Quiénes son las beneficiarias de red incorpora mujer y que desafíos encuentran para su (re)inserción laboral?

Para la selección de las 45 beneficiarias se realizó una reunión de trabajo con las autoridades vinculadas a las políticas públicas de enfrentamiento a la violencia de género e inserción laboral de las tres comunas participantes del proyecto: Temuco, Padre Las Casas y Freire. En la oportunidad se establecieron acuerdos sobre los criterios de inclusión de candidatas: participación en algún programa de violencia de género en las municipalidades, Casa de la Mujer, Centro de la Mujer, Asuntos de la mujer u otro, e inscripción en el Registro Social de Hogares⁹ (en adelante RSH). Además, se definió la modalidad de entrevista a realizarse y calendario de trabajo.

Esta labor permitió la elaboración de una ficha tipo con los antecedentes básicos de las beneficiarias, como experiencias laborales previas y participación en distintos programas sociales. Además, sirvió de punto de partida para el diseño de una entrevista semiestructurada a ser utilizada en la selección final. El diseño de entrevista fue presentado, ampliamente discutido y posteriormente validado con las municipalidades. Se optó por dicha modalidad de entrevista porque permitía un grado de mayor flexibilidad a la psicóloga entrevistadora, aclarar términos, identificar ambigüedades y reducir formalismos¹⁰. Las entrevistadas tendrían la oportunidad de expresarse libremente, se reducirían los posibles riesgos de revictimización y no se crearían falsas expectativas.

Tras la confirmación del RSH por parte de FOSIS Regional, las beneficiarias fueron contactadas por la psicóloga, con apoyo desde los Centros de la Mujer, a fin de participar de las entrevistas. Nótese que el contacto de las beneficiarias con la entrevistadora ocurrió tras el desarrollo de un previo y largo proceso de trabajo de recopilación de datos con las municipalidades. Esta labor no fue de menor importancia, pues tomó en cuenta la responsabilidad añadida que debe existir cuando se trabaja con víctimas de violencia de género. En el caso, se consideró: a) La cercanía y la confianza de las víctimas con las municipalidades, toda vez que habían sido atendidas previamente por los servicios gubernamentales; b) El importante aporte que podrían realizar los actores regionales para evitar la revictimización; c) La posibilidad de realizar un diag-

⁷ Véase INNOVA FOSIS; UCTEMUCO. Corto-documental Red Incorpora Mujer, 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=B2rtDzMWQ1Q&t=2s> Acceso en: 19 ene 2024.

⁸ ONU. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General, 6 Julio 2006, A/61/122/Add.1, 2006. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/484e7a992.html> Acceso en: 19 ene 2024.

⁹ Base de datos que refleja la realidad socioeconómica de los hogares en Chile y que permite acceder a los beneficios del Estado. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. El Registro Social de Hogares – RSH, s.f.. Disponible en: <https://registrosocial.gob.cl/> Acceso en: 19 ene. 2024.

¹⁰ DÍAZ-BRAVO, Laura; TORRUCO-GARCÍA, Uri; MARTÍNEZ-HERNÁNDEZ, Mildred; VARELA-RUIZ, Margarita. La entrevista, recurso flexible y dinámico. Investigación en Educación Médica, v.2, n.7, p. 162-167. 2013. Disponible en: DOI:10.1016/S2007-5057(13)72706-6 Acceso en: 19 ene 2024.

nóstico previo de quienes podrían posteriormente ser excluidas en el chequeo con el RSH toda vez que el proyecto contemplaba solo las procedentes de hogares de mayor vulnerabilidad.

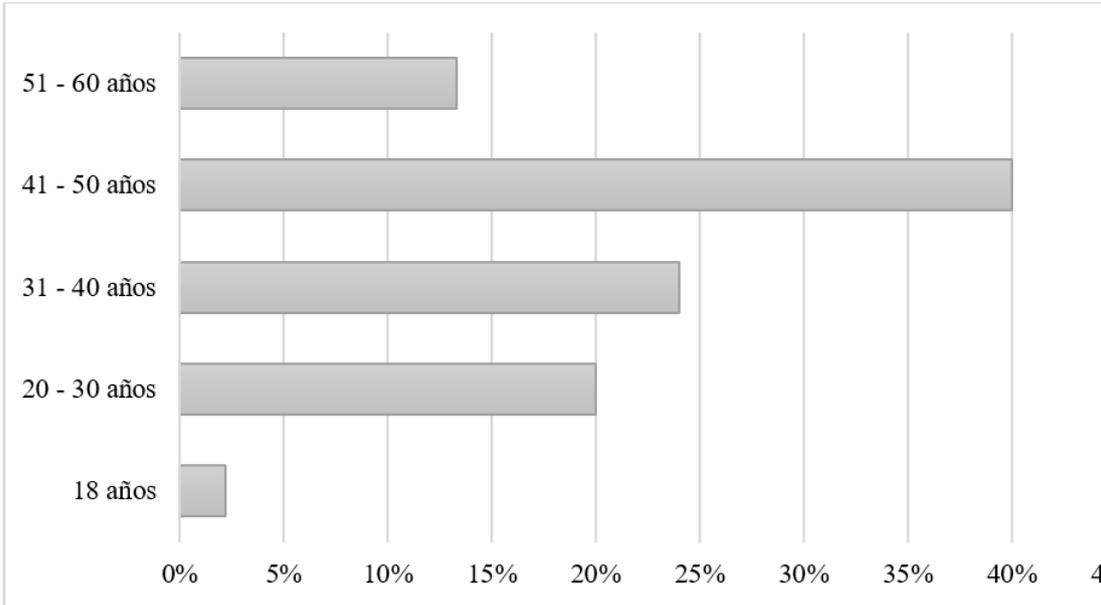
La muestra inicialmente prevista era de 45 beneficiarias, siendo 15 por cada comuna participante. Se consideró una convocatoria de 62 mujeres, de las cuales 54 fueron entrevistadas (87%) y seleccionadas 48 mujeres (el 77% del total de convocadas). Cabe destacar que: a) La diferencia entre el número de convocadas y de entrevistadas se debió a que algunas no se presentaron en los días y horas estipulados, pese a la reprogramación de cita para facilitar la asistencia; b) La diferencia entre el número de entrevistadas y de seleccionadas se debió a la falta de interés de las propias mujeres en integrar el proyecto; c) Para evitar la exclusión– y posible revictimización– de tres beneficiarias se acordó que el proyecto contemplaría a todas las seleccionadas. Pese a esta iniciativa, posteriormente tres mujeres desistieron bajo argumento de que deseaban retomar los estudios.

Finalmente se terminó el proceso con quienes acudieron de forma voluntaria a las entrevistas y expresamente manifestaron interés en el proyecto, llegándose a 45 beneficiarias. Entre las complejidades del proceso de selección subrayamos el lidiar con sus expectativas para tener puestos de trabajos estables y/o oficios de emprendimientos que le permitiesen tener autonomía económica.

De acuerdo con los datos recabados, se diseñó un perfil de las beneficiarias de Red Incorpora Mujer. Las participantes se encontraban entre los 18 y 60 años. Llama la atención que el 46% de ellas tenía menos de 40 años, es decir, eran mujeres jóvenes.

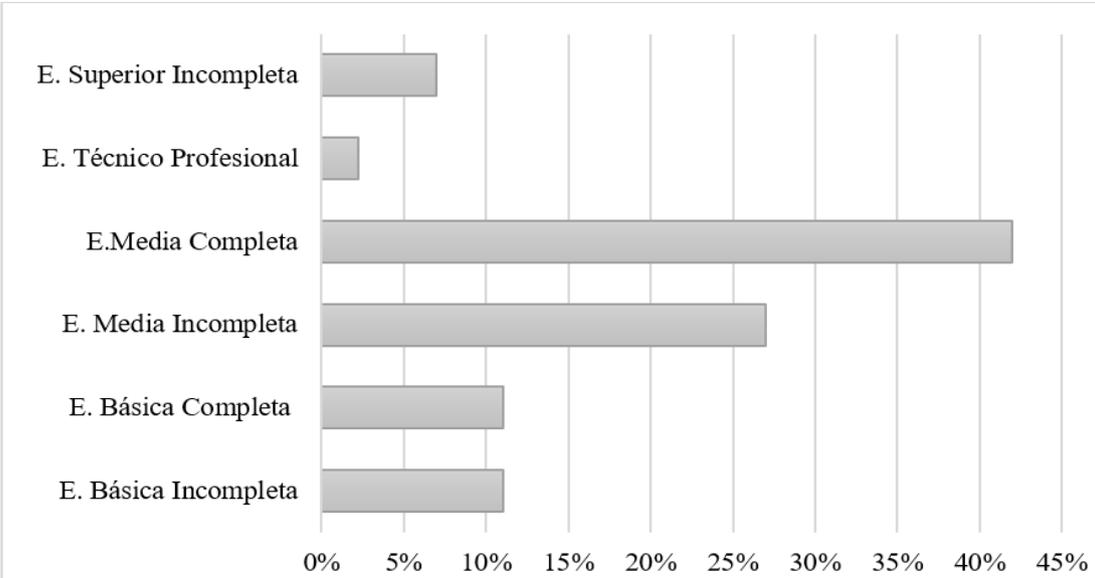
Respecto al nivel educacional, resalta que el 42% había completado la enseñanza media. Si consideramos al grupo de mujeres con estudios superiores (7%), aunque incompletos, y con estudios técnicos superiores completados (2%), se revela un dato importante: el 51% contaba con un nivel estudios bastante razonable.

Gráfico 1. Edad



Fuente: elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Gráfico 2. Nivel educacional

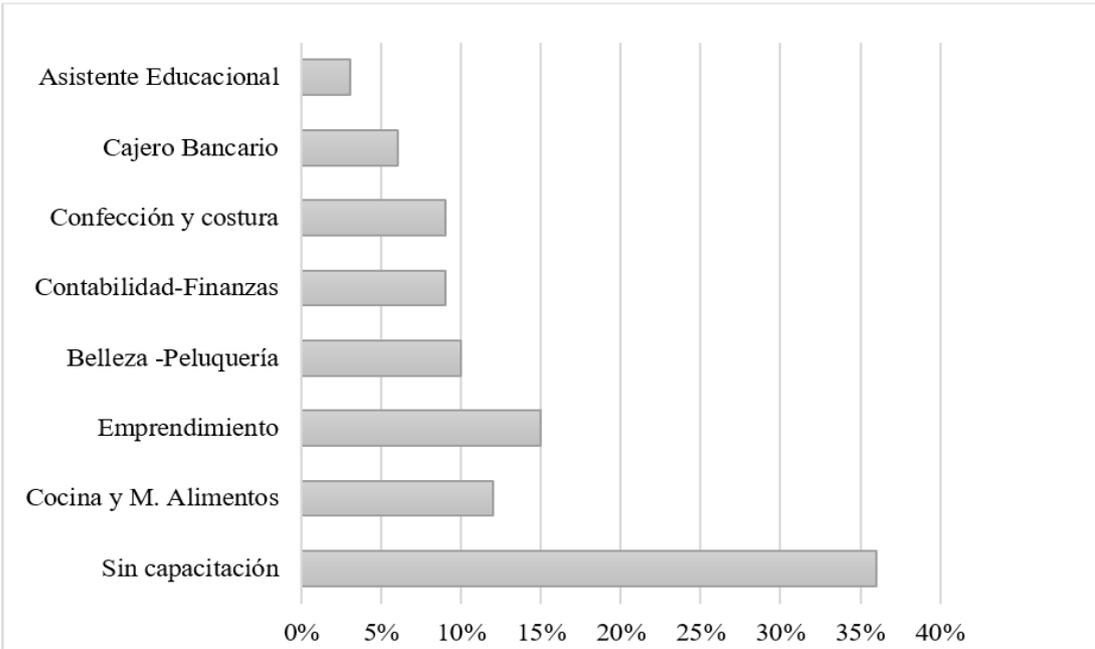


Fuente: elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

En relación con las capacitaciones previas, el 36% no participó de capacitaciones anteriores. Las demás habían realizado uno o más cursos de capacitación dictados bajo el patrocinio de alguna institucionalidad pública. Las principales habilidades y competencias desarrolladas se vinculaban al área de emprendimiento (15%) y cocina/ manipulación de alimentos (12%).

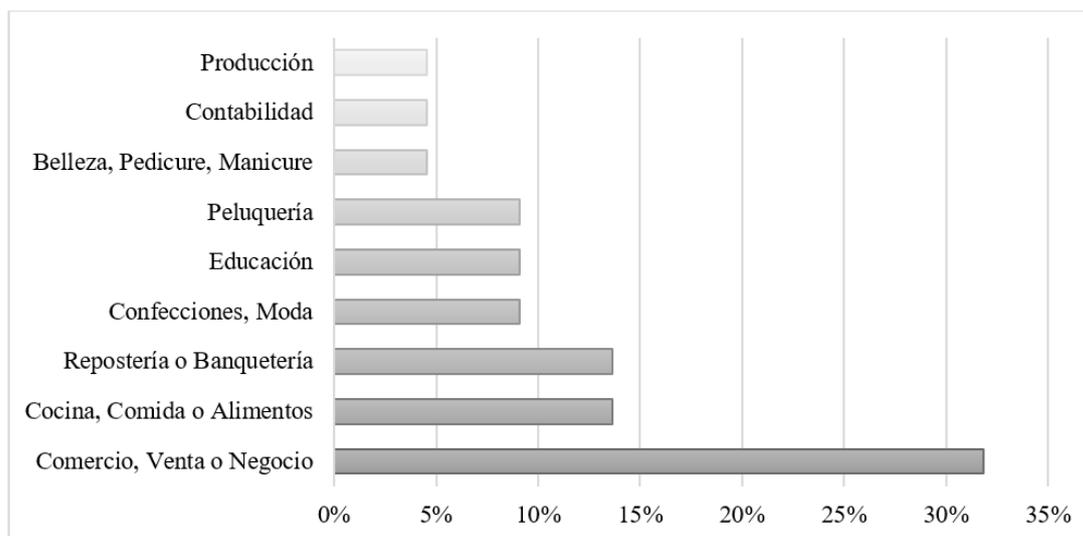
Por consiguiente, no sorprende que respecto a la orientación vocacional las beneficiarias se inclinaban mayoritariamente por actividades asociadas al comercio (32%) seguido de las actividades de cocina/ manipulación de alimentos (14%), repostería y banquetería (14%). En un tercer plano destacaron moda y/o confecciones, actividades educacionales y peluquería. Para un número menor de beneficiarias, la inclinación era hacia las actividades relacionadas con la belleza, trabajos contables y producción manufacturera.

Gráfico 3. Áreas temáticas de las capacitaciones realizadas



Fuente: elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Gráfico 4. Orientación vocacional



Fuente: elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Las beneficiarias, en su gran mayoría, habían tenido experiencias laborales previas en distintas actividades. A saber: asesoras del hogar, administrativa, secretaria, ventas (en tiendas, comida, hortalizas, ropa, artesanías), asistente de la educación, confección y costura, guardia de seguridad, cuidado de adulto mayor, masoterapia, belleza, peluquería, temporera de la fruta, manipulación de alimentos, aseos en oficina.

Aún en las entrevistas fue posible visibilizar una serie de características adicionales de las participantes en el proyecto. Como aspectos positivos, subrayamos los siguientes:

- **Resiliencia:** esta característica se dedujo de los diálogos generados en las entrevistas con preguntas abiertas en las cuales manifestaron las situaciones críticas de violencia de género y de pobreza por las cuales habían pasado. No pocas tuvieron que trasladarse de ciudad o comuna para “empezar de cero”, sin bienes materiales, casa, etc. Sin embargo, hicieron todos sus esfuerzos para continuar y ofrecer mejor calidad de vida a su familia.
- **Capacidad de adaptación:** en sus relatos refirieron los innumerables cambios que sufrieron los últimos años, como sus rutinas, sus espacios físicos, aprendiendo nuevos oficios y trabajos para tener mejores expectativas de futuro.
- **Responsabilidad:** durante las entrevistas manifestaron que fueron responsables en sus trabajos anteriores y que contaban con muy buenas referencias.
- **Experiencia:** manifestaron que habían tenido experiencias laborales previas en distintas actividades.
- **Aspiraciones:** relataron proyectos a mediano y a largo plazo, como comprar una vivienda, mejorar la calidad de vida, ofrecer educación superior para hijos y/o hijas, entre otros.

Al propio tiempo, fue posible observar ciertos desafíos, como, por ejemplo:

- **Escasa red de apoyo:** dificultades para compatibilizar los horarios de cuidado con el trabajo, estudio y/o cursos, ya que un porcentaje de ella tenía hijos/as menores de 12 años y no contaban con redes de apoyo ni recursos para financiar cuidadoras o cuidadores. Al propio tiempo, la mayoría afirmó sentirse sola, con poco desarrollo de redes sociales, sin familia

extensa para apoyarse. El apoyo estaba vinculado a los Centros de Apoyo de la Mujer por la cobertura brindada al formalizar la denuncia por violencia de género, mereciendo resaltar el rol fundamental de las y los profesionales que ahí trabajaban.

- **Carga familiar:** algunas continuaban con procesos judiciales en temas de pensión alimenticia y no contaban con apoyo económico de la expareja para el cuidado de los/as hijos/as. Además, manifestaron preocupación en relación con los horarios del nuevo trabajo, pues necesitan de tiempo para dedicarse a la casa y a los/as hijos/as. Afirmaron que no siempre funcionaban las instituciones educativas (sala cuna, jardín infantil y colegio) en los tiempos necesarios para desempeñar una actividad laboral, así como las problemáticas de salud en periodos críticos de invierno y los traslados al local de trabajo podrían ser una dificultad añadida. Por último, es destacable el fuerte apego que mantienen con los/as hijos/as y la clara conciencia de haber sido víctimas de violencia de género.
- **Vínculo con la pareja:** en algunos casos mantenían lazos con sus parejas violentas, ya que la precariedad económica les impedía tomar decisiones de autonomía permanente.
- **Vulnerabilidad:** algunas se sentían vulnerables en aspectos de seguridad, toda vez que se dieron varios intentos de contacto por parte de la expareja.
- **Incertidumbre laboral:** no pocas relataron incertidumbre sobre su futuro económico y situación laboral.
- **Violencia transgeneracional:** las entrevistadas sacaron a la luz la naturalización de la violencia como un estilo de relación legítimo dentro de su sistema familiar de origen. Desde la perspectiva transgeneracional, relataron el núcleo familiar de origen como un espacio con situaciones abusivas que favoreció la naturalización de las creencias y patrones con respecto a la violencia, con particular destaque para aquellas que residían en el campo y que contaban con ínfimos ingresos económicos.

Tabla 1. Características adicionales

Aspectos positivos	Desafíos
Resiliencia	Poca red de apoyo
Capacidad de adaptación	Carga familiar
Responsabilidad	Vínculo con la pareja
Experiencia	Vulnerabilidad
Aspiraciones	Incertidumbre laboral
-	Violencia transgeneracional

Fuente: elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Cuando se diseñó el proyecto, el foco estaba puesto en la empleabilidad como trabajadoras dependientes. No obstante, a lo largo de la selección un grupo importante de mujeres se mostró interesada en trabajos independientes. Concretamente, el 53% manifestaron abiertamente preferir y necesitar una actividad como trabajadoras independientes; 47% de las beneficiarias manifestaron preferir un trabajo fijo mensual. Entre las razones para esta diferenciación destacaron el contar con redes de apoyo, tener condiciones para poder cumplir un horario fijo y la edad de sus hijos o hijas.

Esta realidad posibilitó caracterizar de forma específica a las mujeres que manifestaron vocación independiente. Concretamente, se realizó el taller titulado *Vocación y desarrollo laboral independientes*, en el cual fue

posible recabar datos específicos sobre el nivel de competencias técnicas que poseían en las actividades que pretendían desarrollar, el nivel de expectativas económicas asociadas al trabajo independiente y explorar eventuales capacidades para configurar su emprendimiento de forma asociativa. Todas las beneficiarias con perfil independiente fueron invitadas a participar, acudiendo un total de 16 mujeres.

Entre los resultados, es destacable que la mayoría de las mujeres demostraron competencias técnicas básicas para el desarrollo de actividades productivas de su interés. Sin embargo, requerían de capacitación en gestión de negocios, comercialización y formulación de proyectos, lo cual les permitiría formalizar y potenciar sus actividades productivas, destacando las residentes en entornos rurales. Prueba de lo afirmado es que tan solo el 30% de las beneficiarias de Freire habían participado de algún tipo de capacitación formal mientras que en las comunas de Temuco y Padre Las Casas el 70% de las mujeres habían participado en algún curso. Las expectativas de emprendimiento se orientaban mayoritariamente a actividades productivas asociadas a la comida y en segundo lugar peluquería y belleza. Al ser consultadas respecto de la capacidad de financiamiento, la principal sería el Gobierno por medio de programas como FOSIS, SERCOTEC y CONADI.

Este diagnóstico dio un giro con la emergencia sanitaria Covid-19. Concretamente, se incrementaron las dificultades de inserción laboral en las empresas de la región, contratiempo que exigió una reorganización del proyecto para ofrecer alternativas viables en labores independientes.

Lo cierto es que a partir del perfil recabado en las entrevistas y taller, se diseñaron los cursos de capacitación adaptados a las necesidades de las mujeres y se implementaron estrategias realistas que favoreciesen su incorporación laboral. Veamos.

2.2 Capacitaciones hechas a medida

A las beneficiarias se les ofrecieron dos cursos de 20 horas/aula cada uno. Los contenidos de cada curso fueron diseñados por el equipo investigador tomando en cuenta el previo estudio del perfil y la impartición quedó a cargo de la psicóloga y de la coordinadora de (re)inserción laboral vinculadas al proyecto.

El primer curso, titulado *Curso Habilidades, Competencias y Aptitudes Personales*, buscó nivelar las competencias, habilidades y aptitudes que pudiesen influir en su (re)inserción laboral. Se trabajaron cuestiones como el reconocimiento de los límites y emociones que les permitiesen enfrentar el proceso de (re)inserción laboral, elaborar un currículo vitae, estrategias de comunicación verbal y no verbal que les permitiesen desarrollarse en lo social e interpersonal, adquisición de estrategias de autocuidado desde la valoración de sí misma, entre otras.

El segundo curso, titulado *Curso Gestión de Negocios para Emprendedoras*, tuvo por objetivo trabajar conocimientos básicos en gestión de negocios y, por ello, se abordaron funciones básicas de la administración y gestión de pequeñas empresas, conocimientos básicos sobre marketing estratégico y operacional, entre otros.

Un logro importante fue asociar ambos cursos de capacitación a la Dirección de Educación Continua de la Universidad con el fin de que las beneficiarias recibiesen un certificado oficial de una Institución de Enseñanza Superior. Esta iniciativa fue considerada de extrema relevancia, dado que para muchas mujeres era su primer contacto con una Universidad. Nótese que las clases estaban pensadas para ejecutarse presencialmente en la Universidad, pero con el avance del Covid-19 se priorizó a la modalidad online para impartición vía plataforma virtual. Este cambio supuso un desafío adicional a las mujeres debido a las dificultades de conectividad de muchas de ellas.

En este sentido, con el propósito de brindarles apoyo integral, se adoptaron las siguientes iniciativas: a) Pago de la cuenta telefónica en los meses que se ejecutarían los cursos para que contasen con conectividad

suficiente; b) Creación de tres grupos de WhatsApp (uno por Comuna) a fin de establecer contacto directo entre las docentes y las beneficiarias; c) Adaptación de los horarios de inicio y fin de los cursos según la disponibilidad de las beneficiarias, pues tendrían que compatibilizar la asistencia a las clases con el cuidado de los hijos/as u otras responsabilidades familiares (por ejemplo, preparación del desayuno y almuerzo); d) Elaboración, impresión y entrega en sus residencias de un cuadernillo didáctico con todos los contenidos que serían discutidos en las clases; e) Finalizados ambos cursos se realizó una ceremonia virtual de titulación.

El curso con mayor adhesión fue el primero, concluido por 20 mujeres de las 45 inscritas (44%). Un total de 16 beneficiarias concluyeron el segundo curso, siendo que todas ellas habían participado del primero (35%). Por lo tanto, cuatro beneficiarias que habían participado en el primer curso desistieron del siguiente, siendo la causa la dificultad de conectividad por encontrarse en sectores rurales en que las redes de internet tienen bajo alcance y no llegaban de forma continua y expedita. La facilidad de conectividad también explicó la mayor participación de las beneficiarias residentes en Temuco en ambas actividades.

Tabla 2. Participación en los cursos

	Curso 1: Habilidades, competencias y aptitudes personales	Curso 2: Gestión de negocios para emprendedoras
Temuco	9	7
Padre Las Casas	5	4
Freire	6	5
Total certificaciones otorgadas por la UCTemuco	20	16

Fuente: Elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Como resultados globales de los cursos se destacan: a) El 44% de las beneficiarias de Red Incorpora Mujer lograron alguna certificación oficial de educación continua por parte de la UCTemuco; b) La confianza, mejora de la autoestima, desarrollo de habilidades, competencias y aptitudes personales generadas a partir de la ejecución del primer curso fueron determinantes para el éxito del segundo curso; c) Posibilidad de que las beneficiarias orientasen de forma permanente en el tiempo los planes de negocio financiados por Red Incorpora Mujer, considerando sus capacidades técnicas y de infraestructura; d) La conectividad fue una potente herramienta para formarse, comprender las distintas formas de apoyo institucional existentes para las víctimas de violencia de género, asociarse laboralmente, fortalecer los lazos sociales y percibir que otras mujeres habían pasado por situaciones similares; e) La asistencia a las clases *on-line* fue una situación nueva para muchas de ellas, proporcionándoles competencias de manejo de las redes digitales, como Instagram, WhatsApp, entre otras. De hecho, la fluidez en los grupos de WhatsApp se mantuvo activa pese a la finalización de los cursos.

2.3 Estrategias de inserción laboral

Con el avance del Covid-19, las empresas comunicaron la imposibilidad de contratar a las beneficiarias de Red Incorpora Mujer con perfil dependiente. Como alternativa, se reorientó el proyecto al ofrecimiento de apoyo para la apertura o continuidad de eventuales microemprendimientos.

Las 20 beneficiarias que concluyeron con éxito los cursos de capacitación recibieron un subsidio para la compra de insumos básicos para el desarrollo de su microemprendimiento. Adicionalmente, se barajó la posibilidad de apoyar a un grupo de beneficiarias que manifestaron interés en iniciar un negocio, pero no habían concluido los cursos por razones de fuerza mayor, como dificultad de conectividad. Concretamente, hablamos de 10 mujeres en esta situación.

Por consiguiente, se acordó con el Programa Innova FOSIS Regional que el apoyo a las beneficiarias estaría acompañado de tres meses de asesoría económico-financiera brindada por el equipo investigador. En este proceso se les apoyó en la elaboración de un CANVAS¹¹ en la cotización de los bienes a comprar para iniciar su microemprendimiento, en la propuesta de valor y segmentos de clientes, relación de posibles clientes, estructura de ingresos y estructura de costos, entre otras cuestiones. El proceso fue altamente desafiante, pues una buena parte de ellas deseaban un trabajo por cuenta ajena y debido a la emergencia sanitaria tuvieron que reorientarse para labores de perfil independiente.

Una vez conocidos y aprobados los proyectos de negocio por el equipo investigador, se procedió a su aprobación por el Programa Innova FOSIS Regional. En total, se apoyaron 30 microemprendimientos en distintas áreas, como repostería, costura, fabricación de muebles entre otras. En lo relativo a la posible vinculación como trabajadora dependiente, una de las beneficiarias finalmente fue contratada para trabajar en la fabricación de sábanas en una destacada empresa con sede en la región.

Tabla 3. Empleabilidad

	Mujeres (re)insertadas laboralmente al término del proyecto
Contratación formal	1
Apoyo a negocio	30

Fuente: Elaboración propia en base a datos recopilados en Proyecto Red Incorpora Mujer

Por lo tanto, como resultado global del proyecto Red Incorpora Mujer el 66% de las beneficiarias logran apoyo para su (re)inserción laboral.

3 Discusión

Según los datos del Gobierno de Chile el 41% de mujeres señalaron haber sufrido algún tipo de violencia dentro del hogar antes o durante los últimos doce meses. En el 70% de los casos el agresor fue la pareja o expareja. Además, se reveló que el 55% de las mujeres tenían dependencia económica mediana o alta, siendo que las mujeres que presentaron mayor independencia económica fueron menos víctimas.¹²

¹¹ OSTERWALDER, Alexander; PIGNEUR, Yves. Generación de modelos de negocio. Barcelona: Deusto, 2011.

¹² CENTRO DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS DEL DELITO - CEAD. IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios, 2020. Gobierno de Chile. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/centro-de-documentacion/> Acceso en: 19 ene. 2024.

El hecho de que una mujer trabaje no impide que sea víctima de violencia de género por parte del compañero o excompañero íntimo¹³. No obstante, está demostrado que su acceso al trabajo favorece la ruptura de una relación violenta¹⁴ al contribuir al fortalecimiento de su independencia económica, social y personal¹⁵.

Los hallazgos de Red Incorpora Mujer revelaron que el desarrollo de un trabajo decente¹⁶ es un desafío para muchas mujeres que sufrieron violencia y residen en la región de la Araucanía. Se evidenció que las cargas familiares, la ausencia de redes de apoyo, la baja calificación profesional, el vivir en zonas rurales y la dificultad de conectividad son factores que dificultan – y a veces impiden – que ellas logren su independencia. Es más, los desafíos para su (re)inserción laboral se acentuaron con el Covid-19¹⁷: ellas asumieron más tareas de cuidados¹⁸ y casi la totalidad de las empresas participantes del proyecto declararon la imposibilidad de contratarlas con fundamento en la crítica situación económica de estos momentos¹⁹. De hecho, los 30 microemprendimientos fueron un logro diametralmente distinto de lo esperado cuando se formuló el proyecto, inicialmente diseñado para favorecer la empleabilidad de mujeres en las empresas de la Araucanía. Solo una empresa mantuvo su compromiso y contrató formalmente a una beneficiaria para trabajar en la fabricación de ropa de cama para el hogar.

Quisiéramos enfatizar que la recuperación de las víctimas de violencia de género es un proceso lento y gradual²⁰ y del cual la (re)inserción laboral forma parte²¹. Parece caer en el olvido que las empresas no son ajenas a este proceso y que juegan un rol fundamental en la promoción y protección de los derechos de las mujeres²². Es más, las capacidades y habilidades de las participantes de Red Incorpora Mujer, como

¹³ SORDI-STOCK, Bárbara. Victimología y violencia de género: diálogos a favor de un abordaje no reduccionista de la violencia. *Revista de Victimología*, v.1, p.151-176. 2015. Disponible en: DOI 10.12827/RVJV.1.06 | P. 151-176. Acceso en: 19 ene. 2024.

¹⁴ COMBARRO, Ainara Canto; VILLARÍAS, Iratxe Mier; MUÑOZ, Clara Isabel Natividad; MARROQUÍ, Raquel Pasadas; PÉREZ, Zuriñe Romeo. Mujeres víctimas de violencia de género: vivencias y demandas. *Revista de Servicios Sociales*, v.56, p.87-99. 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5569/1134-7147.56.06> Acceso en: 19 ene.2024.

¹⁵ OLATE, Camila; MAFFEI, Teresa; HERNANDO, Andrés. Estudio Relación entre Empleo y Violencia Intrafamiliar, 2011. Disponible en: <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/relac.empleoviolenc.genero.pdf> . Acceso en: 19 ene. 2024.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO- OIT. Programa Nacional de Trabajo Decente de Chile, 2008. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/santiago/pa%C3%ADses/chile/WCMS_178019/lang-es/index.htm. Acceso en: 19 ene. 2024.

¹⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. Measuring the Impact of COVID-19 with a view of reactivation. Special Report COVID-19 n°2, 2020. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.cepal.org/en/publications/45477-measuring-impact-covid-19-view-reactivation> Acceso en: 19 ene 2024.; WENHAM, Clare; SMITH, Julia; MORGAN, Rosemary. Covid-19: the gendered impacts of the outbreak. *The Lancet*, v. 395, n.10227, p. 846-848. 2020. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30526-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30526-2) . Acceso en: 19 ene. 2024.

¹⁸ ALON, Titan; DOEPKE, Matthias; OLMSTEAD-RUMSEY, Jane; TERTILT, Michèle. The Impact of COVID-19 on gender equality, 2020. National Bureau of Economic Research. Working Paper 26947. Disponible en: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w26947/w26947.pdf Acceso en: 19 ene. 2024.; BHATIA, Anita. Las mujeres y el COVID-19: Cinco acciones que los gobiernos pueden adoptar sin demoras, 2020. ONU Mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/3/news-women-and-covid-19-governments-actions-by-ded-bhatia> Acceso en: 19 ene.2024.

¹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Género y empleo: impacto de la crisis económica por COVID-19, Boletín estadístico 8 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.ine.cl/docs/default-source/genero/documentos-de-an%C3%A1lisis/documentos/g%C3%A9nero-y-empleo-impacto-de-la-crisis-econ%C3%B3mica-por-covid19.pdf>. Acceso en: 19 ene. 2024; ONU MUJERES. Impacto de la crisis COVID-19 en trabajadoras remuneradas de Chile: Diagnóstico y recomendaciones, 2020. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/2020/05/chile-Impacto-Laboral-y-Genero-COVID19-04%20%281%29.pdf> Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁰ BACA-BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA-ODRIZOLA, Enrique; TAMARIT-SUMALLA, Josep Maria (Coord.). Manual de Victimología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006; LORENTE-ACOSTA, Miguel. Mi marido me pega lo normal. Barcelona: Booket, 2009.

²¹ SORDI-STOCK, Bárbara. La labor de las comisarias de familia en los supuestos de violencia psicológica, económica y patrimonial, 2021. Disponible en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2022/01/HERRAMIENDA_85-La-labor-de-las-comisarias-de-familia.pdf. ISBN: 978-84-09-35427-6. Acceso en: 19 ene. 2024.

²² FACE; PLS; CEPS; CWSP; Social Accountability; CSR Hellas; C.L.E.F; EAPM. Proyecto Implicación de las Empresas en la Lucha contra la Violencia de Género, 2014 – 2016. Disponible en: <https://asceps.org/makingprojects/carve-daphne/about/>. Acceso en: 19 ene.2024; SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER - SERNAM; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Norma Chilena Nch 3262-2012, que regula el Sistema de Gestión de Igualdad de Género y Conciliación de la Vida Laboral, Familiar

resiliencia²³, responsabilidad²⁴, capacidad de adaptación²⁵ y compromiso con su proceso de recuperación²⁶, pusieron sobre la mesa los estereotipos y prejuicios existentes en el sector empresarial en relación con a la contratación de mujeres que sufrieron violencia de género. No es infrecuente que crean estar frente a mujeres débiles, psicológicamente frágiles o que puedan ofrecer un bajo rendimiento laboral²⁷.

De otra parte, Red Incorpora Mujer demostró que los programas de capacitación dirigidos a víctimas de violencia de género deben ser diseñados desde una doble vía: de una parte, deben incluir herramientas que favorezcan el desarrollo de aspectos personales, como el incremento de la autoestima y la motivación para el empleo; de otra parte, contemplar contenidos específicos que favorezcan su inserción laboral. En otras palabras: es imperioso brindar una respuesta que combine sus necesidades laborales con herramientas para que – ellas mismas – puedan trabajar en su recuperación. Esta línea de actuación encuentra amplia acogida en el ámbito internacional, donde está demostrado que la capacitación debe promover que las víctimas adquieran habilidades y competencias que les permitan acceder a nuevos medios de subsistencia y adaptar la tecnología a sus necesidades²⁸.

Nótese que las beneficiarias de Red Incorpora Mujer provenían de tres comunas: Freire, clasificada como rural; Padre Las Casas, clasificada como mixta y Temuco, capital y clasificada como urbana. La peor situación laboral y la mayor dificultad de participación en los cursos de capacitación procedió del entorno rural y estuvo directamente relacionada con la dificultad o imposibilidad de conexión a internet²⁹. Es importante, pues, invertir en la propagación de la conectividad, pues contribuye al desarrollo de la vida rural, de la vida comunitaria y productiva³⁰. No se habla solo de una cuestión tecnológica, sino de una verdadera barrera en el acceso a cuestiones como trabajo, educación, servicios sociales y economía en general³¹.

Los hallazgos de Red Incorpora Mujer descritos en el presente artículo encuentran acogida en el ámbito internacional. Para citar un ejemplo, desde el año 2015 se encuentra en desarrollo en Europa el proyecto *We Go!*³². El propósito es incrementar la participación de las empresas en el diseño de un ecosistema local para promover la independencia económica de las mujeres, fortalecer el trabajo de los servicios de apoyo a mujeres que sufrieron violencia de género por medio del trabajo en redes, mejorar las políticas estatales que

y Personal (SIGIGC), 2012. Disponible en: https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=32792. Acceso en: 19 ene. 2024.

²³ ANDERSON, Kim M. Fostering resilience in daughters of battered women. En: BECVAR, Dorothy (Ed.). *Handbook of Family Resilience*. New York: Springer Science, 2013. p. 495-514. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-4614-3917-2_28 Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁴ INSTITUTO DE LAS MUJERES. Programas de Inserción sociolaboral, 2022. Ministerio de Igualdad de España. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/multiDiscriminacion/home.htm>. Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁵ CALVETE, Esther, ESTÉVEZ, Ana; CORRAL, Susana. Intimate partner violence and depressive symptoms in women: Cognitive schemas as moderators and mediators. *Behaviour Research & Therapy*, v.45, n.4, p.791-804. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.brat.2006.07.006> Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁶ GILES, Janice; CURREEN, Helen. Phases of growth for abused New Zealand women. A comparison with other studies. *Affilia*, v.22, n.4, p. 371-384. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0886109907306310>. Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁷ INSTITUTO DE LAS MUJERES. Estereotipos sobre la inserción laboral de víctimas de violencia de género, 2016. Ministerio de Igualdad de España. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/Elporque12.htm> Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁸ JUNTA DE ANDALUCÍA. Acuerdo de colaboración entre la consejería de igualdad y políticas sociales y la consejería de empleo, empresa y comercio para la mejora de las condiciones de empleabilidad, las competencias profesionales de las mujeres andaluzas y la integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, 2017. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/convenio/17/02/ACUERDO%20COLABORACION%20IAM%20EMPLEO.pdf> Acceso en: 19 ene. 2024.

²⁹ MONTECINO, Sonia; REBOLLEDO, Loreto; WILLSON, Angélica Aedo; CAMPOS, Luis Campos. Diagnóstico sobre inserción laboral de mujeres Mapuche rurales y urbanas. Santiago de Chile: Ediciones PIEG, SERNAM y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 1993.

³⁰ ONU MUJERES. Mujeres rurales, s.f. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/economic-empowerment/rural-women> Acceso en: 19 ene. 2024.

³¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA – IICA. La exclusión digital, una barrera que golpea el trabajo de las mujeres rurales, 2020. Disponible en: <https://www.iica.int/es/prensa/noticias/la-exclusion-digital-una-barrera-que-golpea-el-trabajo-de-las-mujeres-rurales>

³² WE GO! PROJECT, 2015 – actual. Disponible en: <https://www.wego-project.eu/> Acceso en: 19 ene. 2024.

apoyan a las víctimas violencia de género para superar las barreras a su empoderamiento económico, entre otras cuestiones.

4 Conclusión

Como reflexión final, quisiéramos remarcar que la coordinación e interrelación de las distintas acciones discutidas en el presente artículo – diseño de un perfil, cursos de capacitación e implementación de estrategias realistas de (re)inserción laboral – deja en evidencia que los beneficios de ejercer un trabajo decente no se limitan a los ingresos que este pueda generar para las víctimas de violencia de género. Se circunscribe a todo lo que está vinculado al mismo, como el fomento de las relaciones personales y de seguridad en sí mismas.

Hacemos hincapié, pues, en que las estrategias de prevención y represión de la violencia de género se realicen desde el abordaje integral³³, enfoque interseccional³⁴ y perspectiva de derechos humanos³⁵. El acceso de las mujeres a un espacio de trabajo seguro y a ingresos que les permitan ser autónomas e independientes económicamente favorece la ruptura de las relaciones violentas.

Limitaciones e investigación futura:

Este estudio se realizó en el marco de un proyecto de innovación social con fondos públicos. La fecha de inicio del proyecto coincidió con el estallido social chileno (octubre de 2019) y su desarrollo con el estado de alarma vinculado a la pandemia Covid-19 (a partir de marzo de 2020), coyuntura que representó una serie de desafíos adicionales. Entre las posibles limitaciones de la etapa discutida en el presente artículo, es destacable el volumen de mujeres que participaron de los cursos de capacitación y que fueron contratadas como trabajadoras por cuenta ajena. Entre las razones que explicaron un número menor de lo esperado en ambas iniciativas subrayamos: a) Dificultad de adaptación personal a una actividad en la plataforma virtual de los cursos; b) Ausencia de conectividad; c) Sobrecarga de las labores domésticas; d) La participación en el proyecto dejó de ser una prioridad debido a las dificultades adicionales derivadas de la emergencia sanitaria. De cualquier forma, las limitaciones no invalidan los logros del proyecto. En lo relativo a las investigaciones futuras, es recomendable el desarrollo de estrategias de seguimiento y evaluación de los 30 emprendimientos iniciados por las beneficiarias como resultado del Proyecto Red Incorpora Mujer.

Referencias

ALON, Titan; DOEPKE, Matthias; OLMSTEAD-RUMSEY, Jane; TERTILT, Michèle. The Impact of COVID-19 on gender equality, 2020. National Bureau of Economic Research. Working Paper 26947. Disponible en: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w26947/w26947.pdf Acceso en: 19 ene. 2024.

³³ EUROSociAL II. Protocolo regional de atención integral a las víctimas de violencia de género, 2015. Disponible en: http://sia.eurosoci-al-ii.eu/files/docs/1456851804-1428941726-protocolo%20castellano_22.pdf. Acceso en: 19 ene. 2024.; ONU MUJERES; UNFPA; OMS; PNUD, UNODOC; AUSTRALIAN AID; COOPERACIÓN ESPAÑOLA; EMAKUNDE. Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren de violencia, 2015. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/12/essential-services-package-for-women-and-girls-subject-to-violence> Acceso en: 19 ene. 2024.

³⁴ RAIN, Alicia Del Pilar. Resistencias diaspóricas e interseccionalidad: Mujeres mapuche profesionales en la ciudad de Santiago y el Wallmapu. *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad*, v.19, n.3. 2020. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol19-Issue3-fulltext-2042> Acceso en: 19 ene. 2024.

³⁵ ONU. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General, 6 Julio 2006, A/61/122/Add.1, 2006. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/484e7a992.html> Acceso en: 19 ene. 2024.

ANDERSON, Kim M. Fostering resilience in daughters of battered women. En: BECVAR, Dorothy (Ed.). *Handbook of Family Resilience*. New York: Springer Science, 2013. p. 495-514. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-4614-3917-2_28 Acceso en: 19 ene.2024.

BACA-BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA-ODRIZOLA, Enrique; TAMARIT-SUMALLA, Josep Maria (Coord.). *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BHATIA, Anita. Las mujeres y el COVID-19: Cinco acciones que los gobiernos pueden adoptar sin demoras, 2020. ONU Mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/3/news-women-and-covid-19-governments-actions-by-ded-bhatia> Acceso en: 19 ene.2024.

CALVETE, Esther, ESTÉVEZ, Ana; CORRAL, Susana. Intimate partner violence and depressive symptoms in women: Cognitive schemas as moderators and mediators. *Behaviour Research & Therapy*, v.45, n.4, p.791-804. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.brat.2006.07.006> Acceso en: 19 ene. 2024.

CENTRO DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS DEL DELITO - CEAD. IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios, 2020. Gobierno de Chile. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/centro-de-documentacion/> Acceso en: 19 ene.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. Measuring the Impact of COVID-19 with a view of reactivation. Special Report COVID-19 n°2, 2020. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.cepal.org/en/publications/45477-measuring-impact-covid-19-view-reactivation> Acceso en: 19 ene. 2024.

COMBARRO, Ainara Canto; VILLARIAS, Iratxe Mier; MUÑOZ, Clara Isabel Natividad; MARROQUÍ, Raquel Pasadas; PÉREZ, Zuriñe Romeo. Mujeres víctimas de violencia de género: vivencias y demandas. *Revista de Servicios Sociales*, v.56, p.87-99. 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5569/1134-7147.56.06> Acceso en: 19 ene. 2024.

LÓPEZ, Oner **Córdoba**. La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar. *Revista del Instituto de la Familia*, v. 6, n. 1, p. 39-58. 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.33539/peryfa.2017.n6.468> Acceso en: 19 ene.2024.

DÍAZ-BRAVO, Laura; TORRUCO-GARCÍA, Uri; MARTÍNEZ-HERNÁNDEZ, Mildred; VARELA-RUIZ, Margarita. La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, v.2, n.7, p. 162-167. 2013. Disponible en: DOI:10.1016/S2007-5057(13)72706-6 Acceso en: 19 ene.2024.

EUROSOCIAL II. Protocolo regional de atención integral a las víctimas de violencia de género, 2015. Disponible en: http://sia.eurosociasocial-ii.eu/files/docs/1456851804-1428941726-protocolo%20castellano_22.pdf. Acceso en: 19 ene.2024.

FACE; PLS; CEPS; CWSP; Social Accountability; CSR Hellas; C.L.E.F; EAPM. Proyecto Implicación de las Empresas en la Lucha contra la Violencia de Género, 2014 – 2016. Disponible en: <https://aceps.org/makingprojects/carve-daphne/about/>. Acceso en: 19 ene.

GILES, Janice; CURREEN, Helen. Phases of growth for abused New Zealand women. A comparison with other studies. *Affilia*, v.22, n.4, p. 371-384. 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0886109907306310>. Acceso en: 19 ene.2024.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA – IICA. La exclusión digital, una barrera que golpea el trabajo de las mujeres rurales, 2020. Disponible en: <https://www.iica.int/es/prensa/noticias/la-exclusion-digital-una-barrera-que-golpea-el-trabajo-de-las-mujeres-rurales> Acceso en: 19 ene.2024.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Género y empleo: impacto de la crisis económica por COVID-19, Boletín estadístico 8 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.ine.cl/docs/default-source/genero/documentos-de-an%C3%A1lisis/documentos/g%C3%A9nero-y-empleo-impacto-de-la-crisis-econ%C3%B3mica-por-covid19.pdf>. Acceso en: 19 ene.2024.

INNOVA FOSIS; UCTEMUCO. Corto-documental Red Incorpora Mujer, 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=B2rtDzMWQ1Q&t=2s> Acceso en: 19 ene.2024.

INSTITUTO DE LAS MUJERES. Estereotipos sobre la inserción laboral de víctimas de violencia de género, 2016. Ministerio de Igualdad de España. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/Elporque12.htm> Acceso en: 19 ene.2024.

INSTITUTO DE LAS MUJERES. Programas de Inserción sociolaboral, 2022. Ministerio de Igualdad de España. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/multiDiscriminacion/home.htm>. Acceso en: 19 ene. 2024.

JUNTA DE ANDALUCÍA. Acuerdo de colaboración entre la consejería de igualdad y políticas sociales y la consejería de empleo, empresa y comercio para la mejora de las condiciones de empleabilidad, las competencias profesionales de las mujeres andaluzas y la integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, 2017. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/convenio/17/02/ACUERDO%20COLABORACION%20IAM%20EMPLEO.pdf> Acceso en: 19 ene. 2024.

LORENTE-ACOSTA, Miguel. Mi marido me pega lo normal. Barcelona: Booket, 2009.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. El Registro Social de Hogares – RSH, s.f. Disponible en: <https://registrosocial.gob.cl/> Acceso en: 19 ene. 2024.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Casen 2020 - Medición de Pobreza por Ingresos. Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2021. Disponible en: <https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/encuesta-casen-en-pandemia-2020> Acceso en: 19 ene. 2024.

MONTECINO, Sonia; REBOLLEDO, Loreto; WILLSON, Angélica Aedo; CAMPOS, Luis Campos. Diagnóstico sobre inserción laboral de mujeres Mapuche rurales y urbanas. Santiago de Chile: Ediciones PIEG, SERNAM y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 1993.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO- OIT. Programa Nacional de Trabajo Decente de Chile, 2008. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/santiago/pa%C3%ADses/chile/WCMS_178019/lang-es/index.htm. Acceso en: 19 ene. 2024.

OLATE, Camila; MAFFEI, Teresa; HERNANDO, Andrés. Estudio Relación entre Empleo y Violencia Intrafamiliar, 2011. Disponible en: <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/relac.empleoviolen.genero.pdf> . Acceso en: 19 ene. 2024.

ONU MUJERES. Impacto de la crisis COVID-19 en trabajadoras remuneradas de Chile: Diagnóstico y recomendaciones, 2020. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documents/Publicaciones/2020/05/chile-Impacto-Laboral-y-Genero-COVID19-04%20%281%29.pdf> Acceso en: 19 ene. 2024.

ONU MUJERES. Mujeres rurales, s.f. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/economic-empowerment/rural-women> Acceso en: 19 ene. 2024.

ONU MUJERES; UNFPA; OMS; PNUD, UNODOC; AUSTRALIAN AID; COOPERACIÓN ESPAÑOLA; EMAKUNDE. Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren de violencia, 2015. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/12/essential-services-package-for-women-and-girls-subject-to-violence> Acceso en: 19 ene. 2024.

ONU. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General, 6 Julio 2006,A/61/122/Add.1, 2006. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/484e7a992.html> Acceso en: 19 ene. 2024.

OSTERWALDER, Alexander; PIGNEUR, Yves. Generación de modelos de negocio. Barcelona: Deusto, 2011.

RAIN, Alicia Del Pilar. Resistencias diaspóricas e interseccionalidad: Mujeres mapuche profesionales en la ciudad de Santiago y el Wallmapu. *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad*, v.19, n.3. 2020. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol19-Issue3-fulltext-2042> Acceso en: 19 ene. 2024.

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER - SERNAM; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – INE. Norma Chilena Nch 3262-2012, que regula el Sistema de Gestión de Igualdad de Género y Conciliación de la Vida Laboral, Familiar y Personal (SIGIGC), 2012. Disponible en: https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=32792. Acceso en: 19 ene. 2024.

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER Y EQUIDAD DE GÉNERO - SERNAMEG. Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, s.f.. Disponible en: <https://www.sernameg.gob.cl/> Acceso en: 19 ene. 2024.

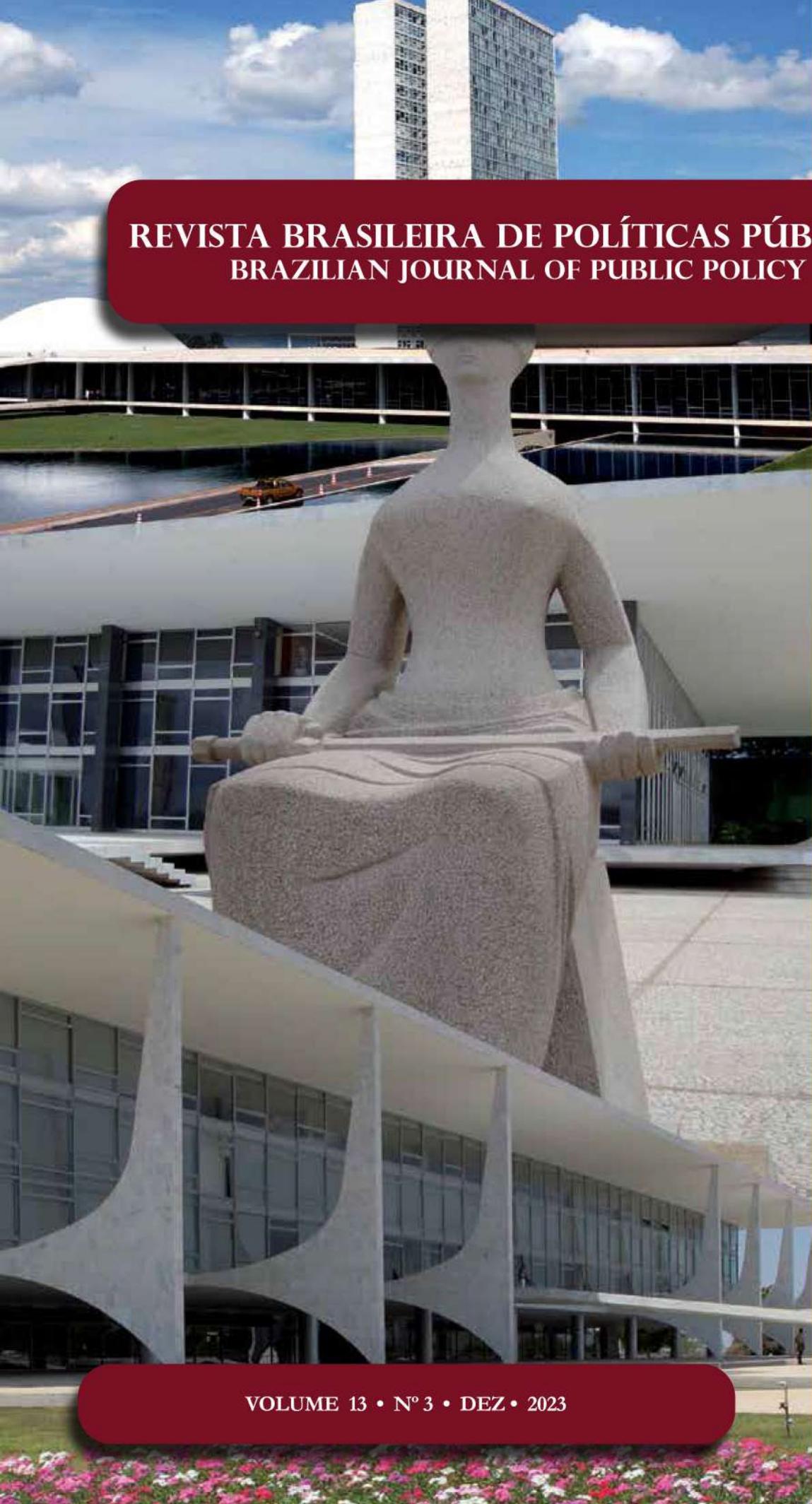
SORDI-STOCK, Bárbara. Victimología y violencia de género: diálogos a favor de un abordaje no reduccionista de la violencia. *Revista de Victimología*, v.1, p.151-176. 2015. Disponible en: DOI 10.12827/RVJV.1.06 | P. 151-176. Acceso en: 19 ene. 2024.

SORDI-STOCK, Bárbara. La labor de las comisarías de familia en los supuestos de violencia psicológica, económica y patrimonial, 2021. Disponible en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2022/01/HERRAMIENTA_85-La-labor-de-las-comisarias-de-familia.pdf. ISBN: 978-84-09-35427-6. Acceso en: 19 ene. 2024.

UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA. Brecha salarial de genero nacional y en La Araucanía, 2021. Disponible en: <http://oes.ufro.cl/index.php/oes-ufro/estadisticas/sociales/2021/send/38-2021/418-brecha-genero> Acceso en: 19 ene. 2024.

WE GO! PROJECT, 2015 – actual. Disponible en: <https://www.wegoproject.eu/> Acceso en: 19 ene. 2024.

WENHAM, Clare; SMITH, Julia; MORGAN, Rosemary. Covid-19: the gendered impacts of the outbreak. *The Lancet*, v. 395, n.10227, p. 846-848. 2020. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30526-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30526-2) . Acceso en: 19 ene. 2024.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Feminist constitutionalism as an instrument for the educational transformation of spaces of intelligibility in law

O constitucionalismo feminista como instrumento para transformação educacional dos espaços de inteligibilidade do direito

Fábio Rezende Braga

Marcella Oliveira Araujo

Melina Girardi Fachin

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Feminist constitutionalism as an instrument for the educational transformation of spaces of intelligibility in law*

O constitucionalismo feminista como instrumento para transformação educacional dos espaços de inteligibilidade do direito

* Recebido em 21/10/2022
Aprovado em 23/01/2023

** Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/PR). Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Ambiental pela UFPR/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit/SE). Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS).

E-mail: frezendebraga@gmail.com.

*** Possui graduação em Psicologia pela Universidade Federal de Uberlândia (2009) e mestrado em Psicologia pela Universidade de São Paulo (2013). Formação continuada em Neuropsicologia pelo Instituto Simone Marangoni. Formação em Psicologia Clínica pelo Núcleo de Psicologia Histórico-Cultural do Ceará. Formação em andamento em terapia de casais pelo Instituto Aripe. Membro do Laboratório de Psicologia SocioAmbiental e Práticas Educacionais (LAPSAPE-USP). Membro do Laboratório de Psicologia Escolar Educacional (LAPEE-UFSC). Psicóloga clínica e educacional com atuação principalmente voltada para a desenvolvimento infantil, maternidade e puerpério.

E-mail: marce.o.araujo@gmail.com.

**** Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio de pós-doutoramento em curso pela Universidade de Coimbra no Instituto de direitos humanos e democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em direitos humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) Visiting researcher da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Autora de diversas obras e artigos na seara do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros/IAB, do Instituto dos Advogados do Paraná/IAP e da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná - OAB/PR. Advogada sócia do bureau Fachin Advogados Associados.

E-mail: melinafachin@gmail.com.

Fábio Rezende Braga**

Marcella Oliveira Araujo***

Melina Girardi Fachin****

Abstract

The aim of this work is to focus on the gender perspective as a field of research, which is necessary for the pedagogical transformation of the space of legal intelligibility, based on the interweaving of feminist constitutionalism, legal education and Law. The importance of considering a gender perspective in the field of Law, especially in the classroom, lies not only in the methodological innovation that legal education must acquire, but also in the perception of how the legal system deals with its absence or limited presence. The method used is based on the assumption that if feminist constitutionalism reads and interprets the Law from a gender perspective, is it possible to use it as a tool in the learning process in legal education? In this context, this study contains a theoretical dialogue, and the first part aims to understand the challenges that patriarchy poses to the reading, reflection and interpretation of the Law. Furthermore, it is important to demonstrate what an expressive space of intelligibility means and its relation to a legal education perspective related to feminist constitutionalism as one of the possible areas of this educational transformation. Finally, it is proposed to integrate gender research with feminist constitutionalism as a learning opportunity to teach analysis of how a gender perspective can be a rich tool for thinking about the Law outside of traditional constitutional interpretation.

Keywords: Gender perspective; Constitutional law; gender equality; feminist constitutionalism; legal education.

Resumo

O trabalho tem como objetivo examinar a perspectiva de gênero como campo de estudo necessário para uma transformação educativa dos espaços de inteligibilidade do direito, tendo como base os entrelaçamentos entre a abordagem oferecida pelo constitucionalismo feminista, o ensino jurídico e o direito. A importância de uma perspectiva que considere o gênero no direito, especialmente, em sala de aula, não está apenas na novidade metodológica

que o ensino jurídico tem a ganhar, mas também na percepção de como o sistema jurídico trata sua ausência ou presença limitada. A metodologia adotada parte da seguinte hipótese: se o constitucionalismo feminista serve para ler e interpretar o direito com perspectiva de gênero, é possível aplicar ele também como instrumento no processo de aprendizagem no ensino jurídico? Neste contexto, o estudo é caracterizado como teórico-dialógico e a primeira parte serve para entender quais os desafios que o patriarcado impõe na leitura, reflexão e interpretação do direito. Além disso, é importante demonstrar o que significa a expressão espaço de inteligibilidade e como ele se conecta com a perspectiva de ensino jurídico aliado ao constitucionalismo feminista como um dos campos possíveis para essa transformação educativa. E, por fim, recomendar os estudos de gênero em interface com o constitucionalismo feminista, como possibilidade pedagógica de ensino a fim de analisar como a perspectiva de gênero pode ser um rico instrumento para pensar o direito, para além de uma leitura constitucional tradicional.

Palavras-chave: Perspectiva de gênero; direito constitucional; igualdade de gênero; constitucionalismo feminista; ensino jurídico.

1 Introduction

Feminist constitutionalism is a movement that brings together constitutional law professors and scholars from different countries to reinterpret the epistemological, theoretical, methodological and dogmatic canons of contemporary traditional constitutionalism. Traditional constitutionalism was, and to some extent still is, a movement without women and without a gender perspective. Since modern times, constitutions have been designed and developed for abstract subjects of a clearly defined gender: men. The constitutional discourse was born in the context of the liberal revolution of the late 18th century and continues to this day with indifference to differences reflected in the different treatment of services and goods, jobs, security, political participation and even structures and formation of law. Thus, the classical constitution is exclusionary.

This is a field that has been beaten – explored beyond its boundaries in the sense of being beaten. The challenge of feminist constitutionalism is precisely to break the silence that has long been imposed on women – both as agents and subjects of rights – in constitutional theory and the power space that defines it. In this case, we need to build a constitutional trajectory that includes a gender perspective, a constitution that tells our trajectory in the first person.

Debate on the topic was dominated by speeches that used derogatory terms associated with the specter of *gender ideology*¹. A shallow and biased debate aimed at taming the body from anti-diversity stigma and gender dichotomies based on human genitalia. Such discussions must take place from a realistically critical and reflective perspective, where scientific knowledge about education is prioritized “as a fundamental strategic condition for reducing national and international economic and social inequality”².

Therefore, this article has chosen to deepen reflections on the gender perspective as a necessary perspective for the educational transformation of the space of legal intelligibility, based on the interweaving of feminist constitutionalism, legal education and statutory approaches. The calling process is the first step, but not the last. It is not enough to announce the genre, it is necessary to capillarize legal education with, and from, it.

¹ The gender ideology located here is a theory that explains how gender is a social and not a chromosomal (biologizing) construction. The way in which conservative and anti-progressive sectors take the gender discourse is in the sense of a scientific anomaly that must be fought by conservative sectors of society.

² ROSEMBERG, Fúlvia. Educação formal, mulher e gênero no Brasil contemporâneo. *Revista Estudos Feministas [online]*, v. 9, n. 2, p. 515-540, 2001. Available in: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200011>. Access at: 09 set. 2022.

The importance of considering gender in the Law, especially in the classroom, lies not only in the new method that legal education must adopt, but also in how it deals with its absence or limited presence. This means using educational resources that can identify how asymmetries of voice, power, and ability affect the exercise of citizenship by people, especially those who experience gender-based violence on a daily basis.

Finally, it is necessary to define what the space of intelligibility in the Law means and how it relates to the possibilities offered by feminist constitutionalism. The space of intelligibility is understood as a learning space where the structural elements of social relations are examined within the framework of legal philosophical reflection. It is to understand the Law as a multidimensional collective construct with a moral and philosophical foundation. The procedures, the judicial system, the political arena, and legal education are examples of spaces of legal intelligibility.

Legal education for this work is the transformational space of legal classes and professionals, and feminist constitutionalism as a representation of principles and concepts discussed from a gender perspective (but not only!) can transform its form and content. In other words, the intelligibility of legal concepts exists because something has to be done in response to a certain assumption described above, and not just because of what someone (in this case, a teacher) “should” do, for example, the structural elements of the essence - teaching. reflection to be learned in the classroom as well. So, “the intelligibility of the legal concept includes the law in both its potential and actual moment, i.e. normative transformations ‘affect behavior through morality.’”³

Feminist constitutionalism will be considered as an epistemological possibility in the space of intelligibility of legal education. Broadly speaking, feminist constitutionalism is an emerging and evolving field that questions the meaning of the constitution from a gender perspective and addresses other possibilities in the constitutional field. The methodology used is based on the assumption that if feminist constitutionalism reinterprets and interprets laws from a gender perspective, is it possible to use it as a tool in the learning process in legal education?

The study offers theoretical dialogues, and the first part aims to understand the challenges that patriarchy poses to the reading, reflection and interpretation of the Law. Furthermore, it is important to demonstrate what the expression space of intelligibility means and how it connects with the perspective of legal education allied to feminist constitutionalism as one of the possible fields for this educational transformation from the reproduction of legal knowledge and everyday epistemicide in classroom. Finally, the integration of gender studies with feminist constitutionalism is proposed as a learning opportunity to analyze how a gender perspective can be a rich tool for thinking about justice outside of traditional constitutional interpretation.

2 To read, challenge and reflect legal education: patriarchy and the interpret(action) of law

Assessing how legal education should be streamlined from a gender perspective has two main implications: inclusion and diversity. The first, which suggests that the presence of cisgender women may not change the way in which gender inequality is recognized and its impact in legislation, but it can certainly create a basis for it in the most favorable intelligible space. The second reason is the constant necessity to capillarize the spaces of intelligibility of Law with the component of diversity. Legal education is one of the

³ COSTA, Elcias Ferreira da. *Do conteúdo de inteligibilidade do conceito a que corresponde a realidade jurídica ao Direito como propriedade metafísica do existir humano*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Available in: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3862/1/arquivo5033_1.pdf. Access at: 03 out. 2022. p. 91.

most important platforms for building elements in the search for social justice, especially for those who are not bound by authoritarian normative standards in their relationships and life projects.

In this context, it is not enough to simply declare that there are other genres in the classroom, several efforts must be combined to promote a broad, diverse and active debate in the field that raises and the movement that gives ownership of this struggle: women's rights constitutionalism. The proposal is seen as a means and an opportunity for feminist hermeneutics to understand and interpret laws and constitutions from the perspective of women's speech in the broadest sense. In this sense, one must think about how to rethink legal education to identify and challenge elements of legal doctrine that suppress or negate the guidelines for difference that feminist constitutionalism suggests the broader law should provide for reading.

The genre includes many elements that require a complex and critical perspective to properly understand how its framework is closely related to the segmental model of patriarchy. It is important to understand that it is not enough to improve the conditions of legal education without understanding the synergy between dominance and exploitation imposed by patriarchal visions⁴ that distort reading and reflect reality.

It is undeniable that correcting gender inequality in the organization of social life "requires significant social inversions at the political, technological, economic and symbolic levels"⁵, which in turn means understanding how patriarchy has shaped social life in general, especially for women⁶. In this sense, taking into account the legitimacy of existence as a subject and the limitations of gender, we can reflect on the consequences of the subjugation of women to men in the patriarchal structure, whether it is a system of multiple forms of oppression or as an A-visual tradition framework for dominant and dominated male subjects.

The concept of patriarchy is often invoked in feminist studies to explain the position of women and the basis of male dominance⁷. A symptom of this logic is the lack of cis and trans women as lawyers in legal education. The policy under consideration is completely divorced from gender equality issues and is based on the logic of (reproductive) control of the female body. Productive work is "according to the organized conditions of work and conditions of production"⁸.

Moreover, the domestication of teaching and learning process is inherently feminine, making these women responsible for the education of children and youth, overwhelmed and exhausted from the daily care of their children. One must wonder how the patriarchal reality puts women in the position of "carers". This gender division is reflected in the relationship between paid and unpaid productive work, where "the image of men as breadwinners and women as carers and women as secondary workers is reinforced"⁹. Feminist and gender studies attempt to shed light on this complexity by highlighting women's inequalities as determinants of access to and provision of care. According to Pereira in a study developed in collaboration with the Institute of Applied Economics (Ipea, in portuguese)

The use of care as an object of study also contributes to a broader perspective on the social organization of care work, its historical changes and persistence and impact on the care giver and/or asking and receiving care giver and/or care giver and their cheerful attitude towards their citizenship status and happiness. Traditional forms of distribution play a role in reproducing inequality and hierarchy between social groups. Thinking about nursing leaves room for redistributive proposals, mostly from public policy for this purpose.¹⁰

⁴ BLANCO LOBO, Montserrat. ¿Y las relaciones de género? *Cuadernos Inter.c.a. Mbio*, Costa Rica, v. 3, n. 4, p. 161-169, 2006. p. 162.

⁵ "requiere una importante inversión social a nivel político, técnico, económico y simbólico" [Tradução nossa]. BLANCO LOBO, Montserrat. ¿Y las relaciones de género? *Cuadernos Inter.c.a. Mbio*, Costa Rica, v. 3, n. 4, p. 161-169, 2006. p. 163.

⁶ BLANCO LOBO, Montserrat. ¿Y las relaciones de género? *Cuadernos Inter.c.a. Mbio*, Costa Rica, v. 3, n. 4, p. 161-169, 2006. p. 163.

⁷ MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH-RIO: SABERES E PRÁTICAS CIENTÍFICAS, 16., 2014, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: ANPUH, 2014. Available in: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Access at: 22 jan. 2017. p. 1.

⁸ FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São Paulo: Elefante, 2018.

⁹ VASCONCELOS, Marcia. *Responsabilidades familiares*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2009.

¹⁰ PEREIRA, Bruna Cristina Jaquetto. *Economia dos cuidados: marco teórico-conceitual (relatório de pesquisa)*. Rio de Janeiro: IPEA,

As biology presupposes gender equality, women are and remain underrepresented in the collectively constructed space of the law. For Santos and Oliveira, “historically, men have had greater political power, choice and decision-making in emotional life, and social recognition in professional activity”¹¹. Also Author and Author

Some roles are considered women’s roles, especially related to housework (sometimes not considered work in society) and occupations that focus on caring for others (in the development of the so-called natural roles of wife, mother and homemaker). One has to ask: Who pays for the care economy that women do? In this view, which makes a woman inferior, she should serve her family and children or others.¹²

Therefore, gender categories need to be understood in a complex way, not only in relation to the relations and characteristics of organs and genitalia, but also in relation to sociality and culture. Thus, gender is a category that “helps to denaturalize and historicize inequality between men and women”¹³. It is necessary to shed light on the different dimensions of social life in order to understand how female subordination and male dominance emerged throughout history, and to try to explore how heterosexual models shape what we understand about law and, more specifically, teaching law.

Gender identity is sometimes a paradoxical process, as its recognition in traditional models does not guarantee a level playing field. However, we must be careful with rhetoric that ultimately worsens people’s precarious conditions¹⁴. Incorrect or superficial understanding of the complexity of inequality can lead to legal and/or governmental solutions that further exacerbate destabilizing conditions. The gender agenda can be used to distract from how the State itself contributes to the instability of the lives of some structures.

If, on the one hand, to recognize is to allocate normative attention, on the other, it is to imprison an evaluation that is sometimes pathological and sometimes associated with a kind of charity or State philanthropy. Defining what makes recognizing a gender perspective important is critical as it connects with legal practices and, ultimately, who judges people.

What feminist constitutionalism inspires in the legal classroom is exactly what powerful ideas inspire: it is impossible to forget that claims about the oppression experienced by women come in many forms. It is irreversible, that is, feminist constitutionalism makes visible the traces of oppression, the processes of inequality and the consequences of the creation of legal and scientific knowledge in such a way that one cannot fail to notice that the struggle is not limited to men - women binary code but also includes categories by race, culture and social class.¹⁵

In this way, the feminist constitutionalism is integrative, starting with epistemological keys¹⁶ related to constitutionalism, includes in a significant way a focus on diversity and inclusion, and is based on the configuration of academic spaces Analysis that includes the following questions: where are white and black women in the spaces of learning and social transformation proposed by science? Where are the women and, especially, the black women speakers in academic discussion spaces, such as congresses, seminars, etc? Where are the women occupying leadership positions in the student movement? Which white and black

2016. Available in: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7412>. Access at: 03 set. 2022. p. 11.

¹¹ SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis [online]*, v. 13, n. 1, p. 11-19, 2010. Available in: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Access at: 07 set. 2022.

¹² AUTHOR; AUTHOR, 2022.

¹³ SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis [online]*, v. 13, n. 1, p. 11-19, 2010. Available in: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Access at: 07 set. 2022.

¹⁴ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

¹⁵ DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹⁶ MACKINNON, Catharine A. Prefácio. In: BAINES, Beverly; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

professors are part of the scientific committees and are in decision-making positions? Finally, it is transformative because it changes the way the law is rationalized in the classroom.

3 The (re)production of legal knowledge and everyday epistemicide in the classroom

Feminist constitutionalism is a movement through which it is possible to understand which contributions were evidenced in the production of legal knowledge and which were intentionally devalued, denied and hidden. This purposeful concealment of the knowledge, inventions and discoveries and political achievements of historically subordinated groups is an epistemicide.

The term epistemicide refers to how the production of knowledge is constructed according to a single epistemological model, from the extermination of African populations and the contributions of the African diaspora to the philosophy of science, as opposed to the evaluation of the knowledge of white Europeans and primarily North America. From “destroying certain forms of local knowledge to devaluing others, the cultural diversity and rich perspectives found in the multi-faceted worldview they implement”¹⁷ in the name of colonialist design. This deliberate erasure is a product of the structural racism and sexism that dominate Brazilian social relations.

It was from there that Carneiro argued that this white, male, European-American knowledge was created for white, European-American men. It is limited not only by production but also by who has access to it¹⁸. Therefore, it is impossible not to link the disqualification of knowledge created by the governed state with the disqualification of the collective or individual status of a person capable of education. The denial of others resonates

The processes of production of cultural poverty continue: denial of education, especially quality; production due to mental retardation; different mechanisms for blacks as carriers and creators of knowledge and damage to self-esteem due to lack of material and/or current discriminatory processes in the education sector that lead to cognitive decline. Thus, cognitive killing stifles or robs the rationality of the vanquished and impairs the ability to learn¹⁹

To deprive others of their ability to learn is to deprive them of their humanity. As we learn, we humanize ourselves, become who we are, and evolve. By denying access to epistemological diversity, thought is shaped so that we continue to defend a universal epistemology that only validates the world with the social status of a particular group, making it difficult for those outside it to see themselves as subjects. To counter cognitive decay, one must defend e.g. young Black women’s college career as an opportunity to fight against the system and challenge its existence, concealment, denial, and silence in the process of creating knowledge and changing its reality:

Far from overcoming stigma and stereotypes, entering college is a moment of final intellectual confrontation with these mechanisms that plague Black people in learning. There is the purity of knowledge, the self-fulfilling prophecies, the exclusive authority of white speech, the ghosts to be confronted without mediation.²⁰

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortez, 2010. p. 183.

¹⁸ CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

¹⁹ CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

²⁰ CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 123.

Intersectionality²¹ involves a methodological concept that understands people in terms of their senses and how they encounter systemic oppression. The elements that make up intersectionality are race, class, and gender, but not in ways that aggregate vulnerability. The dynamics of exclusion arising from a logical conundrum (women; black women; lesbian black women...), where subjects are perceived as based on their vulnerability rather than systematic oppression, are critiqued through intersectionality. Akotirene defines intersectionality as

Other constructs capture the identity of racial affiliation. This is about the experience of racialization to invite us to move away from the private boxes that hinder global struggle and serve the guidelines of Western heterogeneity, and to make room for the political solitude of black women as they are articulated through the dynamic overlap of groups. identities. (...) Cutting is not a theoretical story about the marginalized. Ancestral culture avoids thinking about the “black problem”, the “woman problem” and the “transvestite problem”. Let’s learn from the thinker Grada Kilomba that differences are always interconnected and that everyone is different from each other. A precise argument for intersectionality that is not interested in differences in identity, but in inequalities imposed by oppressive matrices.²²

A necessary confrontation so that works like this, written by white people, are consistent ways of questioning their whiteness, insofar as the deconstruction and reconstruction of spaces of intelligibility based on feminist constitutionalism must necessarily come from these peoples who are hidden and silenced on a daily basis. Another person’s vulnerability can also be an important trigger for unacknowledged or silent struggles. Vulnerable groups are the set of values that activate the “constituent” political cells²³.

There is no neutrality in the construction of constitutional subjects working in the intelligible space of legal education. The term “abstract” comes directly from the naturalization of the conditions and subjects involved in the formulation, development and implementation of the constitution. Feminist constitutionalism is fertile ground for asking far-reaching questions about who, for whom, and from which perspective the law is directed, written, and defined. It is necessary to enrich the space of intelligibility with a diverse component that makes it difficult for the system to recognize power asymmetry and essentially includes the subjects involved in the process.

One of the main criticisms of the universalist view of the interpretation of legal justice is that by distinguishing between people by origin, gender, choice and personal circumstances, we legitimize a separate and sometimes pathological view. Critics argue that a gendered explanation implies a continuum of vulnerability, meaning that vulnerability will never cease to be vulnerability, and that the State itself will be absolved of the responsibility to reduce these gender asymmetries²⁴.

However, Dworkin²⁵ makes an argument to support the idea of compensatory discrimination as a way of justifying legal decisions based on concepts of equality and inequality²⁶. For him, the understanding of compensatory discrimination as a pathological or humiliating tool is an argument derived from the classical notion of equality, which attempts to establish the premise of justice without understanding that the topic does not constitute a circle of discussion.

Of course, the State can be expected to adopt an inclusive, equitable and targeted stance to encourage action that reduces asymmetries between people. Legal education is an understandable place for law and

²¹ It will not be a specific objective of the work to debate the limits of multicultural or identity perspectives in the struggle for social justice. There are countless authors who seek to understand how the overlapping of social identities and related systems of oppression, domination or discrimination establish the way in which societies are configured.

²² AKOTIRENE, Carla. *Intersseccionalidade*. São Paulo: Jandaíra, 2021. p. 49-50.

²³ DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

²⁴ BROWN, Kate. Re-moralising ‘vulnerability’. *People, Place & Policy*, v. 6, n. 1, p. 41-53, 2012.

²⁵ Dworkin did not address the term vulnerability in his theoretical production, but rather the advantages and disadvantages of adopting certain arguments, whether principles or policies. Dworkin is thought of here as a way of injecting moral content into the concept of vulnerability that I defend in this work.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010. p. 357.

legal curricula, especially in Brazilian public colleges²⁷, and should include topics and propositions designed to provide new and enriching perspectives, thus leading to a confrontation with the opacity of Law²⁸. For Lage and Rocha

Unlike state neutrality, state intervention has an educational function, as it not only reduces discrimination and promotes equality, but also serves as a model for similar private sector initiatives. Far from reflecting an auxiliary character, it reflects the ideal of reproduction, which suggests the demolition of archaic structures and presents itself as an achievement of civilization.

The history of feminism allows us to rethink the collective construction of women's identity, differentiated and alienated from hegemonic patriarchal culture, allowing us to better face the challenges of the new millennium.²⁹

In this sense, feminist constitutionalism proposes to confront traditional views rooted in the meaning of heterosexual patriarchy and to place the role of the state and especially the constitution at the center of the debate in the pursuit of social justice. The question that legal education must always ask itself is this: How to reflect the factors that threaten the exercise of civil rights? To this end, when feminist constitutionalism raises the "woman question"³⁰, it exposes the reality of rights that are assumed to be universal but are in fact capillary with a logic that consistently ignores these factors. Claimed political equality does not reflect the historical, institutional and methodological chasm that imposes the unequal distribution of various conditions revealed by gender perspectives.

4 Feminist constitutionalism as a instrument of transgression of spaces of intelligibility in law

Feminist theorists do not hesitate to argue that it is through "changing legal and constitutional structures that the justice system can adapt to gender issues and challenges"³¹. This realignment of legal thinking must come from law schools and colleges that promote "feminist constitutionalism in the profession, so that gender permeates all areas of judicial sciences"³².

This inclusion will make it easier for lawyers to approach the federal constitution from a gender perspective. In this sense, a gender perspective means understanding how statements of gender are "embedded in compositional processes and constitutions that lead to forms of emancipation and legal empowerment or subordination"³³, indicating that, unlike biological sex, any woman can express herself as she wishes, "every

²⁷ The Brazilian public colleges have a tradition of being parameters of innovative argumentative construction and a symbol of excellence in education in Brazil. Legal education also needs to be rationalized by valuing best practices in order to allow for the broad flowering of legal knowledge and technique.

²⁸ CARCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

²⁹ LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria E. Guimarães Teixeira. A mulher e o Poder Judiciário no Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Constitucionalismo Feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2. p. 234.

³⁰ BARTLETT, Khataryne T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, Boston, v. 103, n. 4, 1990. Available in: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty_scholarship. Access at: 02 out. 2022.

³¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930>. Access at: 07 set. 2022.

³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930>. Access at: 07 set. 2022.

³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930>. Access at: 07 set. 2022.

woman regardless of her biological sex or sexual orientation at birth, can express herself as a person endowed with fundamental rights and responsibilities from her own and indivisible arena of speech”³⁴.

The question is not how gender should be recognized, but how it threatens the dehumanizing system of normalization. The unstable conditions created by gender are constructed on the basis of male dominance, “not to be explained by the inferior nature of women, but by the recognition of their potential and the resulting fear”³⁵.

The challenge is to frame legal education from a gender perspective as a means to (transform) the space of legal intelligibility, given the fact that so many rights are being taken away and cis and trans women and trans men are attacked every day in public and private spaces. It is important to understand that it is not enough to simply remove the cloak of invisibility from the gender agenda and recognize who has power and visibility (cisgender people). It must be questioned what material conditions are set and which are fulfilled.³⁶

Feminist constitutionalism manifests itself as an expression of coalitional feminism³⁷ that points directly to how the law is unconsciously or consciously encouraged not to recognize the asymmetry of voice, power, and ability to confront gender perspectives. Instead, it is also not a concise or exclusive reading. Feminist constitutionalism politicizes space through an ongoing program of oppression or repression. The movement questions the normality of traditional patriarchal practices in order to impose a sense of justice detached from reality and to limit the right to fight against them or at least recognize them. In the words of Lage and Rocha

A pluralistic society cannot be conquered by an exclusive hierarchy. Not only women can judge women, and not only men can judge men. This is a simplified version that really means opening up a wide experience. Not only in the judicial system, but in all powers, it is a distortion that only one branch dominates. Gradually, the peculiarities of this large part begin to spread as if they were universal in all parts of society. It is at this point that justice becomes biased. Women, blacks, and gays do not exist to have people judge them as “equal,” but to allow justice to be found as a social group as diverse as the society that is expected of it.³⁸

Feminist constitutionalism is a **powerful idea**. What does it mean? This means that it is an irreversible, integral and transformative philosophy. It is an **irreversible idea** because a perspective can be criticized, but it cannot be forgotten or forgotten. Comprehensible spaces only capillarize powerful ideas so that the subjects and subjects involved reflect where they are and how the space interacts with them. The reform of legal education, based on the interpretation of women’s constitutionalism, is not a one-time event, but an eternal event. Understandings of the non-discussion of gender and the absence of women³⁹ in power structures and legal discussions persist and change the way legal reflection occurs in the classroom.

Feminist constitutionalism is an **integrative idea**. Because a reading of feminist constitutionalism is not an atomized or disjunctive reading. It’s about women, but not just about women. In other words, gender is something that directs our attention to the interconnected causes of asymmetries of voice, power, and abi-

³⁴ PETER, Christine. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Available in: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Access at: 05 set. 2022.

³⁵ CARNEIRO, Aparecida Sueli; CURY, Cristiane. O poder feminino no culto dos Orixás. In: NASCIMENTO, Elisa Larkin. (ed.). *Guerreiras de natureza*: mulher negra, religiosidade e ambiente. São Paulo: Grupo Editorial Summu, 2008. p. 128.

³⁶ SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis [online]*, v. 13, n. 1, p. 11-19, 2010. Available in: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Access at: 07 set. 2022. p. 12.

³⁷ The expression “coalition feminism” is an expression that aims to condense the various feminist movements through the co-option of agendas in order to provide greater political capacity within the democratic arena. It brings together Marxist, liberal, ecofeminist, black feminism, etc.

³⁸ LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria E. Guimarães Teixeira. A mulher e o Poder Judiciário no Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Constitucionalismo Feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. Salvador: Juspodivim, 2020. v. 2. p. 235.

³⁹ Black, indigenous, trans women and etc.

lity between people. Feminist constitutionalism is seen as a non-essentialist platform of struggle that integrates questions from the intersection of how rights can and should be understood as distinct identities that are not based on biological determinism. The struggle is integrative, and feminist constitutionalism becomes visible and crosses the horizon of traditional constitutionalism configured in a limited way. McKinnon,

Feminist constitutionalism will be driven by the principle of substitution. It will strategically but accurately correspond to male supremacy. This will require the basic equality of women as the central theme of the document and the underlying reality of the social order, active participation in a society that is considered unequal between the sexes, in which all basic inequalities are involved. By keeping it context-sensitive, it is not distracted by essentialist questions about whether women are equal (...) ⁴⁰

Finally, feminist constitutionalism is a **transformative idea**. Because it defines advice, values and expectations in legal knowledge. Feminist constitutionalism is propositional because it allows changing the logic of legal thought to provide a new reading of the constitution, so that legal education can also serve as a tool to analyze how the subject is situated in the sphere of law. Giving advice requires caution and constant consideration of human cause and effect. Feminist constitutionalism can be an important tool for analyzing attitudes, that is, reading the law from the perspective of the subject or the absence of the subject and justice as we understand it.

Values are related to the political goal of a particular movement and are elements that express a vision of life. Politics has the power to reinforce social norms, and this drive for a society with less asymmetry of voice, power, and ability is shaped by institutions and social norms. According to Stiglitz, “in many societies, the most disadvantaged groups are primarily those who are discriminated against in some way”⁴¹. He understands that the extent of such discrimination is influenced by social norms and political goals supported by government decisions.

A feminist constitutionalist perspective seeks to identify factors that undermine the exercise of citizenship. It is a lens that can illuminate the fragile recognition of rights or the silence that comes from a sterile reading of the constitution into people’s lives. The genre reading analyzes the asymmetry in order to propose a reflection on what conditions must be provided in order to achieve the protection of subjects unpopular in traditional constitutional discourse and the exercise of human dignity. Feminist constitutionalism emerged as a set of values and concepts that challenged traditional legal systems and institutions to reflect the position of people within the legal system.

Gender issues in law are not limited to individual legal strategies or facts. Essentially, the issues are related to moral principles that embody an invisible and silent justice. That is, feminist constitutionalism does not support sexism, on the contrary. The opposite of feminism is not machismo. Feminism seeks to identify what causes the asymmetry of voice, power, and ability that transcends the heterosexual divide. Commit to inclusion and diversity as structural pillars of the feminist constitutional movement. It must be understood that “diversity and inclusion without fundamental change, without radical change, will achieve nothing”⁴². This means that it is not enough to include large numbers of white and black women on the undergraduate, graduate, and university faculty. We cannot simply ask these marginalized or subjugated women to enter these spaces of scholarly production, just to exist in them requires rethinking the male, cis, and white-prioritized forms of scholarly production and dissemination.

In these terms, it is necessary to demarcate feminist constitutionalism as the connecting key that allows a broader reading of how the law can articulate inclusion, diversity and equality. He argues that historically

⁴⁰ MACKINNON, Catharine A. Prefácio. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. x.

⁴¹ STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2016. p. 117.

⁴² DUVERNAY, Ava. Ava DuVernay interviews Angela Davis on this moment, and what came before. Entrevistada: Angela Davis. *Vanity Fair*, New York, 26 aug. 2020. Available in: <https://www.vanityfair.com/culture/2020/08/angela-davis-and-ava-duvernay-in-conversation>. Access at: 03 out. 2022.

constructed equality in relationships has rendered most people invisible or limited in their ability to recognize the desire to be invited to discuss the meaning of such equality. If the interested parties cannot benefit from the prescribed constitutional guarantees, justice cannot be achieved. An example of this political goal is Schwartz's consideration of women's domestic work in Brazilian law, where she states

Increasing awareness of equality in society, joining new political subjects, often ultimately results in dissatisfaction with sections of society that tend to view the "other" as less legitimate, thus denying him full, conditional citizenship rights. The "difference" they bring⁴³

There is a poor sense of equality in our current legal doctrine⁴⁴. Equality cannot be understood only formally or ceremonially but is also related to underlying social inequality. This recognition is an important part of the quest for social justice and protection, but it fails to adequately understand how social engineering impoverishes, discriminates against, and oppresses certain groups. The impact of equality on people needs to be assessed because

[...] to protect women's rights, it is not enough to make a positivist reinterpretation of the norms that require it, but, in turn, the judicial operator must be involved in solving the problem, going beyond the normative dermis to understand in that forms the law and judicial practices, and in particular the evidentiary, reproduces or not the social roles and stereotypes that oppress women, affecting access to justice and the right to a fair decision.⁴⁵

Feminist constitutionalism confronts celebratory equality that ignores or silences the debate, for example, on identity guidelines, which in different periods was understood from different approaches, whether economic, utilitarian, rational, consequentialist, etc. The constitution is not blind, but sensitively defines the exclusion criteria, which is a celebration of equality.

The Identity guide provides a methodological framework for visualizing elements in the form of notation of formal equality. This is evident from the gender perspective offered by feminist constitutionalism, as the threat of gendered vulnerability is normatively contained when it is acknowledged in a limited or tacit manner. Political resistance, by introducing gender discussions and reflections, threatens the established legal logic based on supposed equality. Equality as a requirement for the exercise of citizenship is not an anti-sexist policy, but an essential component of a homogenous policy that ignores gender and its impact on access to rights, as particularly "blacks, women, the poor, LGBTQIA, minorities and religious minorities, indigenous peoples and people from under castes and groups have never enjoyed the benefits of full citizenship"⁴⁶.

What can be expected from the everyday application of feminist constitutionalism in spaces of legal intelligibility such as legal education? Expecting that with these values you will be able to benefit from the education system, it will become more provocative, thoughtful and purposeful. In other words, gender is not a single classroom or curriculum issue. It should always be a source and a place for reflection on the law, and it can also be an important platform for reflection on justice. Mackinnon,

If constitutionalism is too restrictive to take seriously the legal questions raised by the nature of gender inequality (.), then feminism has become a thing to do, not a flag to wave. Fortunately, feminism as a banner has become popular as a way to limit gendered work so it can be ignored, a way to give the rest of the world to unlabeled people so they can continue to do what they think. for more, undisputed and unchanging.⁴⁷

⁴³ SCHWARCZ, Lilian Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 174-175.

⁴⁴ FINEMAN, Martha A. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. *Yale J. L. & Feminism*, n. 20, 2018. Available in: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein:journals/yjfem20&div=4&id=&page=>. Access at: 03 out. 2022.

⁴⁵ RODRIGUES PENARANDA, María Luisa. El debido proceso con enfoque de género en Colombia. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Contitucionalismo Feminista*. expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2.

⁴⁶ COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

⁴⁷ MACKINNON, Catharine A. Prefácio. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). *Feminist constitu-*

The need to transform legal education from the perspective of diversity and inclusion advocated by feminist constitutionalism is presented. This requires a continuous, critical, and enthusiastic pedagogical transformation, understanding that no learning space is possible without consideration of all bodies, all races, classes, and genders. Transformation must begin with education, so that we can consciously organize educational spaces in such a way that people are aware of their ability to make a difference.

5 Conclusion

Education is transformation. If education is seen as exclusionary and non-emancipatory, the right to transformative education is seriously violated. For Nussbaum, the purpose of education is to change, shape and confront reality through democratic principles. The reductionist dogmatism that positions education only as promoting the market and profit must be confronted.⁴⁸

Education based on principles that promote respect, kindness and human dignity in all forms should be pursued. According to educator Paul Freire, “education doesn’t change the world, education changes people and people change the world.” In this context, the goal of education should be to empower and free people from their material conditions of life, race, class, gender, social status, place of residence, etc., which are essential for strengthening democratic practice.

The main problem with considering a gender perspective in legal education is that it is not just a litigation strategy or an isolated legal fact. The crux of the problem is that they refer to historically established legal structures that impose silence, restriction, sexism, elitism, and the exclusion of justice⁴⁹. Furthermore, feminist constitutionalism is this collective and not episodic mode of relationship, it is not reduced to a biological particularity or an episode of a distinct body, but is, “in fact, a mode of relationship that repeatedly places some aspect of this distinction in focus”.⁵⁰

Feminist constitutionalism is a theoretical force that evaluates how men and women are treated in terms of legal dynamics. What does it mean? This means that the criticism must be expressed in a broad interpretation of gender and legal relations, in addition to the fact that men and women do not have equal rights. A relationship that affects people and broadly seeks social justice.

Feminist constitutionalism insists that the degree of asymmetry between men and women is also related to the degree of mediocrity in a system that perpetuates violence. For example, if a large proportion of rape cases go unprosecuted, there may be a false and limited understanding of who and why rape is being committed. If women believe that systems of protection and condemnation do not foster an atmosphere of safety and acceptance, there is a risk that the recognition of gender perspectives is not enough to address fragile situations. Gender transformation of education is needed.

Women’s lives need educational transformation. Finally, the role of women was necessary to create the constitution of feminism. After all, we would have no idea of ourselves without our conditions. And the proposal is not “to limit feminism to one area, even if the space is larger than before, it will be another way to maintain male dominance as a discourse of power that was neutral and tolerant”⁵¹. Therefore, legal education needs to be thought of from a challenging, purposeful and transformative perspective, that is, the creation of a space of legal intelligibility based on such radical claims as feminist constitutionalism, in order

tionalism. global perspectives. New York: Cambridge University Press, 2012. p. xi.

⁴⁸ NUSSBAUM, Martha. *Sem fins lucrativos*: por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010. p. 357.

⁵⁰ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

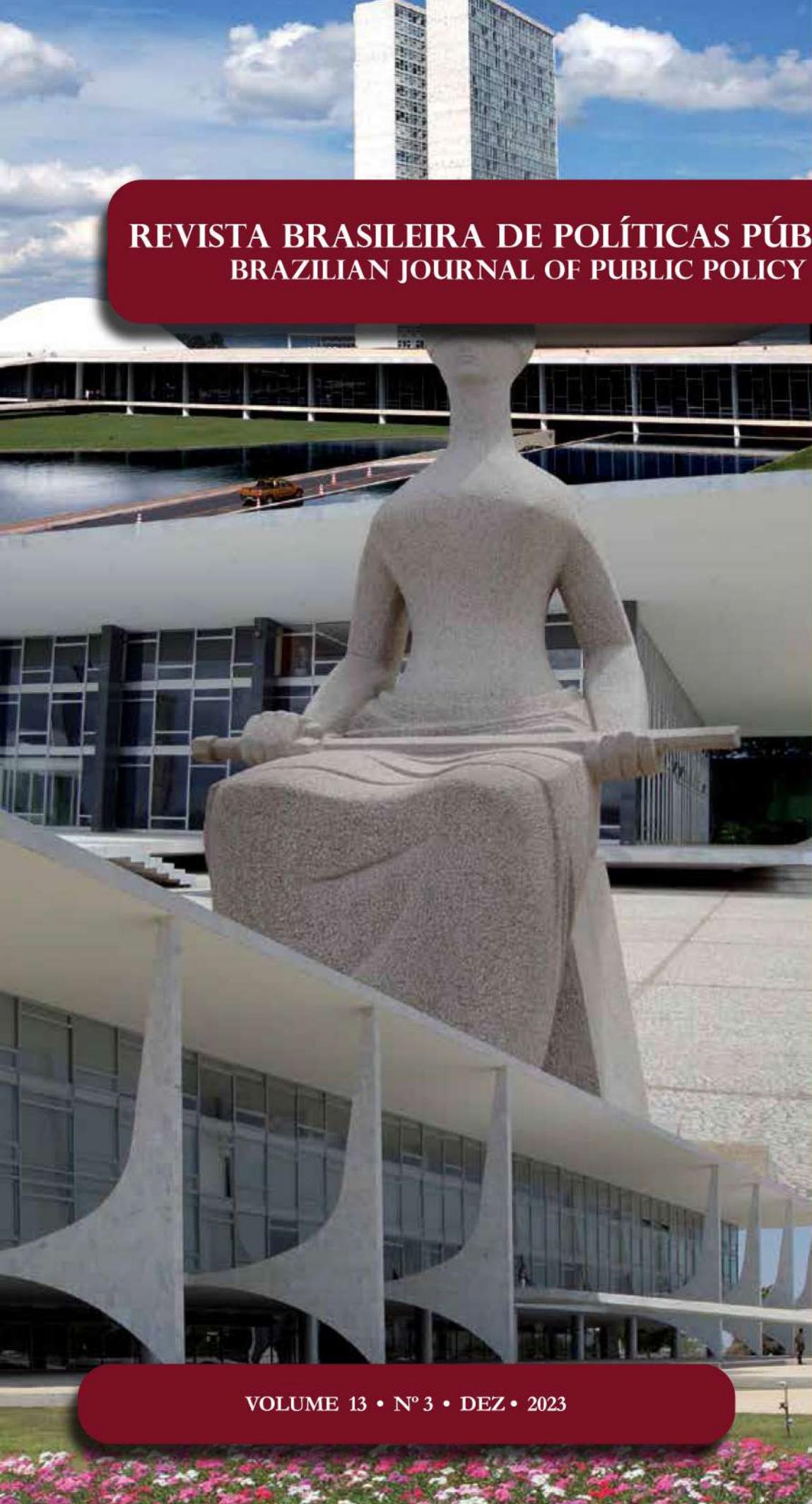
⁵¹ MACKINNON, Catharine A. Prefácio. In: BAINES, Beverly; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). *Feminist constitutionalism*. global perspectives. New York: Cambridge University Press, 2012. p. xii.

to be able to expand the entire structure of education. The pursuit of social justice is the main purpose of the Law.

References

- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Jandaíra, 2021.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930>. Access at: 07 set. 2022.
- BARTLETT, Khataryne T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, Boston, v. 103, n. 4, 1990. Available in: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty_scholarship. Access at: 02 out. 2022.
- BLANCO LOBO, Montserrat. ¿Y las relaciones de género? *Cuadernos Inter.c.a.Mbio*, Costa Rica, v. 3, n. 4, p. 161-169, 2006.
- BRAGA, Fábio R.; FACHIN, M. G. Patriarcalismo, capitalismo e gênero: vulnerabilidade feminina em tempos de Pandemia. In: SILVA, Michael César; LAFETA, Cyntia Teixeira Pereira Carneiro; MELO, Sabrina Torres Lage Peixoto de; OLIVEIRA, Valéria Edith Carvalho de (org.). *Impactos do Coronavírus no direito: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas*. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2022. v. 1. p. 382-402.
- BROWN, Kate. Re-moralising ‘vulnerability’. *People, Place & Policy*, v. 6, n. 1, p. 41-53, 2012.
- BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- CARCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli; CURY, Cristiane. O poder feminino no culto dos Orixás. In: NASCIMENTO, Elisa Larkin. (ed.). *Guerreiras de natureza: mulher negra, religiosidade e ambiente*. São Paulo: Grupo Editorial Summu, 2008.
- COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. São Paulo: Boitempo, 2021.
- COSTA, Elcias Ferreira da. *Do conteúdo de inteligibilidade do conceito a que corresponde a realidade jurídica ao Direito como propriedade metafísica do existir humano*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Available in: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3862/1/arquivo5033_1.pdf. Access at: 03 out. 2022.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DUVERNAY, Ava. Ava DuVernay interviews Angela Davis on this moment, and what came before. Entrevistada: Angela Davis. *Vanity Fair*, New York, 26 aug. 2020. Available in: <https://www.vanityfair.com/culture/2020/08/angela-davis-and-ava-duvernay-in-conversation>. Access at: 03 out. 2022.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.
- FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São Paulo: Elefante, 2018.

- FINEMAN, Martha A. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. *Yale J. L. & Feminism*, n. 20, 2018. Available in: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yjfem20&div=4&id=&page=>. Access at: 03 out. 2022.
- LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria E. Guimarães Teixeira. A mulher e o Poder Judiciário no Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2.
- MACKINNON, Catharine A. Prefácio. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH-RIO: SABERES E PRÁTICAS CIENTÍFICAS, 16., 2014, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: ANPUH, 2014. Available in: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Access at: 22 jan. 2017.
- NUSSBAUM, Martha. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- PEREIRA, Bruna Cristina Jaquetto. *Economia dos cuidados: marco teórico-conceitual (relatório de pesquisa)*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Available in: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7412>. Access at: 03 set. 2022.
- PETER, Christine. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Available in: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Access at: 05 set. 2022.
- RODRIGUES PEÑARANDA, María Luisa. El debido proceso con enfoque de gênero en Colombia. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). *Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2.
- ROSEMBERG, Fúlvia. Educação formal, mulher e gênero no Brasil contemporâneo. *Revista Estudos Feministas*, v. 9, n. 2, p. 515-540, 2001. Available in: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200011>. Access at: 09 set. 2022.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis*, v. 13, n. 1, p. 11-19, 2010. Available in: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Access at: 07 set. 2022.
- SCHWARCZ, Lilian Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editora, 2016.
- VASCONCELOS, Marcia. *Responsabilidades familiares*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2009.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Proteção interamericana aos direitos humanos da mulher: diretrizes para a implementação de leis e políticas públicas de gênero, com ênfase para o Brasil

Inter-american protection of women's human rights: guidelines to implementing gender laws and public policies, with focus on Brazil

Camila Carvalho Ribeiro

Thiago Oliveira Moreira

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Proteção interamericana aos direitos humanos da mulher: diretrizes para a implementação de leis e políticas públicas de gênero, com ênfase para o Brasil*

Inter-american protection of women's human rights: guidelines to implementing gender laws and public policies, with focus on brazil

Camila Carvalho Ribeiro**

Thiago Oliveira Moreira***

Resumo

Enfocam-se, no presente estudo, as diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a implementação de leis e políticas afirmativas de gênero, com ênfase para a atuação perante o Brasil. Além disso, analisa-se o resultado prático desses esforços no país, trazendo à baila uma série de políticas desenvolvidas diante do caso Maria da Penha Maia Fernandes. Para tanto, por meio de estudo doutrinário e de análise estatística, trabalhar-se-á, *a priori*, o conceito de equidade e direito às diferenças, que deflagram a importância de uma “discriminação positiva” para a concretização de políticas públicas mais justas e eficientes, que considerem as peculiaridades de cada indivíduo ou grupo social e suas vulnerabilidades. Superada essa análise conceitual, por meio de pesquisa teórica (bibliográfica e documental), votar-se-á para o Sistema Interamericano de proteção ao gênero feminino, a partir de dois postos-chaves: i) breve contextualização histórica, social e filosófica dos direitos humanos e dos direitos humanos da mulher e ii) recorte histórico-normativo. O propósito é explorar a razão relativa aos fenômenos envolvendo as leis e políticas de gênero implementadas. Ao final, por meio de investigação documental, serão abordadas as principais diretrizes propostas pela CIDH na temática, as quais resultaram na criação uma série de leis e políticas afirmativas no Brasil, observando-se a progressão da realidade brasileira ao longo do tempo, em matéria de políticas de gênero, concluindo-se que, embora as leis e políticas afirmativas sejam crescentes, a violência de gênero no Brasil, ainda, é preocupante.

Palavras-chave: sistema interamericano; comissão interamericana; direito das mulheres; leis e políticas públicas de gênero; Brasil.

Abstract

This academic study aims to delve into the inter-American guidelines in regards to implementing gender laws and public policies, with a focus on Brazil's reality. Furthermore, it intends to analyze the practical results of

* Recebido em 21/05/2022
Aprovado em 25/07/2022

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); pesquisadora no projeto Direito, Estado e Feminismos nos 30 anos da Constituição: estudos sobre interseccionalidade (UFRN); pós-graduada em trabalho e processo do trabalho pela Damásio Educacional; pós-graduada em direito processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; graduada em Direito pela UFRN; advogada.
E-mail: camilacribeiro_@hotmail.com.

*** Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Professor/Pesquisador Visitante da Universidade Lusófona do Porto. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN).
E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

the efforts within the country, showcasing several public policies developed in Brazil since the Maria da Penha Maia Fernandes case. Based upon doctrinal studies and statistical analysis, the research will establish the concepts of equity and the right to be different, conveying the importance of “positive discrimination” to achieve fairer and more efficient public policies that take into account the peculiarities of each person or group and their vulnerabilities. Succeeding this conceptual analysis, the study will use theoretical research (bibliographic and documentary) to analyze the Inter-American System of woman’s rights protection, especially from two perspectives: i) a brief historical, philosophical and social contextualization of human rights and women’s human rights and ii) historical-normative clip. The purpose is to explore the “whys” behind the phenomenons involving the gender laws and public policies developed. Finally, through a documental investigation, this study will address the most relevant guidelines proposed by the Inter-American Court of Human Rights concerning this topic and how they led to creating many laws and affirmative policies in Brazil. Ultimately, it will be depicted a timeline of the gender policies evolution in Brazil’s context, which leads to conclude that, despite the growing number of gender laws and public policies in Brazil, the gender violence in the country is still concerning.

Keywords: inter-american system; inter-american commission; women’s rights; gender laws and public policies; Brazil.

1 Introdução

A proteção aos direitos humanos, nas suas mais diversas vertentes, tornou-se uma preocupação de âmbito global, na medida em que existe o compromisso de ordem internacional quanto à preservação dos direitos mais caros ao indivíduo.

Nessa perspectiva, ao término da Segunda Guerra Mundial e considerando-se a conscientização em relação às atrocidades perpetradas no referido conflito armado, houve a necessidade de reformulação do sistema jurídico como um todo, rompendo com a rigidez do positivismo e de uma teoria pura do direito, para se aproximar dos valores e de um sistema jurídico humanizado, norteados pela preservação da dignidade da pessoa humana, pela igualdade e não discriminação e pelo direito às diferenças.

Embora necessária, essa proteção concedida ao ser humano, de forma geral e abstrata, passou a ser insuficiente. Era preciso conferir a determinados grupos uma proteção específica, especialmente quando deflagradas determinadas vulnerabilidades ou hipervulnerabilidades.

Nesse contexto, diante de construções históricas, culturais, sociais, econômicas, jurídicas e políticas, pautadas no patriarcado e em enraizados estereótipos de gênero, o que fez com que as diferenças entre homens e mulheres significassem dominância do masculino sobre o feminino, deflagrando a discriminação, a opressão e a violência vivenciada pelas mulheres, tornou-se primordial voltar os olhares para elas, com base na universalização dos direitos humanos específicos ao gênero feminino.

Assim, os direitos humanos das mulheres têm sido cada vez mais abordados no cenário internacional, incorporando-se aos tratados internacionais de direitos humanos, com enfoque para alguns conteúdos centrais, tais como: a discriminação contra a mulher; a violência contra esse gênero; os direitos sexuais e reprodutivos femininos e o recorte étnico-racial.

Aliada à criação de um sistema jurídico de proteção universal às mulheres, a partir da incorporação de normas protetivas ao gênero feminino na legislação externa, coube aos mais diversos órgãos internacionais incentivar a elaboração e aplicação de políticas públicas voltadas para esse público e, especialmente, destinadas às mulheres em situação de hipervulnerabilidade, a fim de promover a equidade entre os gêneros e eliminar quaisquer situações de desequilíbrio ainda existentes entre homens e mulheres, respeitando-se, especialmente, o direito às diferenças.

Embora tais políticas afirmativas aconteçam em âmbito interno, pela ação governamental dentro das esferas dos próprios Estados, há uma série de diretrizes e normativas externas, que surgem por intermédio de uma rede de proteção internacional, que atua, de forma cooperativa e sistêmica, no objetivo comum de proteger os direitos humanos das mulheres.

Nesse viés, num recorte geral, analisa-se, neste estudo, a atuação dos Sistema Interamericano, especialmente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão especializado da Organização dos Estados Americanos (OEA), em suas recomendações e políticas de gênero.

Desse modo, questiona-se: quais as diretrizes da CIDH no que tange à obrigação dos Estados Parte em implementar políticas públicas de proteção à mulher, especialmente em relação à prevenção de atos discriminatórios e violentos contra esse gênero, bem como ao acolhimento a mulheres já inseridas na situação de violência? Além disso: quais foram os resultados, até então, dos esforços promovidos pela CIDH, em matéria de políticas públicas de gênero no Brasil?

Para responder aos questionamentos ora apresentados, a pesquisa se debruçou, *a priori*, em uma análise doutrinária, para a, então, compreensão do significado de equidade e do direito às diferenças. Entender o significado desses termos é primordial para a conscientização de que vivemos em uma sociedade plural e que determinadas individualidades precisam ser consideradas, para que não se anule, e, sim, respeite-se essa diversidade.

Tal compreensão repercutirá em leis e políticas públicas mais justas e eficientes e isso se aplica, perfeitamente, às questões de gênero, diante de uma dívida histórica vivenciada pelas mulheres, a qual exige um dever estatal de tutela, especialmente em face daquelas mulheres em situação de hipervulnerabilidade (a exemplo de mulheres pobres e negras), em que o débito social é gritante.

Assim, para deflagrar essas individualidades, utilizou-se de dados estatísticos, demonstrando que, embora se verifique uma maior ocupação de mulheres na esfera pública, isso, ainda, acontece de forma desigual, em que mulheres ainda são exploradas, subordinadas e oprimidas nos ambientes públicos (seja no espaço político, seja no labor etc.), sendo, portanto, necessária a chamada “discriminação positiva”, especialmente quanto à proteção da maternidade e do mercado de trabalho da mulher, sendo ainda mais cogente ao se fazer um recorte econômico e racial, a fim de conferir maior proteção a mulheres hipossuficientes, pardas e pretas.

Superado o entendimento acerca dos conceitos de equidade e do direito às diferenças, passar-se-á a analisar o Sistema Interamericano de proteção ao gênero feminino, a partir dos seguintes pontos: i) breve contextualização histórica, social e filosófica dos direitos humanos e dos direitos humanos da mulher e ii) recorte histórico-normativo. Para tanto, utilizou-se de pesquisa teórica, com base em uma análise bibliográfica e documental, com objetivo meramente exploratório.

O último tópico, por sua vez, versa sobre o Sistema Interamericano de Proteção à Mulher e o desenvolvimento de políticas afirmativas de gênero. Fez-se uma análise das principais diretrizes propostas pela CIDH e das principais políticas afirmativas implementadas pelo Brasil, tendo como marco histórico o caso Maria da Penha Maia Fernandes.

Todavia, utilizou-se o referido caso, apenas, como marco temporal para o desenvolvimento de uma série de medidas estruturais e estratégicas, em face da violência contra mulheres no Brasil. Exploraram-se, também, essas Medidas no estudo em apreço. O objetivo não foi tratar acerca do caso Maria da Penha com profundidade, fazendo-se, apenas, um breve estudo de caso, para, então, trazer à tona a evolução, no Estado brasileiro, acerca das leis e políticas públicas implementadas em nível nacional.

Mais uma vez, realizou-se pesquisa exploratória, especialmente com base em investigação documental, observando-se a progressão da realidade brasileira ao longo do tempo, a respeito da temática do direito das mulheres.

Assim, o estudo possui, em síntese, método de abordagem dedutivo; natureza pura ou básica, a fim de se explorar a razão relativa aos fenômenos envolvendo as leis e políticas de gênero; pesquisa teórica e empírica, com análise bibliográfica, documental e estatística; abordagem qualitativa, objetivos descritivo e exploratório, cujo propósito maior é a avaliação formativa, isto é, averiguar a progressão/aperfeiçoamento das leis e políticas públicas de gênero em relação à realidade brasileira.

2 A equidade e o direito às diferenças

Como assevera Boaventura de Sousa Santos, “falar do direito à diferença nunca é o mesmo que reivindicar direitos iguais para todos”. Trata-se da aplicação do imperativo por ele enunciado: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”¹.

Nessa linha de pensamento, Boaventura defende a ideia de uma aplicação generalista das leis, simultânea a uma proteção jurídica direcionada a um grupo tendencialmente excluído, em decorrência de um processo histórico de hierarquização, em que “grupos hegemônicos constroem e impõem linguagens, ideologias e crenças que implicam a rejeição, a marginalização ou o silenciamento de tudo o que lhes oponha”².

Nessa perspectiva, Boaventura compartilha o entendimento de que o processo de inclusão esbarra no universalismo essencialista que deixa de considerar as especificidades dos contextos. Por isso, o referido autor propõe o conceito de universalismo útil, em que “a difusão dos princípios universais da não discriminação se articula com a manutenção de recursos identitários constitutivos de subculturas valorizadas pelos sujeitos envolvidos”³, para que o discurso em defesa dos “direitos iguais” não anule a diversidade existente no âmbito social.

Nesse sentido, Audre Lorde⁴ dispõe que ao oprimido cabe “ensinar ao opressor seus erros”. E complementa: “nós, pessoas negras e do Terceiro Mundo, temos de educar pessoas brancas acerca de nossa humanidade. As mulheres têm de educar os homens. As lésbicas e os homens gays têm de educar o mundo heterossexual”. E isso acontece, pois a tendência é que o opressor se mantenha inerte, de modo a fugir de qualquer responsabilização sob seus atos.

Ademais, para a referida autora, não são as diferenças que possuem um caráter segregador, mas a recusa em reconhecê-las e “em examinar as distorções que resultam do fato de nomeá-las de forma incorreta e aos seus efeitos sobre o comportamento e a expectativa humana”⁵. Conforme Audre Lorde,

a rejeição institucionalizada da diferença é uma necessidade absoluta em uma economia baseada no lucro que precisa de forasteiros como superávit. Como membros dessa economia, todos nós fomos programados para reagir com medo e ódio às diferenças humanas e a lidar com essas diferenças de determinada maneira, dentre três: ignorá-las e, se isso não for possível, imitá-las se acharmos que são dominantes, ou destruí-las se acharmos que são subordinadas. Mas não temos modelos para conviver

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 339.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 339.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 339-340.

⁴ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 246-247.

⁵ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 247.

com nossas diferenças como iguais. Em consequência disso, essas diferenças têm sido mal interpretadas e mal utilizadas a serviço da separação e da confusão⁶.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, é “imprescindível que a lei em si considere a todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevailecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal”⁷. Há, portanto, um reconhecimento necessário do direito às diferenças para a efetiva promoção da justiça. Mas, para que essa lei seja assim conduzida, é preciso, primeiramente, reconhecer o opressor que há no nosso próprio íntimo, oriundo do que Audre Lorde chamou de “padrões internalizados de opressão”⁸ e, para além disso, é imperativo desenraizá-los, para, então, quebrar com “o velho modelo dominante/subordinado do relacionamento humano”⁹, pois, conforme Lorde: “nossa sobrevivência futura depende de nossa capacidade em nos relacionar na igualdade”¹⁰, apesar das diferenças.

Robert Alexy, compartilhando o entendimento do historiador e filósofo Adalbert Podlech, aduz que inexistindo um motivo suficiente para a permissão de um tratamento desigual, o tratamento igual torna-se obrigatório. Em contrapartida, “se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então é obrigatório um tratamento desigual”¹¹.

Considerando-se a temática a que se debruça o presente estudo, vislumbra-se que o direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres se encontra estampado em uma série de tratados e convenções internacionais. Conforme elencado no tópico anterior, o Sistema Interamericano de Proteção à Mulher tem como premissa básica o direito à igualdade entre os gêneros. No ordenamento jurídico brasileiro isso não é diferente: o art. 5º, I, da Constituição Federal aduz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Muito embora a redação expressa no texto constitucional, em consonância com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário verse acerca de um direito geral de igualdade, é necessário considerar que o art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, aponta como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ressalte-se que a não discriminação, em razão da origem, raça, sexo, cor, idade etc., encontra-se, também, prevista nos tratados e convenções internacionais. A exemplo disso, a já citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos elenca, em seu art. 1º, que é compromisso dos Estados Partes o respeito aos direitos e liberdades reconhecidos no referido documento, bem como o exercício desses direitos de forma livre e plena a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Todavia, como aborda Flávia Piovesan, transita-se de uma igualdade geral e abstrata, para uma proteção específica e concreta. A autora defende que reconhecer as identidades e o direito à diferença é o que conduzirá a sociedade a uma plataforma emancipatória e igualitária. Para a autora, “a emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz do movimento feminista, sobretudo de sua vertente crítica e multiculturalista”¹².

⁶ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 247.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 133.

⁸ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 254.

⁹ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 254.

¹⁰ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 254.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2015. p. 409-410.

¹² PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf.

Na mesma linha de pensamento de Robert Alexy, Leonardo Martins assevera que, ao se verificar um tratamento desigual, questiona-se a razão pela qual isso aconteceu, analisando-se a possível existência de uma justificativa constitucional para tanto, uma vez que esse tratamento desigual pode ter como propósito, justamente, a “promoção do bem de todos”, insculpida no citado art. 3º, inciso IV, da CF¹³.

Com isso, deflagra-se um grande problema hermenêutico: o de determinar o alcance específico do efeito vinculante do mencionado dispositivo legal¹⁴. Para Leonardo Martins, o tratamento desigual entre homens e mulheres acontece “por uma desvantagem sofrida por um dos sexos ou também pelo privilégio a ser concedido somente um deles (“*reverse discrimination*”)”. Diante da realidade vivenciada pelas mulheres, pelas mais variadas discriminações sofridas, há um dever constitucional de atuação estatal em benefício principalmente desse gênero, a fim de reparar uma dívida histórica existente.

Nas palavras de Leonardo Martins:

[...] o combate as desvantagens históricas sofridas pela mulher, tem sido cada vez mais entendido como um dever estatal de tutela que limita positivamente a discricionariedade do legislador, i.e., retira-lhe a competência de seguir exclusivamente seu juízo de indicação e oportunidade, impondo-lhe o dever específico de legislar para coibir agressões ao direito fundamental provenientes de particulares, no caso, discriminações sofridas pela mulher precipuamente nos contextos familiares, econômicos e trabalhistas¹⁵.

Nessa perspectiva, atentando-se à realidade vivida hoje, por exemplo, apesar de as mulheres ocuparem espaços cada vez mais significativos no mercado de trabalho, adquirindo cada vez mais liberdade e autonomia financeira, ainda se evidencia uma maior ocupação de mulheres, especialmente negras, em atividades relacionadas aos cuidados¹⁶ e afazeres domésticos, se comparadas aos homens. O estudo “estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, 2ª Edição, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2021, deflagra que,

no Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). Embora na Região Sudeste as mulheres dedicassem mais horas a estas atividades (22,1 horas), a maior desigualdade se encontrava na Região Nordeste. O recorte por cor ou raça indica que as mulheres pretas ou pardas estavam mais envolvidas com os cuidados de pessoas e os afazeres domésticos, com o registro de 22,0 horas semanais em 2019, ante 20,7 horas para mulheres brancas. Para os homens, contudo, o indicador pouco varia quando se considera a cor ou raça ou região. Entre as mulheres, também há diferenças marcantes por rendimento domiciliar per capita, com uma média maior de horas trabalhadas nas atividades de cuidados e afazeres domésticos entre aquelas que fazem parte dos 20% da população com os menores rendimentos (24,1 horas) em comparação com as que se encontram nos 20% com os maiores rendimentos (18,2 horas). Essa diferença mostra que a renda é um fator que impacta no nível da desigualdade entre as mulheres na execução do trabalho doméstico não remunerado, uma vez que permite acesso diferenciado ao serviço de creches e à contratação de trabalho doméstico remunerado, possibilitando a delegação das atividades de cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos, sobretudo a outras mulheres.¹⁷

Acesso em: 17 mar. 2022. p. 75.

¹³ MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 222-229. p. 226.

¹⁴ MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 222-229. p. 240.

¹⁵ MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 222-229. p. 241.

¹⁶ Quanto as atividades de “cuidado” exercidas, primordialmente, pelas mulheres, importante elucidar que estas não se restringem apenas aos trabalhos não remunerados voltados aos próprios lares. Existe uma série de profissões que trazem esse “dever de cuidado”, tais como: trabalhos domésticos remunerados, a exemplo das empregadas domésticas, babás e cuidadoras de idosos; auxiliar de serviços gerais; cargos direcionados à educação infantil; enfermagem e técnico em enfermagem; fisioterapia e técnico em fisioterapia, nutrição; assistência social; psicologia, etc.

¹⁷ IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. 2. ed. 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

O fato de existirem mais mulheres negras ocupando atividades de cuidados evidencia o preconceito estrutural ainda enraizado na sociedade, mostrando que essas mulheres compõem um quadro de hipervulnerabilidade, merecendo, ainda mais atenção, por meio das mais variadas estratégias de inclusão social.

Outro ponto preocupante diz respeito à carga horária, que desponta como fator fundamental o diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres, determinado pela divisão sexual do trabalho, aponta que as mulheres que necessitam conciliar a atividade remunerada com as tarefas domésticas e de cuidados optam por laborar em locais que possuam carga horária reduzida¹⁸.

Outra preocupação ainda diz respeito às variações salariais entre homens e mulheres. No Brasil, segundo aponta estudo “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, divulgado, em 2021, pelo IBGE, as mulheres seguem recebendo cerca de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do que os homens recebem, ou seja, cerca de 77,7% (setenta e sete vírgula sete), sendo essa desigualdade ainda maior entre as pessoas inseridas nos grupos ocupacionais que auferem maiores rendimentos, como cargos de diretoria e gerência e profissionais das ciências e intelectuais, grupos em que as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% (sessenta e um vírgula nove por cento) e 63,6% (sessenta e três vírgula seis por cento) do rendimento dos homens¹⁹.

Ademais, embora se verifique uma maior ocupação das mulheres na esfera pública, para além do trabalho doméstico não remunerado, isso ainda é acompanhado de novas formas de desigualdade, pois o patriarcado tem se modificado de um empreendimento o qual, na medida em que diminui o confinamento das mulheres ao ambiente doméstico, transfere a exploração desse gênero para o ambiente público, em condições de subordinação e opressão, seja no meio laboral e até mesmo nos espaços de poder (a exemplo da política)²⁰.

Enquanto se naturalizarem as desigualdades existentes entre homens e mulheres, “será impossível conceber uma sociedade na qual as diferenças não signifiquem dominância ou subordinação”²¹. Por isso, ainda se torna necessária a aplicação do que a doutrina convencionou chamar de “discriminação positiva”, permitida no direito brasileiro, na ótica do professor Leonardo Martins, em face de dois propósitos: “proteção da maternidade e do mercado de trabalho da mulher”²².

Essa discriminação positiva também deve ser aplicada a situações de hipervulnerabilidade, quando a condição de ser mulher ainda se soma, por exemplo, à exclusão por questão de hipossuficiência financeira ou em decorrência da raça.

Assim, é necessária uma soma de esforços para se construir uma igualdade entre os gêneros, mas ainda tendo como premissa o respeito às diferenças, seja na elaboração e aplicação de leis, seja na formulação de políticas públicas. Inclusive, não se trata de uma iniciativa local (Brasil), mas de caráter global, para que os Estados adotem medidas especiais no intuito de acelerar essa igualdade entre homens e mulheres, enquanto ainda persistirem situações desiguais e discriminatórias em relações ao gênero feminino.

¹⁸ O estudo “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil” – 2ª Edição, do IBGE, no indicador “proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo (CMIG 14)”, revelou que, em 2019, cerca de 1/3 das mulheres estavam ocupadas em tempo parcial — até 30 horas —, quase o dobro do verificado para os homens (15,6%). Na desagregação espacial, observa-se que as Regiões Norte e Nordeste apresentaram as maiores proporções de mulheres ocupadas em trabalho parcial, 39,2% e 37,5%, respectivamente. Na análise por cor ou raça, as mulheres pretas ou pardas eram as que mais exerciam o trabalho parcial, que representava 32,7% do total, enquanto, entre as brancas, o percentual foi de 26,0%. IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. 2. ed. 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

¹⁹ IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. 2. ed. 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

²⁰ LUCENA, Mariana Barreto Nóbrega de. *Morte violenta de mulheres no Brasil e novas vulnerabilidades: da violência do patriarcado privado à violência do patriarcado público*. Gramado/RS: Aspas Editora, 2020. p. 80-86.

²¹ GERDA, Lerner. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 284-285.

²² MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 222-229, p. 241.

3 O sistema interamericano de proteção à mulher

Para compreender o Sistema Interamericano de proteção ao gênero feminino, importa, *a priori*, fazer uma breve contextualização histórica, social e filosófica acerca do processo de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para, assim, direcionar os estudos aos direitos humanos da mulher, com ênfase para essa atuação regionalizada.

Não obstante, é necessário, também, trazer à baila, as principais normas e diretrizes que compõem o referido Sistema na temática dos direitos humanos da mulher, as quais repercutem o desenvolvimento de políticas afirmativas de gênero, no âmbito dos Estados Partes, a exemplo do Brasil, que serão foco de estudo no tópico subsequente.

3.1 Breve contextualização histórica, social e filosófica

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, e diante de tantas violações aos direitos humanos, foi imprescindível conferir ao indivíduo um piso mínimo de proteção, tendo como premissa básica a igualdade formal ou igualdade perante a lei. É nesse contexto que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se consolida, com base na reconfiguração dos direitos humanos sob um referencial axiológico, cujo paradigma ético estava na aproximação entre o direito e a moral, de forma que “o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hanna Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos”²³.

Nesse sentido, Thomas Buergenthal compartilha da crença de que parte das violações vivenciadas no referido conflito armado poderiam ter sido prevenidas na existência de um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos²⁴. Com isso, elucida-se que os “direitos humanos” se encontram vinculados ao direito internacional público, uma vez que a sua esfera de proteção vai além das fronteiras dos Estados, alcançando importância global, mormente a necessidade em ampliar a proteção aos direitos mais caros ao indivíduo, especialmente frente às arbitrariedades perpetradas por autoridades estatais²⁵.

Conforme Flávia Piovesan, verifica-se, com isso, duas importantes consequências. A primeira, quanto ao reexame da concepção tradicional de soberania do Estado, a partir da sua relativização: “[...] transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania, centrada no Estado, para uma concepção ‘kantiana’ de soberania, centrada na cidadania universal”²⁶. A segunda, quanto à ideia de que o indivíduo, enquanto sujeito de direitos, merece vê-los protegidos em âmbito internacional²⁷.

Nessa ótica, com a queda do regime nazista e com a necessária valorização dos direitos humanos e, então, reformulação do ordenamento jurídico em torno dessa nova perspectiva, o que antes sofria influência do positivismo e da ideia de norma-regra, passa a ter como referência o sistema de valores ou normas-princípios, sob a ótica humanista do direito e do consenso universal de proteção do indivíduo²⁸.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191.

²⁵ “A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução” PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj-tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 71.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 68.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 68.

²⁸ GURGEL, Yara Maria Pereira. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. Tese (Pós-Doutorado em Direito e Ciências Jurídicas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 32.

Ora, se o sistema positivista, que teve seu ápice no início do século XX, apresentava como princípio metodológico central a separação do Direito de quaisquer influências externas, ou, nas palavras de Hans Kelsen, de “tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito”²⁹, tornando-o autossuficiente e autocentrado, o pós-positivismo rompeu essa teoria pura do direito, supostamente imune a valores e impossibilitada de perceber a realidade vivida³⁰.

À luz da concepção contemporânea dos direitos humanos, Flávia Piovesan, parafraseando Hannah Arendt, aduz que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”³¹. Desse modo, “refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”³².

O pós-positivismo, advindo com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento do neoconstitucionalismo, reencontra-se, nas palavras de Piovesan, com a filosofia kantiana e com “as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua”³³. Na Teoria de Immanuel Kant, o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca meio, de modo que esse homem não pode ser rebaixado à condição de objeto.³⁴

A redução do homem à qualidade de objeto foi exatamente o que se vivenciou no conflito armado ora elucidado, deflagrando a urgente necessidade em revisitar e reanalisar os valores e condutas sociais. E é justo nesse cenário que se verifica um esforço global para se reconstruírem os direitos humanos.

Destarte, considerando-se o sistema interamericano, objeto do presente estudo, desponta, como instrumento de maior relevância na temática de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto San José da Costa Rica), de 1969, a qual versa sobre prestações positivas e negativas obrigatórias aos Estados Partes, primando pela não violação dos direitos³⁵ nela contidos, bem como pela adoção de medidas necessárias ao pleno exercício desses direitos, oferecendo um aparato de controle e ação integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (a qual promove a observância e a proteção dos direitos humanos na América) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional, de competência consultiva e contenciosa)³⁶.

Conforme aponta Piovesan³⁷, a partir de uma análise histórica, depreende-se que as mais graves violações aos direitos humanos se “justificaram” na dicotomia do “eu *versus* o outro”, “em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos”, como se esse outro fosse inferior em sua dignidade, um ser descartável e supérfluo, negando-se o reconhecimento da pluralidade humana.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Anotação preliminar sobre conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 97-102. p. 97.

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.63.

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 65.

³⁴ “O imperativo prático será pois o seguinte: Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio [...]. Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 69-70.

³⁵ São direitos básicos contidos na referida Convenção, o direito à vida; à integridade; proibição da escravidão e servidão; liberdade em diversos aspectos; garantias judiciais; proteção da honra e dignidade; proteção da família; direito ao nome; à nacionalidade; direitos da criança; direitos políticos; igualdade e não discriminação (inclusive sexual) etc.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 326.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 72.

Assim, o “temor à diferença”, na compreensão da referida autora, impulsionou a primeira fase da proteção dos direitos humanos, “marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal”³⁸. O que se percebeu, todavia, é que essa proteção geral e abstrata, necessária em um momento imediato, era insuficiente em longo prazo, especialmente quando, em face das peculiaridades inerentes a determinados grupos sociais mais vulneráveis e que vivenciam, diariamente, situações de exclusão, marginalização, preconceito e abuso de direitos.

Tornou-se necessário, então, consolidar um sistema de proteção diferenciada, a fim de traçarem-se diretrizes mais eficientes à concretização dos direitos humanos das pessoas ou grupos de pessoas específicas, especialmente em situação de vulnerabilidade, a exemplo das mulheres, que por anos sofrem com os reflexos de uma sociedade construída sobre alicerces machistas e patriarcais. Nas palavras de Piovesan,

torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial³⁹.

Ademais, a citada autora elucida três vertentes acerca da concepção de igualdade: i) igualdade formal ou igualdade perante a lei; ii) igualdade material atrelada ao ideal de justiça social e distributiva (denotando-se, nesse ponto, o critério socioeconômico); e iii) igualdade material alicerçada ao ideal de justiça no reconhecimento das identidades (incluindo-se, portanto, aspectos de gênero, raça, etnia, orientação sexual, idade etc.). Além disso, parafraseando Nancy Fraser, Piovesan aduz que “a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades”⁴⁰.

Nesse viés, para Siqueira e Andrecioli⁴¹, conquistar a igualdade real e eficaz entre os gêneros é uma questão de direitos humanos, de justiça, de desenvolvimento social, econômico, político e social. Para além disso, é também requisito, para eliminar a violência de gênero, um problema que transcende estereótipos culturais, tais quais a classe social, o nível acadêmico, a idade, a religião ou etnia⁴².

³⁸ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 73.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 73.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022. p. 73.

⁴¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9764>. Acesso em: 25 out. 2021. p. 9.

⁴² “A aceitação, tolerância e perpetração de violência de gênero, além de um sintoma de uma clara ausência de igualdade, é uma questão universal que transcende estereótipos culturais, classes sociais, nível de renda, formação acadêmica, idade, religião ou etnia. Alcançar a igualdade real e eficaz entre mulheres e homens é uma questão de direitos humanos, de justiça e de desenvolvimento social e econômico, político e social. Alcançar essa igualdade também é um requisito essencial para acabar com a violência de gênero, um problema público e uma injustiça social que questiona os princípios democráticos de um Estado” SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9764>. Acesso em: 25 out. 2021. p. 10.

Assim, conforme Piovesan, observando-se as três últimas décadas, a temática dos direitos humanos das mulheres vem sendo incorporada aos tratados internacionais com enfoque para três eixos centrais: a discriminação contra a mulher; a violência contra esse gênero e os direitos sexuais e reprodutivos femininos⁴³.

Dessa maneira, a OEA, a partir da Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), criada ainda em 1928, e de seus órgãos especializados, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não poderia ficar alheia ao compromisso de promover a observância e a defesa dos direitos humanos das mulheres.

A CIM foi o primeiro órgão intergovernamental instituído para assegurar o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. Suas principais funções são: i) apoiar os Estados Membros no cumprimento de seus compromissos assumidos nos níveis internacional e interamericano sobre os direitos humanos da mulher e a igualdade de gênero; ii) apoiar os Estados Membros na promoção da participação e liderança plena e igualitária das mulheres em todas as áreas da vida; iii) promover a participação e liderança das mulheres no planejamento e implementação de políticas e programas públicos; e iv) assessorar a OEA em todos os assuntos relacionados aos direitos da mulher e à igualdade de gênero⁴⁴.

No que tange à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, atribuiu-se a responsabilidade de recomendar aos Estados Partes que estes adotem medidas progressivas, em defesa e em respeito aos direitos humanos (o que inclui o gênero feminino), na esfera de suas leis internas e preceitos constitucionais.

Ademais, dentre as suas funções, insculpidas no art. 41, da CIDH, estão: i) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; ii) preparar os estudos ou relatórios; iii) solicitar informações em matéria de direitos humanos aos Estados Membros; iv) atender às consultas formuladas pelos Estados Partes; v) atuar com respeito às petições e outras comunicações; e vi) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A Corte Interamericana, por sua vez, constitui órgão jurisdicional, de competência consultiva e contenciosa, atuando, assim, na resolução de controvérsias e na aplicação de sanções aos Estados Partes, em caso de condenação.

3.2 Recorte histórico-normativo

No âmbito da OEA, na Sétima Conferência Internacional Americana, realizada em Montevideo, em 1933, houve a primeira participação de mulheres. Na ocasião, apresentou-se um estudo detalhado, promovido pelas dirigentes da CIM, acerca da condição jurídica da mulher em cada uma das 21 repúblicas americanas participantes, especialmente quanto à desigualdade de direitos, recomendando-se, com isso, a adoção de tratados preliminares em prol da igualdade de direitos entre os gêneros e acerca do direito à nacionalidade da mulher⁴⁵.

Todavia, naquele momento, não houve a aprovação de um Tratado sobre Igualdade de Direitos para as Mulheres. Todavia, a Conferência adotou a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher (1934), que permitia que as mulheres mantivessem sua própria nacionalidade em caso de casamento com um homem de nacionalidade distinta, o que já era um avanço em prol dos direitos femininos⁴⁶.

⁴³ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9764>. Acesso em: 25 out. 2021. p. 76.

⁴⁴ OEA. *Misión y mandatos*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/CIM/nosotros.asp>. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁴⁵ CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

⁴⁶ CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

Apesar das dificuldades enfrentadas na 2ª Guerra Mundial, a CIM seguiu sua luta e, como parte dos esforços internacionais para avançar na causa feminina, as delegadas da Comissão tiveram papel decisivo em 1946, ao assegurar a criação, nas Nações Unidas, da Comissão sobre a Situação da Mulher, em resposta aos esforços da aliança interamericana durante o conflito armado⁴⁷.

Assim, em 2 de maio de 1948, por ocasião da IX Conferência Internacional Americana, na cidade de Bogotá, Colômbia, assinaram-se a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher e a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis da Mulher, cujas aspirações estavam em promover a equiparação entre homens e mulheres no gozo e exercício dos seus direitos políticos e civis. Outro fato ocorrido foi a elaboração do próprio Estatuto Orgânico da CIM⁴⁸.

No Brasil, promulgaram-se ambas as convenções pelo Decreto n.º 28.011, de 19 de abril de 1950 e pelo Decreto n.º 31.643, de 23 de outubro de 1952, respectivamente.

O final dos anos 1940 e os anos de 1950 foram marcados pela luta feminista em prol do direito à educação e capacitação das mulheres em todos os níveis, bem como pelos direitos sociais e econômicos. Ficou evidente a necessidade de uma legislação social que garantisse às mulheres uma remuneração justa e condições mais dignas de trabalho. Assim, os programas desenvolvidos pela CIM ofereciam cursos de capacitação, a fim de gerar oportunidade de renda às mulheres urbanas e rurais⁴⁹.

Destarte, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, assinou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual foi promulgada pelo Brasil com base no Decreto n.º 678, em 6 de novembro de 1992.

A CADH enumera, em seu capítulo I, os deveres dos Estados Partes, dentre eles a não discriminação “por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (art. 1º).

Continuamente, em 1976, a CIM aprovou um Plano de Ação, o qual previa a participação plena e igualitária das mulheres na vida socioeconômica dos Estados Membros da OEA⁵⁰.

Os anos de 1980, por sua vez, marcaram uma nova etapa da CIM na luta pela dignidade das mulheres, tendo como enfoque a violência perpetrada contra meninas e mulheres, o que acontece em escala mundial. Assim, em 1990, a CIM redigiu e aprovou a Declaração Sobre a Erradicação da Violência contra a Mulher e em 1991. Durante a Assembleia Geral da OEA, aprovou-se a resolução sobre proteção da mulher contra a violência, a qual servirá de embasamento, em 1992, para o anteprojeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁵¹.

Destarte, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, doravante denominada “Convenção Belém do Pará”, foi adotada em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, e promulgada pelo Brasil no dia 1 de agosto de 1996, a partir do Decreto nº 1.973.

⁴⁷ CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

⁴⁸ CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

⁴⁹ CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

⁵⁰ “Conforme al plan, la CIM ejecutó un amplio programa de cooperación técnica en 30 Estados miembros de la OEA, en los que llevó a cabo más de 200 proyectos sobre una gran variedad de temas entre los que se incluyen: la mujer en la fuerza laboral; la capacitación para la mujer rural; la organización de cooperativas y el mercadeo de artesanías; el asesoramiento jurídico para la mujer; el desarrollo de pequeñas empresas; formas alternativas de empleo remunerado; tecnologías agrícolas y ganaderas apropiadas y capacitación de dirigentes sindicales, de comunidades rurales y de organizaciones políticas. Muchos de estos programas estaban dirigidos a la mujer indígena” CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022. p. 3.

⁵¹ GUERRERO, Luz Patricia Mejía. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 194.

A Convenção Belém do Pará, em seu preâmbulo, aduz que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades e aborda, no artigo 4º, letra “e”, de que as mulheres, em sua totalidade, possuem “direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos dos direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais”, dentre eles o direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa.

Cumprido elucidar que a Convenção Belém do Pará consolidou o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. Assim, violar os direitos das mulheres passou a ser uma violação direta aos direitos humanos como um todo. A luta, travada por anos a fio, era transferir a causa feminina das esferas privada, para o âmbito público, para que o Estado assumisse, então, o dever indelegável de prevenir e erradicar a violência contra o gênero feminino, seja no ambiente público, seja no espaço privado⁵².

Para mensurar a importância do referido documento, ressalte-se que, até a referida data (9 de junho de 1994), dos 34 (trinta e quatro) membros da OEA, apenas nove possuíam alguma legislação na temática da violência contra mulheres, o que mudou, drasticamente, com a adoção do citado texto normativo, a partir da criação e revisão de uma série de leis, planos de ação e políticas afirmativas de gênero no âmbito interno dos países membros. Esse processo revisional e de adequação se deu, inclusive, dentro do próprio SIDH, conferindo aos *estándares* de proteção, interpretação conforme a Convenção Belém do Pará⁵³.

Importante ressaltar que a proteção à dignidade humana da mulher somente é possível dentro de um cenário em que se respeite, seja na formação e condução das leis, seja na promoção de políticas públicas, a equidade e o direito fundamental às diferenças.

Ademais, conforme assevera Herrera Flores, muito embora o direito esteja tutelado, nem sempre é possível encontrar os meios adequados para a sua materialização. Então, de que adiantaria ter o direito em âmbito formal, se a grande maioria da população não tem acesso às condições materiais para a concretização desses direitos?⁵⁴

Por isso, para Herrera Flores, os direitos humanos, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos decorrentes das lutas e das ações propostas pela sociedade para se ter acesso aos bens essenciais à vida. Assim, jamais devem ser confundidos com os direitos positivados, seja no âmbito dos Estados, seja à nível internacional. Fazer isso seria admitir que o direito cria direito, caindo-se no círculo vicioso do positivismo mais retrógrado⁵⁵.

Acrescenta, ainda, que a grande preocupação não é a de “como um direito se transforma em direito humano”, e sim “como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para a sua implementação e efetividade”⁵⁶. Desse modo, os direitos surgem depois das lutas sociais pelo acesso ao bem, não se excluindo as hipóteses em que essas lutas se apoiam em sistemas de garantias já formalizados, momento em que a luta jurídica se une à luta social⁵⁷.

A teoria de Herrera Flores, todavia, vai além da concepção dos direitos humanos, o que seria o primeiro nível de sua teoria. Mas perpassa também o “por quê” de se travar essas lutas, isto é, o “por quê” de se lutar por direitos (adentrando-se no segundo nível da teoria do citado jurista).

⁵² GUERRERO, Luz Patricia Mejía. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 195.

⁵³ GUERRERO, Luz Patricia Mejía. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 198.

⁵⁴ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 27.

⁵⁵ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 28.

⁵⁶ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 28.

⁵⁷ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 28-29.

E a resposta é simples: o “por quê” é a pura questão da necessidade de se ter os bens para a própria sobrevivência. Esse acesso aos bens é facilitado ou não pela “divisão social”, seja ela sexual, étnica, territorial etc., por deveras injusta e desigual, o que interfere completamente no alcance à educação, à saúde, à moradia, ao meio ambiente, à liberdade de expressão, dentre tantas outras questões.

Indo além nas concepções de Herrera Flores, é imperativo compreender, também, o “para quê” dos direitos (terceiro nível de sua teoria), que, em resumo, seria o objetivo das lutas sociais: o alcance da dignidade. Para o jurista,

[...] os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Entende-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “*a priori*” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas, cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida⁵⁸.

Assim, tendo por premissa esses três níveis, para Herrera Flores, deve ser desenvolvido um sistema de garantias (econômicas, políticas, sociais e jurídicas) que obriguem as instituições nacionais e internacionais, quanto ao cumprimento, com dignidade, de tudo o que fora conquistado pelas lutas sociais de um povo⁵⁹.

Por todo o exposto, pensar em direitos humanos (e aqui se incluem os direitos humanos das mulheres) não é, apenas, voltar-se à sua proteção por meio das convenções e tratados internacionais. E sim, ter em vista que as leis neles positivadas constituem o resultado da luta social por acesso, com dignidade, aos bens mais caros ao indivíduo, de modo que o sistema de garantias deve voltar-se não apenas ao “direito a ter direitos”, de forma pura e simples, mas sim ter como imperativo irrefutável, a materialização desses direitos na vida de todos os indivíduos, indistintamente, o que pode ser concretizado com base na implementação de políticas públicas.

4 O sistema interamericano de proteção à mulher e o desenvolvimento de políticas afirmativas de gênero

Não obstante os programas implementados pela CIM ao longo das décadas, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no objetivo de promover a causa feminina, recomenda, aos Estados Partes, a adoção progressiva de medidas específicas que modifiquem padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres.

Com isso, incentiva a criação e implementação de programas direcionados à educação e treinamento de mulheres, bem como de profissionais que atuam na linha de frente ao combate à violência de gênero, e que fomentem o acolhimento da mulher em todos os níveis, seja em caráter preventivo, para a não ocorrência de eventos discriminatórios e violentos, seja de recuperação, quando já perpetrado o ato violento.

Não à toa, diante da Convenção Belém do Pará, e dos demais tratados internacionais de proteção à mulher, especialmente do âmbito do SIDH, a CIDH, com destaque para a Relatoria Temática dos Direitos da Mulher, tem promovido, entre os Estados Partes, a adoção de políticas as quais promovam a igualdade de gênero e que removam as restrições limitantes ainda existentes, no encargo de efetivar a proteção à mulher em todos os âmbitos, como instrumento da garantia e concretização da igualdade e da não discriminação, dirimindo qualquer situação de violência contra o gênero feminino, seja ela psicológica, sexual, moral, patrimonial, física etc.

⁵⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31.

⁵⁹ FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 33.

Nesse ponto, a CIDH ressalta, ainda, a importância em conferir proteção especial às mulheres em situação de hipervulnerabilidade, considerando a soma de outras situações de risco à condição de mulher, tais como raça, etnia, idade, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, baixas condições financeiras, dentre outras variáveis que podem acentuar, ainda mais, a discriminação.

Assim, objetivando a proteção, a promoção, o respeito e a preservação dos direitos humanos das mulheres, independentemente da faixa etária, a CIDH formulou uma série de recomendações aos Estados Partes, dentre elas a elaboração e aplicação de políticas públicas com enfoque em direitos humanos.

Para a referida Comissão, uma política pública com enfoque em direitos humanos é o conjunto de decisões e ações que o Estado formula, executa, monitora e avalia, como parte de um processo permanente de inclusão, deliberação e efetiva participação social. Para tanto, a CIDH adota como princípios norteadores, a igualdade, a não discriminação, a universalidade, o acesso à justiça, a responsabilidade, a transparência, bem como uma perspectiva transversal e intersetorial⁶⁰.

Nessa perspectiva, as políticas afirmativas implementadas pelos Estados Partes constituem o resultado concreto do trabalho desempenhado pela Comissão, essenciais para o desenvolvimento de uma política preventiva e transformadora, a fim de desconstruir estereótipos sociais e de gênero, resultantes de uma construção histórica patriarcal, que são a causa maior da discriminação e da violência contra crianças, adolescentes e idosas do gênero feminino.

No presente estudo, dar-se-á enfoque para as políticas públicas implementadas no Estado brasileiro, sob recomendações da CIDH, a partir do caso Maria da Penha Maia Fernandes.

4.1 Políticas afirmativas implementadas no Brasil a partir do caso Maria da Penha Maia Fernandes

O caso Maria da Penha Maia Fernandes funcionou como verdadeiro marco histórico para o desenvolvimento de uma série de medidas estruturais e estratégicas, em face da violência contra mulheres no Brasil.

4.1.1 Breves considerações sobre o caso Maria da Penha Maia Fernandes

Maria da Penha Maia Fernandes, mulher brasileira e cearense, tornou-se símbolo de luta e resistência contra a violência de gênero, especialmente a violência doméstica e familiar, da qual foi vítima, por longos anos, ao sofrer agressões perpetradas pelo colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, com quem Maria da Penha se casou, no ano de 1976⁶¹.

Dentre as agressões mais graves, estão a dupla tentativa de feminicídio (em 1983), em que Maria da Penha foi atingida com um tiro nas costas que a deixou paraplégica; cárcere privado por quinze dias; tentativa de eletrocutamento e outros diversos abusos, como manipulações e violências psicológicas. Diante das constantes violações de direitos, iniciou-se a luta de Maria da Penha e familiares por justiça, luta que, por deveras, esbarrava-se na impunidade do agressor⁶².

Apenas no ano de 1998, o caso Maria da Penha tomou repercussão internacional, sendo denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – CIDH/OEA.

⁶⁰ CIDH. *Impactos de casos: violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*. CIDH, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo2-es.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁶¹ IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁶² IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

Isso porque “a história de Maria da Penha significava mais do que um caso isolado: era um exemplo do que acontecia no Brasil sistematicamente sem que os agressores fossem punidos”⁶³.

4.1.2 As recomendações feitas pela CIDH ao Estado brasileiro frente ao caso Maria da Penha

Mesmo com a intervenção internacional, em face do silêncio por parte de Estado brasileiro a uma série de ofícios emitidos pela CIDH/OEA no caso Maria da Penha, o Brasil foi responsabilizado, no ano de 2001, por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras. Com isso, a Comissão Interamericana formulou uma série de recomendações ao país⁶⁴.

As referidas recomendações abarcavam desde medidas relativas ao caso específico, tais como a responsabilização do agressor; a investigação exaustiva, a fim de encontrar as irregularidades e atrasos injustificados que impediram a celeridade do processo; a reparação simbólica da vítima; bem como recomendações de interesse coletivo, essenciais para uma reestruturação do sistema como um todo, dentre elas, desenvolver:

- a) medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica.
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo.
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera.
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares⁶⁵.

Nesse cenário que o Brasil criou, no ano de 2003, a Secretaria de Políticas para as Mulheres, vinculada ao Ministério da Justiça, fortalecendo a implementação de políticas públicas no país, com base no desenvolvimento de conceitos, diretrizes, normas, ações estratégicas de gestão e monitoramento relativos à temática de gênero⁶⁶.

Antes disso, as atuações do Estado eram isoladas e insuficientes, resumindo-se, em duas estratégias: a capacitação de profissionais da rede de atendimento às mulheres em situação de violência e a criação de serviços especializados, especificamente a Casas-Abrigo e as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher⁶⁷.

4.1.3 Leis e Políticas públicas nacionais de proteção ao direito das mulheres desenvolvidas pelo Estado brasileiro

Com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM, houve uma ampliação das estratégias de atuação, a partir de ações integradas, tais como: criação de normas, desenvolvimento de atendimento,

⁶³ IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁶⁴ IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁶⁵ IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁶⁶ BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 7.

⁶⁷ BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.

aprimoramento da legislação, incentivo à constituição de redes de serviços, suporte a projetos educativos e culturais de prevenção à violência de gênero e ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública, a exemplo do Centro de Referência de Atendimento às Mulheres, as Defensorias da Mulher, os Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor e as Promotorias Especializadas⁶⁸.

Destarte, em 2004, com base na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, realizada pela SPM e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, elaborou-se o I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – PNPM, cujo objetivo primordial foi a criação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, em conformidade com as normas e instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como amparada na legislação nacional, com destaque para a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”⁶⁹.

A referida Lei foi elaborada com base na ação de um Consórcio de ONGs Feministas, a citar o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI); a Ações em Gênero, a Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE); a Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR); e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), além de outros especialistas⁷⁰.

Merece destaque o conceito dado ao termo “enfrentamento”, o qual embasa a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. A mencionada expressão diz respeito “à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões”⁷¹, por meio do trabalho interdisciplinar, envolvendo setores como saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, etc.

A intenção é propor ações que incentivem o combate e a prevenção às desigualdades entre homens e mulheres e à discriminação em razão do gênero, a fim de diminuir, cada vez mais, as violências e os abusos cometidos, desconstruindo padrões machistas estruturalmente consolidados, incentivando o empoderamento feminino e garantindo a assistência e o atendimento humanizado às mulheres em situação de violência⁷².

Dentre os objetivos específicos da Política Nacional estão,

reduzir os índices de violência contra as mulheres. Promover uma mudança cultural a partir da disseminação de atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades de gênero e de valorização da paz. Garantir e proteger os direitos das mulheres em situação de violência considerando

⁶⁸ “Com a criação da Secretaria de Políticas para Mulheres em 2003, as ações para o enfrentamento à violência contra as mulheres passam a ter um maior investimento e a política é ampliada no sentido de promover a criação de novos serviços (como o Centro de Referência de Atendimento às Mulheres, as Defensorias da Mulher, os Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor, as Promotorias Especializadas) e de propor a construção de Redes de Atendimento às mulheres em situação de violência” (BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.).

⁶⁹ “A Política Nacional encontra-se, também, em consonância com a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e com convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1981) e a Convenção Internacional contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Convenção de Palermo, 2000).” BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁷⁰ IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁷¹ BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 25.

⁷² BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 25.

as questões raciais, étnicas, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional. Proporcionar às mulheres em situação de violência um atendimento humanizado e qualificado nos serviços especializados e na Rede de Atendimento.

Diante dos objetivos citados, lançou-se, em 2007, o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra Mulheres: acordo firmado entre o Governo Federal e os governos dos estados e dos municípios brasileiros, a fim de planejar e colocar em prática ações afirmativas integradas, que consolidassem a Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres⁷³.

O referido Pacto apresentou os seguintes eixos estruturantes: a) garantia da aplicabilidade da Lei Maria da Penha; b) ampliação e fortalecimento da rede de serviços para mulheres em situação de violência; c) garantia da segurança cidadã e acesso à Justiça; d) garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, enfrentamento à exploração sexual e ao tráfico de mulheres; e) garantia da autonomia das mulheres em situação de violência e ampliação de seus direitos⁷⁴.

O Pacto Nacional foi apresentado não apenas como uma resposta aos efeitos da violência contra as mulheres. Para além disso, consistiu em um mecanismo de prevenção; assistência; proteção e combate à impunidade, no contexto violência de gênero, apoiando-se em três premissas básicas: a transversalidade de gênero; a intersetorialidade e a capilaridade⁷⁵.

No ano de 2008, desenvolveu-se o II Plano Nacional de Políticas para Mulheres (aprovado pela II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, realizada em agosto de 2007), para reconstrução, ampliação e aperfeiçoamento das ações voltadas à perspectiva de gênero e raça/etnia, promoção da igualdade e valorização das diversidades⁷⁶.

Dentre outras medidas afirmativas elencadas pela CIDH, no documento “*Impactos de casos – violência y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*”, que foram adotadas pelo Estado brasileiro, em cumprimento às recomendações da Comissão, especialmente atreladas à educação, destacam-se: as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos; o Programa Nacional do Livro e do Material Didático – PNLD e o Pacto Universitário de Educação em Direitos Humanos.

Estabeleceram-se as Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos pelo Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, no ano de 2012, por meio da Resolução n.º 1, de 30 de maio de 2012, a fim de incentivar uma educação em Direitos Humanos nas instituições de educação básica e superior. Dentre os princípios que fundamentam a Educação em Direitos Humanos, estão a dignidade humana, a igualdade de direitos (ressalte-se a igualdade entre homens e mulheres) e o reconhecimento e a valorização das diferenças e das diversidades.

⁷³ BRASIL. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁷⁴ BRASIL. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁷⁵ “A transversalidade de gênero visa garantir que a questão de violência contra a mulher e de gênero perpassasse as mais diversas políticas públicas setoriais. A intersetorialidade, por sua vez, compreende ações em duas dimensões: uma envolvendo parcerias entre organismos setoriais e atores em cada esfera de governo (ministérios, secretarias, coordenadorias, etc.); e outra, implica uma maior articulação entre políticas nacionais e locais em diferentes áreas (saúde, justiça, educação, trabalho, segurança pública, etc.). Desta articulação decorre a terceira premissa que diz respeito à capilaridade destas ações, programas e políticas; levando a proposta de execução de uma política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres até os níveis locais de governo” BRASIL. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 21.

O PNLD, por sua vez, foi desenvolvido pelo governo federal e instituído pelo Decreto n.º 9.099/2017 e destina-se, conforme disposto no art. 1º, a avaliar e a disponibilizar obras didáticas, pedagógicas e literárias, bem como outros materiais de apoio à prática educativa, de forma sistemática, regular e gratuita, às escolas públicas de educação básica das redes federal, estaduais, municipais e distrital e às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o Poder Público e apresenta, como uma de suas diretrizes, o respeito à liberdade e o apreço à tolerância (art. 3º, IV).

O Pacto Universitário de Educação em Direitos Humanos, formalizado no ano de 2016, por sua vez, é uma iniciativa do Ministério da Educação – MEC, com apoio do Ministério dos Direitos Humanos, cujo objetivo é a promover educação em direitos humanos nas instituições de Ensino Superior, a fim de superar situações de violência, preconceito e discriminação, a partir do desenvolvimento de atividades educativas em defesa dos direitos humanos⁷⁷.

Além dos programas supracitados, o documento citado, “*Impactos de casos – violência y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*”, da CIDH, elenca, ainda, uma série de campanhas promovidas pelo Estado brasileiro, tais como a campanha “sua vida começa quando a violência termina”, lançada em 2004; a campanha nacional “compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha – A lei é mais forte”, lançada em 2012, a campanha “Mulher, viver sem violência”, lançado em 13 de março de 2013 e a campanha “Justiça pela Paz em Casa”, lançada em 2015.

Cumpre elucidar que a campanha “compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha” resultou da cooperação entre o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Governo Federal, com base na Secretaria de Políticas para as Mulheres, no intuito de fortalecer os esforços, em todos os entes federativos, em prol da celeridade processual de casos envolvendo violência contra mulheres e da garantia da correta aplicação e efetivação da Lei Maria da Penha⁷⁸.

Estão entre os objetivos gerais da campanha:

envolver todos os Operadores de Direito no enfrentamento à impunidade, bem como no esforço de responsabilização de agressores e assassinos de mulheres no país. Contribuir para uma percepção mais favorável da sociedade em relação ao Estado representado pelas instituições que compõem o sistema de Justiça e o Poder Executivo em relação à efetiva aplicação da Lei Maria da Penha. Mobilizar, engajar e aproximar toda a sociedade no enfrentamento à impunidade e à violência contra a mulher⁷⁹.

A campanha “Mulher, Viver sem Violência”, por sua vez, foi lançado em 13 de março de 2013, como o objetivo de integrar e ampliar os serviços públicos já existentes, direcionados às mulheres em situação de violência, com base na articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da segurança pública, da rede socioassistencial e da promoção da autonomia financeira⁸⁰. Em 30 de agosto de 2013, lançou-se o Decreto n.º 8.086, transformando a campanha em programa governamental, o qual foi transformado, em 12 de novembro de 2019, no “Programa Mulher Segura e Protegida”⁸¹, a partir do Decreto n.º 10.112.

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Educação. *Encontro debate ações do primeiro ano do pacto universitário*. GOV.BR. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/42111#:~:text=O%20pacto%20%C3%A9%20uma%20iniciativa,superior%20e%20de%20entidades%20apoiad>. Acesso em: 7 nov. 2021.

⁷⁸ O QUE é a Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha. Compromisso e Atitude, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 7 nov. 2021.

⁷⁹ O QUE é a Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha. Compromisso e Atitude, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 7 nov. 2021.

⁸⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Programa ‘Mulher, Viver sem Violência’*. GOV.BR, 4 set. 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸¹ O art. 3º do Decreto n.º 10.112/2019 estipula, como ações do Programa Mulher Segura e Protegida, a implementação de unidades da Casa da Mulher Brasileira, espaços públicos em que se concentrarão os principais serviços especializados e multidisciplinares.

A principal ação do “Programa Mulher, Viver sem Violência” foi a criação da Casa da Mulher Brasileira, um centro desenvolvido para promover atendimento humanizado às mulheres vítimas de violência doméstica, pois integra, amplia e articula todos os serviços do governo destinados às mulheres em situação de vulnerabilidade⁸². As casas vêm sendo construídas, ao longo dos anos, em várias cidades brasileiras, a exemplo das casas de Brasília e Ceilândia/DF, Curitiba/PR, São Luís/MA, Campo Grande/MS, Fortaleza/CE, São Paulo/SP e Boa Vista (RR). Em 2021, foi anunciada a construção da Casa da Mulher Brasileira em Mossoró e em Natal/RN.

Quanto à campanha Justiça pela Paz em Casa, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em parceria com dos Tribunais de Justiça estaduais, esta foi desenvolvida no afã de, também, ampliar a efetividade da Lei Maria da Penha, a partir da celeridade nos trâmites processuais de casos relacionados à violência de gênero. Além disso, o programa visa, ainda, promover ações interdisciplinares que ampliem a visibilidade quanto à violência de gênero, sensibilizando a sociedade quanto à temática⁸³.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no documento “Situação dos direitos humanos no Brasil”, de 12 de fevereiro de 2021, aborda, ainda, outras políticas públicas, apontando, por exemplo, que, entre os anos de 2012 e 2013, o Congresso brasileiro instaurou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar “a situação da violência contra a mulher” no país e as “denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação dos instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”, o que deu ensejo à Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, que tipificou o crime de feminicídio⁸⁴.

O referido documento, ainda, destaca a sanção da Lei n.º 13.772/2018, a qual reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar, bem como criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado; bem como a sanção da Lei n.º 13.871/2019, que obriga o agressor a ressarcir ao Sistema Único de Saúde – SUS os custos com as vítimas de violência doméstica.

Ressaltou, ainda, a implementação do Protocolo Único de Atendimento à vítima de violência doméstica e familiar e do Projeto Integrar, no intuito de conferir atenção prioritária às mulheres em situação de violência doméstica, bem como “dar cursos aos agressores para erradicar a reincidência, e envolver as Secretarias de Educação e os Conselhos Tutelares em um esforço integrado para melhorar a proteção às mulheres vítimas de violência”⁸⁵.

Fazendo um recorte das políticas implementadas em decorrência da pandemia do COVID-19, ressalte-se a campanha “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”, uma iniciativa do CNJ e da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, lançada em junho de 2020, orientando as mulheres em situação de violência

ares da rede de atendimento às mulheres em situação de violência, com a implementação, inclusive, em regiões de fronteira, em cujas unidades serão prestados, também, serviços especializados de enfrentamento ao tráfico de mulheres e situações de vulnerabilidade decorrentes do fenômeno migratório; integração dos sistemas de dados das unidades da Casa da Mulher Brasileira com a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180; implementação de ações articuladas para organização, integração e humanização do atendimento às vítimas de violência sexual e outras situações de vulnerabilidade, considerado o contexto familiar e social das mulheres; implementação de unidades móveis para atendimento das mulheres vítimas de violência fora dos espaços urbanos; e execução de ações e promoção de campanhas continuadas de conscientização destinadas à prevenção da violência contra a mulher (BRASIL. Decreto n.º 10.112, de 12 de novembro de 2019. Altera o Decreto n.º 8.086, de 30 de agosto de 2013, para dispor sobre o Programa Mulher Segura e Protegida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10112.htm. Acesso em: 1 abr. 2022).

⁸² DISTRITO FEDERAL. Secretaria do Estado da Mulher. *Casa da Mulher Brasileira*. Disponível em: <https://www.mulher.df.gov.br/casa-da-mulher-brasileira/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸³ CNJ. *Justiça pela paz em casa*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/justica-pela-paz-em-casa/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁴ CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 40.

⁸⁵ CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 41.

doméstica a buscarem ajuda em farmácias, órgãos públicos e agências bancárias, com um sinal vermelho em formato de X, desenhado na palma da mão⁸⁶.

Por fim, ressalte-se uma série de leis promulgadas entre 2020 e 2022: Lei n.º 13.984/2020, que estabelece, como medidas protetivas de urgência, a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial; Lei n.º 14.022/2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a pandemia; a Lei n.º 14.132/2021, que acrescenta o art. 147-A ao Código Penal, para prever o crime de perseguição; a Lei n.º 14.188/2021, que, além de instituir o “Programa Sinal Vermelho”, altera o Código Penal para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

Ademais, a Lei n.º 14.192/2021, que, em suma, estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; leis estaduais sobre a comunicação pelos condomínios residenciais aos órgãos de segurança pública, sobre a ocorrência ou indícios de violência doméstica (seguindo os protocolos internacionais); e a Lei n.º 14.310/2022, que determina o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, garantido o acesso instantâneo do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Apesar de o Estado brasileiro reportar a CIDH acerca da criação de diversas leis de proteção à mulher, bem como da implementação de uma série de políticas públicas, desde o caso Maria da Penha, os índices envolvendo violência de gênero no Brasil ainda são preocupantes⁸⁷.

Embora a CIDH considere, no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021⁸⁸, positivos os esforços do Estado brasileiro, alerta que os índices ainda elevados demonstram a tolerância na violência contra a mulher e a tendência por culpabilizar as próprias vítimas por essa agressão, reiterando, portanto, as suas recomendações em relação à promoção de leis e políticas públicas com enfoque em direitos humanos, a fim de eliminar preconceitos estruturais, a discriminação histórica e os estereótipos de gênero.

5 Considerações finais

A discriminação em razão do gênero e a desigualdade estrutural ainda existente entre homens e mulheres deflagra uma preocupação em âmbito global quanto à promoção dos direitos humanos das mulheres. Nessa

⁸⁶ CNJ. *Justiça pela paz em casa*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contr-a-mulher/justica-pela-paz-em-casa/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁷ Conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, em 2020, o Brasil teve 3.913 (três mil novecentos e treze) homicídios de mulheres, dos quais 1.350 foram registrados como feminicídios (em 2016 esse número era de 929; em 2017, 1.075; em 2018 1.229 e em 2019, 1.330), média de 34,5% (trinta e quatro vírgula cinco por cento) do total de assassinatos de mulheres, 81,5% (oitenta e um vírgula cinco por cento) das vítimas foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro íntimo, mas se considerarmos também demais vínculos de parentesco, tem-se que 9 (nove) em cada 10 (dez) mulheres vítimas de feminicídio morreram pela ação do companheiro ou de algum parente. Ademais, entre as vítimas de feminicídio no último ano, 61,8%, eram negras. Quanto aos índices de violência sexual, o mesmo Anuário apontou que 60.460 (sessenta mil quatrocentos e sessenta) mulheres foram estupradas no Brasil (em 2015 esse número era de 47.461; 2016, 55.070; 2017, 63.157; 2018 66.893 e 2019 69.886) e que 85,2% (oitenta e cinco vírgula dois por cento) dos casos de estupro e abuso sexual foram praticados por parentes ou conhecidos da vítima. Pontuou, ainda, que 60,6% (sessenta vírgula seis por cento) das vítimas tinham no máximo 13 (treze) anos de idade. Além disso, a análise do perfil racial das vítimas indica que 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento) das vítimas são negras. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. 2021. ISSN 198-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁸⁸ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. 2021. ISSN 198-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

linha, o SIDH traz, a partir de convenções e tratados internacionais, uma série de recomendações aos Estados Partes quanto à implementação de leis e políticas públicas em âmbito interno, no objetivo de promover a causa feminina, a equidade e o respeito às diferenças.

Ora, reconhecer que a sociedade é plural e identificar as diferentes identidades existentes conduz à emancipação e a igualdade, na medida em que, ao considerar as especificidades dos contextos, é possível conferir, para além de uma aplicação generalista das leis, uma proteção jurídica direcionada e mais eficiente, contribuindo para a, então, consolidação dos direitos humanos das pessoas ou grupos de pessoas específicas, especialmente aquelas em situação de vulnerabilidade, a exemplo das mulheres, que foram historicamente oprimidas pelo patriarcado.

Nessa perspectiva, diante do estudo em apreço, é fácil identificar que os esforços da Comissão Interamericana de Mulheres e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve um importante reflexo no processo de consolidação dos direitos humanos das mulheres, contribuindo sobremaneira para a implementação de programas, diretrizes, tratados, promulgação de leis e no desenvolvimento de políticas afirmativas de gênero.

Seguindo uma linha histórica, em 1933, na Sétima Conferência Internacional Americana, antes frequentada apenas por homens, houve a primeira participação de mulheres no evento; em 1934, adotou-se a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher e, em 1946, as delegadas da Comissão asseguraram a criação, nas Nações Unidas, da Comissão sobre a Situação da Mulher; em maio de 1948, por ocasião da IX Conferência Internacional Americana, assinou-se a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher e a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis da Mulher.

Continuamente, o final dos anos 1940 e 1950 foram marcados pela luta feminista em prol do direito à educação e capacitação das mulheres, bem como pelos direitos sociais e econômicos, de modo que os programas desenvolvidos pela CIM ofereciam cursos de capacitação, a fim de gerar oportunidade de renda às mulheres urbanas e rurais. Já em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José, Costa Rica, foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em 1976 a CIM aprovou um Plano de Ação o qual previa a participação plena e igualitária das mulheres na vida socioeconômica dos Estados Membros da OEA.

Os anos 1980, por sua vez, tiveram como marco o combate à violência contra meninas e mulheres. Com isso, em 1990, a CIM redigiu e aprovou a Declaração Sobre a Erradicação da Violência contra a Mulher; em 1991, durante a Assembleia Geral da OEA, foi aprovada a resolução sobre proteção da mulher contra a violência, a qual embasou o anteprojeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em 1994 adotou-se a Convenção Belém do Pará, que consolidou o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

No Brasil, os esforços do SIDH não foram diferentes, especialmente da CIDH, em face do descaso brasileiro quanto à situação de violência doméstica perpetrada em face de Maria da Penha Maia Fernandes, despontando, como importante instrumento normativo, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006.

Dentre as recomendações da CIDH, destacam-se, em síntese: a capacitação dos profissionais da linha de frente; a simplificação e celeridade dos procedimentos judiciais envolvendo violência de gênero; a multiplicação dos órgãos da rede de apoio à mulher vítima de violência; o desenvolvimento de programas de apoio à mulher; a formação de grupos reflexivos voltados ao agressor; o incentivo quanto à ocupação de mulheres nos espaços públicos etc.

Diante das recomendações, merece destaque, no Brasil, a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, em 2003, que fomentou a implementação de políticas públicas no Brasil. Dentre as políticas afirmativas desenvolvidas em conjunto com os esforços da CIDH, destacam-se: a elaboração dos Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres; a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres; o Pacto

Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra Mulheres; as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos; o Programa Nacional do Livro e do Material Didático – PNLD e o Pacto Universitário de Educação em Direitos Humanos.

Ressalte-se, ainda, a concretização de uma série de campanhas, tais como: a campanha “Sua vida começa quando a violência termina”, lançada em 2004; a campanha nacional “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A lei é mais forte”, lançada em 2012; a campanha “Mulher, Viver sem Violência”, lançada em 13 de março de 2013 e revertida, em 2019, no “Programa Mulher Segura e Protegida”; a campanha “Justiça pela Paz em Casa”, lançada em 2015 e a campanha “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”, lançada em junho de 2020, diante da pandemia do COVID-19.

Outras medidas implementadas foram o Protocolo Único de Atendimento à vítima de violência doméstica e familiar e o Projeto Integrar, visando a um atendimento prioritário às mulheres em situação de violência, bem como a implementação de projetos reflexivos e educadores, voltados aos agressores, a fim de erradicar a reincidência.

Vislumbrou-se, também, a criação de uma série de leis voltadas à proteção da mulher, com ênfase não apenas para a Lei Maria da Penha, mas para uma série de outras leis, como por exemplo: a Lei n.º 13.104/2015; a Lei n.º 13.772/2018; a Lei n.º 13.871/2019; a Lei n.º 13.984/2020; a Lei n.º 14.022/2020; a Lei n.º 14.132/2021; a Lei n.º 14.188/2021; a Lei n.º 14.192/2021 e a Lei n.º 14.310/2022.

Entretanto, apesar da CIDH reconhecer os esforços do Estado brasileiro quanto à temática e perceber uma maior conscientização da população, resultado das leis e políticas públicas implementadas, os números elevados de crimes perpetrados contra o gênero feminino revelam a tolerância na violência contra a mulher e a tendência por culpabilizar as próprias vítimas por essa agressão, de modo que a CIDH segue reiterando as recomendações quanto à criação de leis e políticas de gênero com enfoque em direitos humanos, no intuito de promover a igualdade entre os sexos, não apenas em âmbito formal, mas em caráter material, com base no ideal de justiça no reconhecimento das identidades, do pluralismo social e do direito às diferenças.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2015.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. 2021. ISSN 198-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula. Anotação preliminar sobre conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 97-102.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. 2008. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/planonacional_politicamulheres.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 10.112, de 12 de novembro de 2019*. Altera o Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013, para dispor sobre o Programa Mulher Segura e Protegida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10112.htm. Acesso em: 1 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. *Encontro debate ações do primeiro ano do pacto universitário*. GOV.BR. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/42111#:~:text=O%20pacto%20%C3%A9%20uma%20iniciativa,superior%20e%20de%20entidades%20apoiad>. Acesso em: 7 nov. 2021.

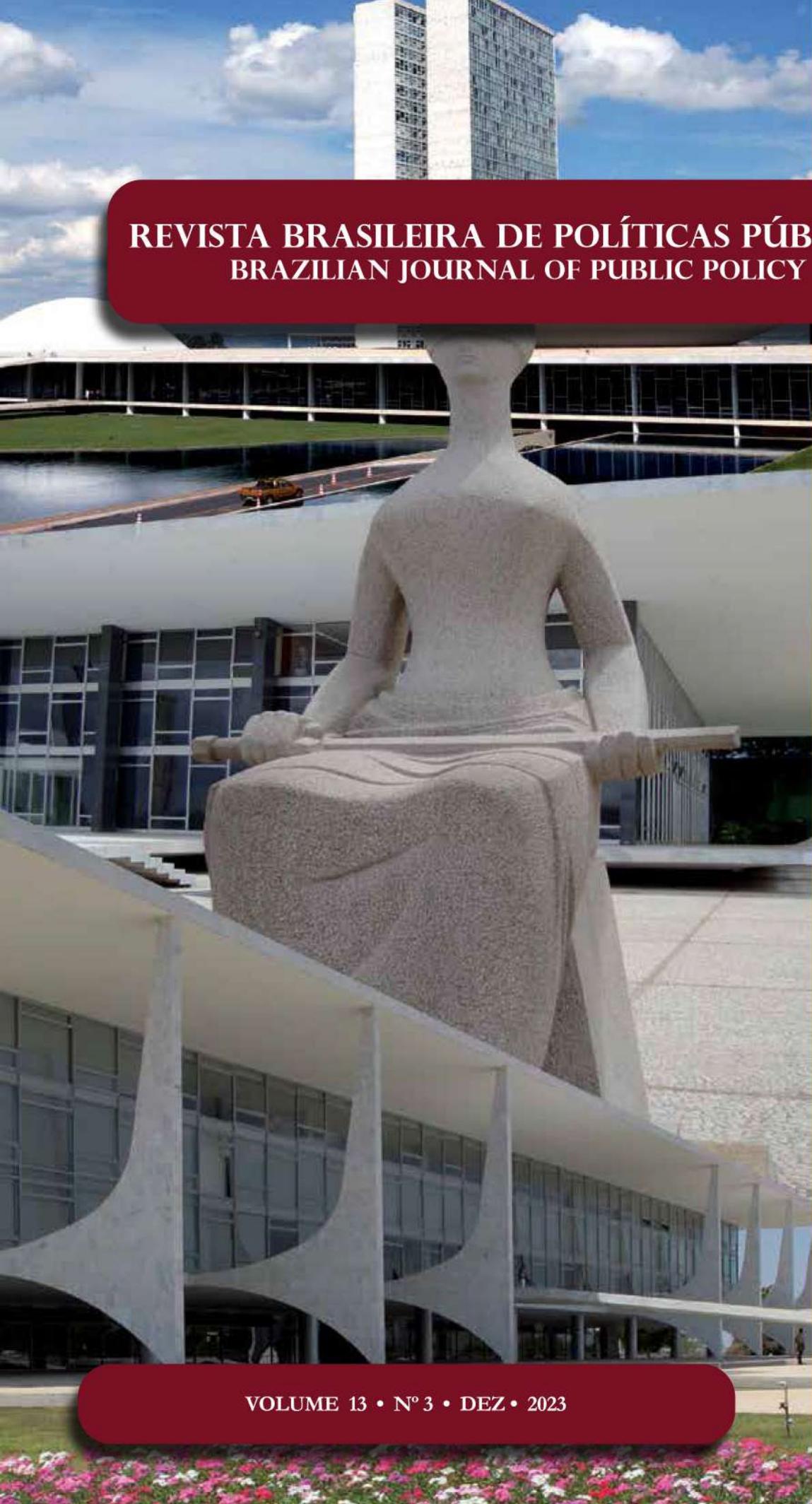
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Programa 'Mulher, Viver sem Violência'*. GOV.BR, 4 set. 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber*. GOV.BR, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- BRASIL. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.
- BRASIL. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 6 nov. 2021.
- CIDH. *Impactos de casos: violência y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*. CIDH, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo2-es.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2021.
- CIDH. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 12 fev. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- CIM. *Historia em breve de la Comisión Interamericana de Mujeres*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory\[SP\].pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.
- CNJ. *Justiça pela paz em casa*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/justica-pela-paz-em-casa/>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DISTRITO FEDERAL. Secretaria do Estado da Mulher. *Casa da Mulher Brasileira*. Disponível em: <https://www.mulher.df.gov.br/casa-da-mulher-brasileira/>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GERDA, Lerner. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Cultrix, 2019.
- GUERRERO, Luz Patricia Mejía. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. Tese (Pós-Doutorado em Direito e Ciências Jurídicas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. 2. ed. 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.
- IMP. *Quem é Maria da Penha*. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres, redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.
- LUCENA, Mariana Barreto Nóbrega de. *Morte violenta de mulheres no Brasil e novas vulnerabilidades: da violência do patriarcado privado à violência do patriarcado público*. Gramado/RS: Aspas Editora, 2020.
- MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 222-229.
- O QUE é a Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha. Compromisso e Atitude, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 7 nov. 2021.
- OEA. *Misión y mandatos*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/CIM/nosotros.asp>. Acesso em: 17 mar. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da personalidade das mulheres sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana como axioma justificante. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9764>. Acesso em: 25 out. 2021.

The logo for CEUB (Centro de Estudos Universitários) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' being particularly prominent.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a large photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, light-colored stone statue of a seated woman is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book, across her lap. The background shows a multi-story building with a grid-like facade and a large, curved structure with a white dome. The sky is blue with scattered white clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle, repeating pattern of stylized floral or scrollwork motifs.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Acceso a la justicia, justicias y las mujeres indígenas en el Proceso Constituyente de Chile 2019-2023

Access to justice, justice, and indigenous women in the Constituent Process of Chile 2019-2023

Sheila Fernández-Míguez

Juan Jorge Faundes Peñafiel

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Acceso a la justicia, justicias y las mujeres indígenas en el Proceso Constituyente de Chile 2019-2023*

Access to justice, justice, and indigenous women in the Constituent Process of Chile 2019-2023

Sheila Fernández-Míguez**

Juan Jorge Faundes Peñafiel***

Resumen

El presente trabajo analiza el derecho de acceso a la justicia de las mujeres indígenas en el marco del proceso constituyente chileno (2021-2023). El objetivo es presentar el derecho de acceso a la justicia como una manifestación del derecho a la identidad cultural y del reconocimiento de las justicias indígenas, como derechos interrelacionados con base en estándares de derechos humanos. El trabajo es de carácter documental, realiza un análisis dogmático y hermenéutico crítico de los proyectos constitucionales constituyentes, adscribiendo a una metodología jurídica indígena y decolonial de género. Para ello, en relación al derecho de acceso a la justicia y las justicias indígenas, en la perspectiva de las mujeres indígenas: expone el marco teórico intercultural y feminista decolonial; el respectivo marco normativo, internacional y nacional de derechos humanos; desarrolla el contexto socio histórico del reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile hasta el actual proceso constituyente (2019-2023); y estudia el reconocimiento de las justicias indígenas en las propuestas constitucionales debatidas en dicho proceso.

Palabras clave: acceso a la justicia; derecho a la identidad cultural; justicias indígenas; proceso constituyente; feminismo decolonial.

Abstract

This paper analyzes the right of access to justice for indigenous women in the framework of the Chilean constitutional process (2021-2023). The objective is to present the right of access to justice as a manifestation of the right to cultural identity and the recognition of indigenous justice as interrelated rights based on human rights standards. The work is of a documentary nature, it realizes a dogmatic and critical hermeneutic analysis of the constitutional constituent projects, ascribing to an indigenous and decolonial legal methodology of gender. For this, in relation to the right of access to justice and indigenous justice, in the perspective of indigenous women: it exposes the intercultural and feminist decolonial theoretical framework; the respective normative, international and national human rights framework; develops

* Recibido em 31/08/2023
Aprovado em 26/01/2023

** Dra. en Derecho por la Universidade da Coruña y la Universidad Autónoma de Chile, Investigadora Responsable Posdoctoral do Proyecto Fondecyt “Acceso a la justicia de mujeres indígenas. Justicia ancestral, identidad cultural e igualdad de género, problemas y estándares para la regulación en Chile” N° 3220839. Investigadora asociada al Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, al Equipo de Investigación en Criminología (Chile), Psicología Jurídica y Justicia Penal en el siglo XXI de la Universidade da Coruña (España) y del Arnold Bergstraesser Institut (Alemania).

E-mail: s.fernandez@uautonoma.cl.

*** Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Es Doctor en Procesos Sociales y Políticos en América Latina, mención Ciencia Política, por la Universidad de Artes y Ciencias Sociales, Santiago de Chile, y Doctor en Derecho, mención internacional, por la Universidad de Sevilla, España; abogado por la Universidad Austral de Chile. Integra el Instituto de Investigación en Derecho, el Claustro del Doctorado en Derecho y del Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Chile.

E-mail: juan.faundes@uautonoma.cl.

the socio-historical context of the recognition of indigenous peoples in Chile until the current constitutional process (2019-2023); and studies the recognition of indigenous justice in the constitutional proposals debated in this process.

Keywords: access to justice; right to cultural identity; indigenous justice; constituent process; decolonial feminism.

1 Introducción

Chile sorprendió a la región, cuando en octubre de 2019 se desencadena un conjunto de sucesos sociales y políticos que son conocidos como la “Crisis Social”, “Estallido social” o “Revuelta social” que, a su vez, dieron lugar a un proceso constituyente aún en curso. Este proceso Constituyente, cerró una primera fase (4 de septiembre de 2022) con el rechazo popular a la Propuesta de Nueva Constitución de perfil plurinacional, intercultural, ecológica, con paridad de género y avances feministas relevantes. Actualmente, se lleva adelante un nuevo proceso institucional constituyente, de corte más conservador en todos los ámbitos.

En el marco indicado del proceso constituyente chileno, considerando los acuerdos políticos basales y las respectivas propuestas constitucionales que se han sucedido, el presente trabajo analiza cómo se ha articulado el derecho de acceso a la justicia de las mujeres indígenas. Luego, desde una preocupación por la justicia, la cosmovisión, el buen vivir, por la interculturalidad, el pensamiento crítico y decolonial latinoamericano, nos preguntamos si el proceso constituyente chileno en curso ha abierto una oportunidad para la justicia indígena y nuevas opciones para las mujeres indígenas, por sobre el rechazo a la primera propuesta constitucional del plebiscito del 4 de septiembre de 2022.

Para responder la cuestión planteada, trabajamos siguiendo un esquema de teoría política intercultural, de epistemología y metodología feminista, bajo enfoque jurídico indígena y decolonial de género.

En el marco indicado, la presente investigación busca generar conocimiento situado en los territorios indígenas¹, que articula los estándares internacionales de derechos humanos y las demandas de reconocimiento de justicia de las personas que forman parte de los Pueblos Originarios². En especial, implica superar la invisibilidad analítica, y ver a las mujeres indígenas como “titulares” de derecho, revelando en la investigación su diversidad cultural y como esta impacta en la concepción del género³.

Así, presentamos el derecho de acceso a la justicia como una manifestación del derecho a la identidad cultural y del reconocimiento de las justicias indígenas, en tanto derechos interrelacionados, basados en estándares internacionales de derechos humanos, vinculantes a partir de las fuentes normativas suscritas por los Estados que los sustentan.

¹ ARAIZA DÍAZ, Alejandra. De la política de la localización a los conocimientos situados: notas para la creación de una ciencia feminista. In: LIÉVANO, Martha; DUQUE, María. *Subjetivación femenina: investigación, estrategias y dispositivos críticos*. Monterrey: Ediciones UANL, 2012. p. 165-192.

² Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Atacameño o Lickan Antai, Diaguita, Quechua, Colla, Chango y las comunidades Kaweshak o Alacalufe y Yáman o Yagán junto con las comunidades afrodescendientes. Según los datos del censo de 2017 el 12,8% por ciento de la población en Chile pertenece a algún pueblo originario. De este porcentaje el 79,8% se considera perteneciente al pueblo mapuche, el 7,2% se considera aimara y el 4,1% se considera Diaguita. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Síntesis de resultados censo 2017*. Chile, 2018. Disponible en: https://www.inec.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicacion-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6. Acceso en: 20 jul. 2023.

³ GARCIA MINGO, Elisa. Nuevos aires de resistencia: mujeres mapuche, lucha política y transformación social. In: GARCIA MINGO, Elisa (coord.). *Zomo Nuewen: relatos de vida de mujeres mapuche en su lucha por los derechos indígenas*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017. p. 17-86.

Finalmente, el estudio concluye señalando los riesgos que devela el proceso constituyente en curso en Chile para el futuro de los derechos humanos de los pueblos indígenas, de su acceso a la justicia, en tanto justicias indígenas, y para las mujeres indígenas en particular, como titulares de estos derechos.

Con ese propósito, este estudio: (I) expone el marco teórico, de base intercultural y feminista decolonial, en relación al derecho de acceso a la justicia y las justicias indígenas, en la perspectiva de las mujeres indígenas; (II) desarrolla el marco normativo, internacional y nacional de derechos humanos, en relación con el derecho de acceso a la justicia, a las justicias indígenas y los derechos de las mujeres indígenas; (III) da cuenta del contexto socio histórico en torno a los debates constitucionales para el reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, que conduce al actual proceso constituyente; (IV) se estudia el reconocimiento de las justicias indígenas desde sus fuentes (con énfasis en las mujeres indígenas) en las propuestas constitucionales constituyentes 2022-2023.

2 Marco teórico

2.1 Interculturalidad, democracia y feminismo decolonial

En relación con la teoría política intercultural, seguimos la propuesta de “un Horizonte, pluralista, democrático e intercultural”, que propone desplazar la matriz liberal de la igualdad por una matriz democrática intercultural junto con una recomprender de los derechos humanos en el contexto cultural y político de los pueblos indígenas de las sociedades latinoamericanas. Asimismo, entiende la cultura como alternativa emancipadora, descentrada estructural e interculturalmente⁴.

Este enfoque, llevado a la redacción de la Nueva Constitución supone ciertos estándares en materia de derechos humanos que debieran integrarse en un proyecto constitucional de carácter plurinacional y cuyo tenor definitivo supone la deliberación constituyente intercultural. Entre otros aspectos: un conjunto de principios y valores interculturales compartidos como sociedad⁵; el estatus étnico cultural de la sociedad chilena, reconociendo el valor democrático de la diversidad cultural (como plurinacional, intercultural, multicultural y o la diversidad como valor democrático, etc.); la idea nuclear del desplazamiento de la matriz igualitaria clásica, por una “matriz intercultural” y la igualdad entre “pueblos”, como sujetos constituyentes que acuerdan la carta de derechos fundamentales; el deber de garantía efectiva de las condiciones de existencia (culturales, políticas, económicas y materiales, incluyendo territorios y recursos naturales) de todos los integrantes de la sociedad individuos y pueblos o grupos; y una cláusula expresa de reconocimiento de los pueblos indígenas y o tribales que en concreto son parte del país, como pueblos o naciones originarias, bajo

⁴ Ampliamente puede revisarse los siguientes trabajos: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 26, p. 77-100, 2020.; SALAS ASTRAIN, Ricardo; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad: conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 693-740. En relación con el proceso constituyente objeto de este trabajo, véase: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. The Constituent Process in Chile (2019–2022) from the perspective of indigenous peoples. In: POSTERO, Nancy (ed.). *The Routledge handbook of indigenous development*. London: Routledge, 2022. p. 113-122.

⁵ Se trata de principios de carácter axiológico constitucional, como dispositivos, que reconfiguran y articulan las potestades públicas respecto de la participación efectiva de los Pueblos Indígenas. Por ejemplo: la complementariedad entre mujeres y hombres, la participación política inclusiva y paritaria respetuosa de los mecanismos tradicionales y la autonomía comunitaria, la reciprocidad y el “buen vivir”, como comprensión del “desarrollo” y el pluralismo jurídico en lo normativo intercultural. FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022. p. 228-229.

el estatuto de derechos que la misma Constitución defina. Este marco de derechos humanos de los pueblos indígenas, debiese comprender, a lo menos: el derecho a la libre determinación y el derecho humano a la identidad cultural, como derechos basales⁶; el derecho a la autoidentificación; los derechos a la participación política, a la consulta y al consentimiento, libre previo e informado; el derecho a la justicia consuetudinaria y a las propias formas de justicia e instituciones tradicionales; el derecho de propiedad, a las tierras y territorios, considerando los bienes comunes (recursos naturales), el derecho humano al agua y saneamiento, y el derecho humano al medio ambiente⁷.

En cuanto a la relación entre los géneros, se suscribe la teoría política feminista decolonial⁸. En coherencia, se sigue la “Epistemología *otra* de Abya Yala”, buscando construir y responder a los problemas desde una posición crítica geográficamente localizada visibilizando los privilegios de partida, relevando la producción teórica descentralizada⁹. Conjuntamente, se trabaja sobre la base de la metodología indígena y decolonial de género¹⁰. De forma breve, esta metodología puede definirse como una metodología basada en la cultura indígena y en la teoría moderno-colonial de género, que analiza interculturalmente cómo se relaciona la categoría género con otras categorías coloniales¹¹. Así, partimos desde los estudios que han analizado cómo el género supone un factor de vulnerabilidad y limitante en el acceso a la justicia y consideramos la justicia estatal como el elemento colonial, frente al cuál las justicias indígenas son una respuesta alterna. Asimismo, que tales justicias, demandan un esfuerzo de construcción intercultural contextualizado capaz de abrir la institucionalidad a las formas de justicia tradicional, repensadas desde la actoría indígena femenina¹².

⁶ El derecho a la libre determinación fundamenta su participación constituyente y los derechos que incluya el texto constitucional. El derecho humano a la identidad cultural, a su vez, constituye un derecho matriz de los restantes derechos de los pueblos indígenas, interdependiente con ellos, que opera como un “filtro hermenéutico” que exige a los órganos del Estado adoptar sus decisiones asumiendo la dimensión cultural propia de los pueblos indígenas. FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 515-517; MELLO, Patricia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. *In: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores; Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

⁷ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022. p. 228-229.

⁸ En 1998 la filósofa Encarna Bodelón estableció una clasificación de las teorías políticas feministas entre liberales, marxista/socialista y radical, dejando esta clasificación abierta por el surgimiento de nuevas teorías y de la necesaria separación entre las corrientes que emergen del feminismo en los diferentes continentes, BODELÓN, Encarna. La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género. *Working Paper Institut de Ciències Polítiques i Socials*, n. 148, p. 1-20, 1998. Siguiendo su esquema, consideramos que en la actualidad ya hay base suficiente para hablar de la Teoría Política del feminismo decolonial, QUIJANO, Anibal. *Colonialidad del poder, globalización y democracia*. 2000. Disponible en: <https://www.rrojasdatabank.info/pfpc/quijan02.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.; LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, n. 9, p. 73-101, 2008.; LUGONES, María. Colonialidad y género. *In: ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderky; GÓMEZ CORREAL, Diana; OCHOA MUÑOZ, Karina* (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismos, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014. p. 57-74.; SEGATO, Rita Laura. Género y colonialidad: en busca de claves de lecturas de un vocabulario estratégico descolonial. *In: ANIBAL, Quijano; MEJÍA NAVARRETE, Julio. La cuestión descolonial*. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2010.; ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderky. Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *El Cotidiano*, v. 29, n. 187, p. 06-12, 2014.; ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderky. De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de la identidad. *Solar*, v. 12, n. 1, p. 141-171, 2016.

⁹ Esta epistemología surge como crítica a las diferentes epistemologías y proyectos políticos feministas producidos por mujeres blanco burguesas asentadas en países centrales, que no fueron capaces de ver cómo su práctica también reproducía los mismos problemas que denunciaba. Mientras criticaban un universalismo androcéntrico, produjeron la categoría de género y la aplicaron universalmente a todas las sociedades y a todas las culturas, sin cuestionarse que el sistema de género es un constructo que surge para explicar la opresión de las mujeres en las sociedades modernas occidentales. FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018. p. 123. Se acude a este marco epistémico como herramienta para superar los privilegios y los sesgos eurocéntricos que en la base tienen las personas que elaboran este trabajo, blancas académicas una originaria de Galicia (España) y otra de Temuco (Chile).

¹⁰ FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Emergencia de las mujeres indígenas en América Latina: debates sobre género, etnicidad e identidad cultural. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 2, p. 53-96, 2019.

¹¹ LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, n. 9, p. 73-101, 2008. p. 73.

¹² En este sentido, la Antropología Jurídica ha venido desarrollado progresivamente una acción crítica propositiva planteando

2.2 Mujeres indígenas, acceso a la justicia y las justicias indígenas

Sobre las justicias indígenas encontramos diferentes aproximaciones teóricas. En relación con la justicia ancestral del Pueblo Mapuche o Az Mapu, destaca el abordaje desde una perspectiva de género que reivindica su uso para solucionar diferentes conflictos, incluida la violencia patriarcal-machista¹³. Esta propuesta conforma una línea emergente respecto de la protección del derecho a la identidad cultural de las mujeres indígenas en el ámbito de la justicia, incluso en el caso de ser víctimas de violencia patriarcal-machista. Sin embargo, hasta la fecha, son escasas las investigaciones que analicen este derecho en relación con las mujeres de los otros pueblos originarios de Chile, con excepción de los trabajos realizados en caso de “La pastora Gabriela Blas Blas” (según veremos).

Asimismo, existen investigaciones desde otras disciplinas que nos aproximan a la realidad de las mujeres Rapa Nui¹⁴; de las mujeres aimaras del norte de Chile, sus roles de género y la violencia patriarcal que sufren¹⁵; trabajos sobre la realidad de las mujeres colla¹⁶; y diversos textos que abordan la realidad de las atacameñas, diaguitas, chango, comunidades Kaweshak y Yáman junto con las comunidades afrodescendientes.

El análisis de argumentos de las mujeres indígenas en sus procesos de reivindicación de las justicias ancestrales muestra cómo apelan a un discurso de derechos para fortalecer proyectos colectivos y de jurisdicción propia¹⁷. Esto pone en evidencia que discurso y prácticas responden al fenómeno de la interlegalidad, consistente en la multiplicidad de extractos jurídicos y de combinaciones entre ellos que caracterizan al mundo de la vida, y que muestran que las personas y grupos sociales tienen como referente diferentes

nuevos debates y producciones contextualizadas y decoloniales. STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. *Entre la Ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.; INTERNATIONAL UNION OF ANTHROPOLOGICAL AND ETHNOLOGICAL SCIENCES; CASTRO LUCIC, Milka. *Actas Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos del tercer milenio*. Arica: Universidad de Chile; Univeridad de Tarapacá, 2000.; CASTRO LUCIC, Milka. Los puentes entre el derecho y la antropología. In: CASTRO LUCIC, Milka (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*. Santiago de Chile: LOM, 2014. p. 17-64. p. 38.

¹³ PAINEMAL MORALES, Millaray; ÁLVAREZ DÍAZ, Andrea. *Caminando juntas hacia la recuperación del Kyme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015.; PALMA AYALA, Rosario; SANDRINI CARREÑO, Renata. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 10, p. 151-161, 2014.; VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal: ¿subsiste el Az Mapu? *Política Criminal*, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014.; MERCADO CATRIÑIR, Ximena et al. *Yamuvvn mu ka poyen tañi ixofj mogen amuleay tañi kyme mogen*: con respeto y amor por las distintas vidas, avanzamos hacia el buen vivir. Temuko: Instituto Nacional de Derecho Humanos, 2015.; VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistema sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017.; FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018.; FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. Vencer la violencia patriarcal desde la cosmovisión mapuche. In: FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila et al. *Las luchas del Pueblo Mapuche*. Salamanca: Baladre, 2021. p. 111-134.

¹⁴ ROJAS Y COLLAJE, Trinidad; VALENZUELA, Sofía. Violencia de género en Rapa Nui: aisladas en un pasado machista. *La Tercera*, 21 abr. 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/paula/violencia-de-genero-en-ropa-nui-aisladas-en-un-pasado-machista/>. Acceso en: 20 jul. 2023.; MONTECINOS, Sonia; FOESTER, Rolf. Feminización y etnificación: la reina de Rapa Nui de Pedro Prado. *Revista Chil. Lit.*, n. 90, p. 151-169, 2015.; VÁSQUEZ SANTIBÁÑEZ, María Belén; CARRASCO GUTIÉRREZ, Ana María. Mujeres y espacio público: las asociaciones indígenas femeninas aimaras de la ciudad de Arica. *Diálogo Andino*, n. 56, p. 53-62, 2018. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812018000200053&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

¹⁵ GAVILÁN VEGA, Vivian; CARRASCO, Ana María. Prácticas discursivas e identidades de género de las mujeres aimaras del norte chileno (1980-2015). *Diálogo Andino*, n. 55, p. 111-120, 2018. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812018000100111&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.; GAVILÁN VEGA, Vivian. Prácticas matrimoniales y relaciones de género de dos comunidades aimaras del altiplano del norte de Chile. *Estudios Atacameños*, n. 65, p. 339-362, 2020. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-10432020000200339&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

¹⁶ RODRÍGUEZ VENEGAS, Viviana; DUARTE HIDALGO, Cory. Saberes ancestrales y prácticas tradicionales: embarazo, parto y puerperio en mujeres colla de la región de Atacama. *Diálogo Andino*, n. 63, p. 113-122, 2020. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812020000300113&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023. p. 113-122.

¹⁷ SIERRA, María Teresa. Género, diversidad cultural y derecho: las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. In: LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009. p. 15-32. p. 16.

sistemas de justicia, por ejemplo, el estatal, el consuetudinario, el comunitario local, el global, en función de las situaciones y los contextos específicos¹⁸. Esta multiplicidad de capas y conexiones fuerza a adoptar una óptica interseccional¹⁹ que, desde un enfoque jurídico, obliga a tener presentes además de los estándares internacionales en materia de derechos indígenas también aquellos relativos a los derechos de las mujeres, así como los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia.

Diversos estudios en Abya Yala han documentado las diferentes opresiones de las mujeres indígenas, revelando la desigualdad, el racismo y la exclusión de las mujeres ante la justicia del Estado y las dificultades que enfrentan ante sus propias autoridades al buscar que se les haga justicia²⁰. También se ha puesto de manifiesto en diferentes investigaciones lo difícil que es permear el campo de la justicia indígena hacia los derechos y necesidades de las mujeres, que implica intervenir en las maneras tradicionales de resolver los conflictos y en el ejercicio de la autoridad, y por tanto, en sus procedimientos y en los espacios normativos²¹. Estas dificultades no han impedido que en los últimos años se hayan desarrollado a lo largo del Caribe, Centro América, y América del Sur, procesos organizativos comprometidos por impulsar y promover los derechos de las mujeres indígenas para incidir en la justicia, dentro y fuera de las comunidades. En estos procesos que también vienen impulsados por recomendaciones y estándares de derechos humanos se aprecia cómo las mujeres indígenas son quienes están construyendo sus propias definiciones en torno al género y la justicia. Por citar algunos ejemplos: en México las mujeres zapatistas en Chiapas aprobaron el 1 de enero de 1994 la Ley de Mujeres y han abierto camino en la búsqueda de nuevos lenguajes que contemplen sus derechos como mujeres y como indígenas y han creado junto a los hombres de sus comunidades las Juntas de Buen Gobierno Zapatista, en esta senda celebran periódicamente Encuentros Internacionales de Mujeres que Luchan²². En Ecuador, se celebró el Encuentro Internacional de Mujeres “Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral”, realizado en Quito en octubre de 2008 en él, las mujeres indígenas exigieron que se fortaleciese el sistema de justicia ancestral y se reconociesen las resoluciones por parte de la administración de justicia estatal que se acuerdan en el seno de las comunidades. Colombia también tiene su propio Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas. Y en Perú el trabajo realizado por la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) ya ha realizado diversos congresos para abordar los derechos de las mujeres indígenas, o el reciente I Encuentro Internacional sobre Derechos de las Mujeres Indígenas: La lucha permanente por el reconocimiento de sus derechos, organizado por diferentes instituciones. Y, por último, el Foro Internacional de las Mujeres Indígenas, que articula mujeres de siete regiones.

En Chile, la Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas (ANAMURI) fundada en 1998 es hasta la fecha, la organización más grande de mujeres. En 2007 realizó el primer Congreso Nacional de Anamuri en cuya declaración final, resolución cuarta, señalan que “lucharán por el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y autodeterminación”²³. Si atendemos a las reivindicaciones realizadas desde organizaciones propias de cada Pueblo Originario, son las mujeres del Pueblo Mapuche las que más han

¹⁸ SALGADO ÁLVARES, Judith. El reto de la igualdad: género y justicia indígena. In: SOUSA SANTOS, Boaventura; AGUSTÍN GRIJALVA, Jiménez. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala, 2012. p. 244-278. p. 270.

¹⁹ CRENSHAW, Kimberlee. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminism theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, n. 1, p. 139-167, 1989.; EXPÓSITO MOLINA, Carmen. ¿Qué es eso de la interseccionalidad?: aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones Feministas*, n. 3, p. 203-222, 2012. p. 204-205; LÓPEZ NÉJERA, Verónica Renata. Feminismos y descolonización epistémica: nuevos sujetos y conceptos de reflexión en la era global. In: MILLÁN, Margarita (coord.). *Más allá del feminismo: caminos para andar*. México D.F.: Red de Feminismos Decoloniales, 2014. p. 99-118. p. 104-105.

²⁰ LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009.; SIEDER, Rachel; SIERRA, María Teresa. *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*. Bergen: CHR. Michelsen Institute, 2011.

²¹ SIERRA, María Teresa. Género, diversidad cultural y derecho: las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. In: LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009. p. 15-32. p. 24.

²² SIERRA, María Teresa. Género, diversidad cultural y derecho: las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. In: LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009. p. 15-32. p. 17.

²³ ANAMURI. *Primer Congreso Nacional de Anamuri: declaración final*. Santiago de Chile: Anamuri, 2006-2007. Disponible en: https://8793661b-aa8e-4955-ab60-ca671ba83b8b.filesusr.com/ugd/9d9d23_74bf9166f6964379aad44d3e6ce66611.pdf?index=true. Acceso en: 20 jul. 2023.

visibilizado sus demandas²⁴ y las que hasta la fecha han despertado mayor interés por parte de la academia que desde diferentes áreas ha problematizado la realidad de las mujeres en Wallmapu (territorio ancestral del Pueblo Mapuche), existiendo en nuestra opinión desde la academia jurídica, en la actualidad una deuda con la realidad de las mujeres de otros pueblos originarios.

En el libro pionero “Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral”²⁵ publicado en 2009, se hace un repaso exhaustivo de experiencias de justicia ancestral y comunitaria en países de la región con ausencia de Chile. Estas experiencias muestran que debemos observar el trabajo avanzado por las mujeres de los Pueblos Indígenas del continente porque su influencia impacta directamente en las reivindicaciones de las mujeres indígenas en Chile, por lo tanto, son experiencias de las que aprender y donde buscar referentes.

En Chile actualmente, a excepción de las mujeres mapuche, las mujeres de los otros Pueblos Indígenas no han conseguido romper la brecha y ganar una visibilidad pública y política, tan alta como las mujeres indígenas de países vecinos. En los últimos años, diversas investigaciones también han abordado la complejidad de la identidad de ser mujeres indígenas poniendo de manifiesto que no se trata de una identidad inmóvil, sino que avanza con los tiempos y enfrenta contradicciones y lealtades entre las nuevas y las tradicionales formas de identificarse como mujeres indígenas, especialmente en relación con cómo debe entenderse las influencias del feminismo y la evolución de los roles de género²⁶.

En un plano general, la negativa al reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas bajo el argumento de que la plurinacionalidad rompe el principio de igualdad que tiene sus raíces en el discurso de la “universalidad” que establece la igualdad, en tanto que todas las personas tienen los mismos derechos. Esta ideología racionalista ilustrada, occidental y colonial, se fundamenta en una única idea de humanidad en la cada persona tiene el mismo valor y derechos que otra. Sin embargo, esto nunca fue cierto para las mujeres, ni para la gente pobre y para las personas sometidas al colonialismo de los estados hegemónicos²⁷.

En particular, el discurso sobre la universalidad es fuertemente criticado desde los postulados de los feminismos y los estudios decoloniales. En este punto, la pionera feminista francesa, Olympe de Gouges, en su reconocido trabajo “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadanía”, publicado en 1791, realiza la primera contribución crítica al principio de igualdad, señalando que ciertas formas de abstracción generan discriminación al negar las diferencias o desigualdades. Sus ideas y la defensa de estas tuvieron como consecuencia su asesinato en la guillotina en 1793.

En la actualidad, desde los feminismos jurídicos, se señala que la igualdad presenta un desdoblamiento entre una esfera de igualdad jurídica, en la que la ciudadanía es igual en términos políticos y, la esfera social,

²⁴ COMISIÓN MAPUCHE DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de la mujer mapuche*. Wallmapu, 2012. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CHL/INT_CEDAW_NGO_CHL_13165_S.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

²⁵ LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009.

²⁶ QUIÑIMIL VÁSQUEZ, Doris. *Petu mongenleñ, petu mapuchenger*: todavía estamos vivxs, todavía somos mapuches: un proceso auto etnográfico para la descolonización feminista de las categorías mujer, mapuche, urbana, a través del aborto. Granada: Máster Erasmus Mundus en Estudios de las Mujeres y de Género, 2012. p. 119; QUIÑIMIL VÁSQUEZ, Doris. Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas. In: GUAJARDO SOTO, Gabriel; RIVERA VIEDMA, Christian. *Violencias contra las mujeres: desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015. p. 125-152.; VERA GAJARDO, Antonieta. Moral, representación y “feminismo mapuche” elementos para formular una pregunta. *Polis: Revista Latinoamericana*, n. 38, p. 01-18, 2014.; LEIVA SALAMANCA, Ronny. Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche. *Revista IIDH*, p. 167-198, 2015.; MATTUS, Charlotte. *Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile: pilares invisibles de la resistencia de su pueblo*. France: Universidad Pierre Mendès France, 2009.; GAVILÁN VEGA, Vivian; CARRASCO, Ana María. Prácticas discursivas e identidades de género de las mujeres aymaras del norte chileno (1980-2015). *Diálogo Andino*, n. 55, p. 111-120, 2018. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812018000100111&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.; FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Emergencia de las mujeres indígenas en América Latina: debates sobre género, etnicidad e identidad cultural. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 2, p. 53-96, 2019.

²⁷ COSTAS, Malena. *Feminismos jurídicos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2016. p. 49.

en la que las personas se relacionan mediante las desigualdades formales del capitalismo²⁸. En coherencia con lo anterior, el derecho es entendido como un constructo social y como tal, no es neutro y se fundamenta en teorías políticas. En este campo, en el ámbito académico, destacamos el desarrollo de la antropología jurídica que ha desarrollado progresivamente una acción crítica tendiente a nuevos debates y producciones contextualizadas, decoloniales²⁹, con esfuerzos relevantes en relación con el pluralismo jurídico, como marco de interrelación entre sistemas de justicias³⁰.

Estos enfoques evidencian que la falta de reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas es más grabosa para las mujeres indígenas que tienen que hacer frente a la discriminación interseccional, por ser pobres, mujeres e indígenas. Esta triología de la exclusión de las mujeres indígenas, señala Camila de Magalhães Gomes, funciona creando experiencias diferentes. Por ello, desde la perspectiva de la interseccionalidad situada y decolonial, se observa cómo las opresiones trabajan en red y son al mismo tiempo causa y efecto en la creación de nuevas opresiones³¹. En Chile este fenómeno está presente en las 16 regiones del país, pero especialmente se aprecia en las tres con mayor porcentaje de población indígena, Arica y Parícuta (35,7%), La Araucanía (34,3%) y Aysén (28,7%).

3 Marco Normativo

3.1 Derechos humanos, acceso a la justicia y los derechos de las mujeres indígenas

En Chile, se observa un sostenido progreso en el enfoque de género y los derechos de las mujeres indígenas, amparados por un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que están impulsando una nueva forma de interpretar el ordenamiento jurídico interno. La Constitución Política de la República expresa en su artículo 19 N°2 que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”. El derecho al acceso a la justicia se entiende integra el derecho de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política. Por su parte, el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental integra constitucionalmente los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Son relevantes los estándares internacionales en materia de los derechos de los Pueblos Indígenas y de las mujeres indígenas, que se han venido desarrollando progresivamente³². En especial, tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (Convención Belén do Pará). En este marco, la Recomendación General 33 del Comité CEDAW y

²⁸ COSTAS, Malena. *Feminismos jurídicos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2016.

²⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. *Entre la Ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.; INTERNATIONAL UNION OF ANTHROPOLOGICAL AND ETHNOLOGICAL SCIENCES; CASTRO LUCIC, Milka. *Actas Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos del tercer milenio*. Arica: Universidad de Chile; Universidad de Tarapacá, 2000.; CASTRO LUCIC, Milka. Los puentes entre el derecho y la antropología. In: CASTRO LUCIC, Milka (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*. Santiago de Chile: LOM, 2014. p. 17-64. p. 38.

³⁰ Entre otros, CARMONA CALDERA, Cristóbal. Derecho y violencia: reescritura en torno al pluralismo jurídico. *Revista de Derecho*, n. 22, p. 09-26, 2009.; CARMONA CALDERA, Cristóbal. *En lógica de fronteras: decisión y justicia en las relaciones interculturales*. 2010. Tesis (Magíster en Estudios Filosóficos) – Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2010.; AYLWIN OYARZÚ, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: Lom Ediciones/Observatorio Ciudadano, 2013.

³¹ MAGALHÃES, Camila Gomes. Género como categoría de análisis decolonial. *Civitas*, v. 18, n. 1, p. 65-82, 2018. p. 71.

³² NAHS ROJAS, Claudio et al. *Erradicación de la violencia contra las mujeres en las Américas: violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pauta para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013.

la Convención Belén do Para (artículo 9), reconocen que la mujer tiene mayor vulnerabilidad por razón de raza y condición étnica.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, y un conjunto de otros instrumentos, conforme la hermenéutica evolutiva de la jurisprudencia de la Corte IDH, otorgan un sólido marco de protección aplicable para Chile.

En el ámbito nacional, se han dictado normas específicas en materia de protección de las mujeres, como Ley de Violencia Intrafamiliar (20.066), la Ley que Establece medidas contra la discriminación (Ley N° 20.609) y la Ley que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género (Ley N° 20.820), junto a otras leyes, iniciativas, estudios y protocolos impulsados por el Poder Judicial³³. Todo ello, en paralelo a los respectivos instrumentos internacionales en materia de derechos de los Pueblos Indígenas.

En relación con los Pueblos Indígenas, el 15 de septiembre de 2008 Chile ratificó el Convenio N°169 de la OIT que entró en vigor plena un año después³⁴; el 13 de septiembre de 2007, con el voto favorable de Chile, la Asamblea General de la ONU aprueba la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Ambos instrumentos, aunque solo el primero tiene alcance vinculante, reconocen las formas de justicia indígena.

Complementariamente, se puede destacar la implementación de estándares en materia de los derechos de acceso a la justicia que formula el Informe Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, de la CIDH del 20 de enero de 2007, y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de los Grupos en Situación de Vulnerabilidad en América Latina, de 2008³⁵.

3.2 Derechos de acceso a la justicia, a la identidad cultural y a las justicias indígenas

Pese a los avances descritos, las mujeres indígenas continúan sufriendo discriminación y desigualdad, tanto de la sociedad chilena, como de las estructuras y servicios estatales, que todavía en muchos ámbitos no dan respuestas adecuadas a sus necesidades específicas. El Estado de Chile no ha conseguido hasta la fecha hacerse cargo de contruir una sociedad equitativa y respetuosa de las diferencias. En especial, de generar nuevos marcos políticos, jurídicos y de justicia que, partiendo desde la perspectiva de género e indígena, elaboren planes y programas de política pública, así como incorporen esta perspectiva en la intervención judicial y policial. Una solución a esta problemática viene por desplegar con todos sus efectos el derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia, desde sus orígenes hasta la actualidad, fue evolucionando como un enfoque o categoría analítica, hasta convertirse en un derecho. Surge en el contexto occidental en la década de los setenta del siglo pasado, impulsado por un movimiento social y académico-político. En concreto, se configura desde la corriente antiformalista del derecho, que considera que los problemas jurídicos no son solo jurídicos, si no también parte/causa y/o efecto de otros problemas, donde convergen múltiples factores (políticos, económicos, culturales, territoriales, etc.), que están directamente relacionados con las desigual-

³³ Ley N.º 21.212, de dos de marzo de 2020, que Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N.º 18.216 en materia de tipificación del femicidio; REPUBLICA DEL CHILE. *Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables*. 2020. Disponible en: <https://amparoyjusticia.cl/biblioteca-digital/protocolo-de-acceso-a-la-justicia-de-grupos-vulnerables/>. Acceso en: 20 jul. 2023.; Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual (2020); el Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual, elaborado por GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena *et al.* *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*. Concepción: Universidad de Concepción y Poder Judicial de Chile, 2020. Así como los recursos web y la Revista Justicia con Perspectiva de Género (2021) de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial.

³⁴ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 7 de junio de 1989.

³⁵ RIBOTTA, Silvina. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, v. 6, n. 2, p. 01-37, 2012.

dades sociales³⁶. Por ello, cuando se habla de acceso a la justicia, se presupone la existencia de desigualdades sociales, desequilibrios y asimetrías en la distribución del poder y los recursos dentro de un mismo contexto social. Esta categoría involucra diferentes aspectos como son: la posibilidad de llegar al sistema judicial para reclamar derechos: el conocimiento de los medios y el proceso para ejercer los derechos: que las resoluciones judiciales se dicten en un tiempo razonable, sean respetuosas y garantes de otros derechos el concepto de una ciudadanía empoderada en el ejercicio de sus derechos; un Poder Judicial y funcionariado especializado y eficaz, entre otros³⁷. Por tanto, la configuración del acceso a la justicia va más allá de un derecho centrado en el ámbito técnico-jurídico, sino que se proyecta hacia vínculos contextuales del Derecho y la Justicia. En este sentido, como se afirma desde la doctrina latinoamericana,

se trata de incorporar una perspectiva que entienda el derecho y la justicia (y el acceso a ella) no sólo como un fenómeno político y social, sino también como un instrumento para la protección de los derechos humanos entendidos en sentido amplio.³⁸

En Chile, al igual que en el contexto regional, existen problemas de acceso a la justicia, especialmente en el caso de ser mujeres e indígenas³⁹. Estas dificultades y diversas soluciones también fueron abordadas desde el ámbito del derecho penal y las posibilidades de la justicia intercultural⁴⁰. En este sentido, debemos ser conscientes de varios factores: (1) el Sistema Penal constituye el campo normativo estatal más difícil de permear interculturalmente porque el Estado ejerce en él su máxima potestad de control, dada por el legítimo uso de fuerza y capacidad de privar libertad⁴¹, lo que arroja resistencias para integrar los mandatos internacionales que obligan a respetar los mecanismos propios de los Pueblos Indígenas de solución de conflictos (artículos 9 y 10 del Convenio 169 OIT)⁴²; (2) desconfianza de los pueblos originarios hacia la administración de justicia chilena, que ha funcionado tradicionalmente como un “efectivo mecanismo de freno a la integración, transformándose en instrumentos de dominación y de exclusión de las culturas y costumbres de los Pueblos Originarios”⁴³; (3) los tribunales en ocasiones están al servicio del Estado y no de la Justicia, actuado como prolongaciones del poder político⁴⁴ y criminalizando la demanda indígena, hasta el punto de reaccionar contra dirigentes públicos que no necesariamente son los responsables de los actos ilícitos perseguidos⁴⁵; (4), en diversos casos los tribunales han actuado con gran desconsideración sobre la

³⁶ BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del Derecho en Latinoamérica. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013. p. 259-302.

³⁷ BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del Derecho en Latinoamérica. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013. p. 259-302.

³⁸ HEIM, Daniela. Acceso a la justicia y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, p. 107-129, 2014. p. 109.

³⁹ MARABOTTO LUGARO, Jorge A. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 291-301, 2003.; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoria sobre los derechos de la mujer: acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*. 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/ Acceso07/cap1.htm>. Acceso en: 20 jul. 2023.; REPUBLICA DEL CHILE. *Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables*. 2020. Disponible en: <https://amparoyjusticia.cl/biblioteca-digital/protocolo-de-acceso-a-la-justicia-de-grupos-vulnerables/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁴⁰ COUSO SALAS, Jaime. Mapuches y derecho penal. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes a la discusión*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013. p. 155-214.; ARROYO LETELIER, Manuela. Derecho penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. *Política Criminal*, p. 362-389, 2015. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v10n19/art12.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁴¹ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al estado de derecho hegemónico. *Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, 2019. p. 66.

⁴² FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018.

⁴³ RUÍZ-TAGLE REYES, Viena. Caso “La Pastora”, una causa para no olvidar de la jurisprudencia chilena. In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 801-830. p. 802.

⁴⁴ DEL VALLE ROJAS, Carlos. La crisis de la interculturalidad en la administración de la justicia en los tribunales del sur de Chile y el rol de la producción del enemigo íntimo-interno en la industria cultural. In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (coord.). *Justicia e interculturalidad: análisis del pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 221-250.

⁴⁵ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de los derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizadas socialmente. In: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario;

realidad de los pueblos originarios. Por ejemplo, en el caso de la pastora aimara Gabriela Blas Blas, se puso de manifiesto cómo operan en el sistema de justicia los prejuicios sobre mujeres indígenas, sostenidos por “discursos que instalan una perspectiva etnocentrista, patriarcal y colonial, y construyen una visión de lo materno que refuerza la perspectiva impuesta por la cultura dominante”⁴⁶. Este caso se llevó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alcanzando un acuerdo amistoso, que incluyó la obligación de disculpas del Estado de Chile por los abusos cometidos, tanto por las policías, como por la Administración de Justicia y la obligación de realizar difusión y capacitación en materia de justicia e interculturalidad para erradicar estereotipos racistas⁴⁷.

Buscando articular la justicia indígena, como fenómeno socio antropológico caracterizado por mecanismos concretos de administración de justicia que no tienen origen estatal, con el ordenamiento jurídico positivo del Estado, se ha planteado desde la academia y movimientos sociales e indígenas, la cuestión del reconocimiento de las justicias ancestrales en el marco del contenido del derecho de acceso a la justicia⁴⁸ que, asimismo, ampara los derechos humanos de las mujeres indígenas⁴⁹.

En relación al concepto mismo de “justicia indígena” y, si bien en la doctrina existen diferentes propuestas conceptuales⁵⁰, usamos la categoría de “justicias indígenas”. Esta denominación plural, permite abarcar la

CIPPITANI, Roberto (coord.). *Derechos individuales e integración regional* (antología). Roma-Perugia-México: ISEG, 2013. p. 417-476.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Reformas de la Justicia y estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra dirigentes mapuche movilizadas socialmente. In: ALARCÓN, X. et al. *Justicia, derechos humanos y pueblos indígenas: nuevos debates y tendencias*. Santiago: Universidad Católica de Temuco, 2017. p. 417-476.

⁴⁶ OLIVARES ESPINOZA, Bárbara. El caso de Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada. *Atenea*, n. 519, p. 31-47, 2019. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622019000100031&lang=pt. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁴⁷ Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) alcanzado ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos por Gabriela Blas y el Estado de Chile, en junio de 2016. Cuyo origen fueron las graves vulneraciones de los derechos humanos de Gabriela Blas Blas, quien después de denunciar el extravío de su hija cuando realizaba labores de pastoreo, fue detenida arbitrariamente, sometida a interrogatorios, y acusada injustamente de la pérdida de la niña, y mientras estuvo en prisión, entregaron en adopción internacional a su otra hija. Ampliamente en línea <http://www.humanas.cl/?p=17173> (consultado el 22 de diciembre de 2022). Para más información ver: RUÍZ-TAGLE REYES, Viena. Caso “La Pastora”, una causa para no olvidar de la jurisprudencia chilena. In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 801-830.; RUIZ-TAGLE REYES, Viena Macarena. *Cultura indígenas, derecho penal y género: estudio socio-jurídico sobre la injerencia del derecho penal en las comunidades aymaras del norte de Chile y sobre la relación de las mujeres indígenas con la justicia ordinaria*. 2015. Tesis (Doctorado) – Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2015.

⁴⁸ Paralelamente, se ha planteado la cuestión de la existencia real de sistemas sancionatorios indígenas, de formas de justicia indígena. Pero en respuesta, existen esfuerzos que han buscado documentar el uso de las respectivas justicias indígenas por parte de los Pueblos Originarios. A modo de ejemplo, en el caso del Pueblo Mapuche, se aprecia el uso de su sistema sancionador en combinación con el de la justicia estatal, al que se acude como modo de sanción y de mecanismo de ultima ratio. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistema sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017. p. 110-11.

⁴⁹ SALAMANCA HUENCHULLAN, María del Rosario. *Los pueblos indígenas y el acceso a la justicia*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, 2018; VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistema sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017; VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal: ¿subsiste el Az Mapu? *Política Criminal*, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014.; PALMA AYALA, Rosario; SANDRINI CARREÑO, Renata. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 10, p. 151-161, 2014.; PAINEMAL MORALES, Millaray; ÁLVAREZ DÍAZ, Andrea. *Caminando juntas hacia la recuperación del Kyme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015.; LE BONNIEC, Fabien; NAHUELCHEO QUEUPUCURA, Pamela. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de La Araucanía. *Revista de Lengua i Dret*, n. 67, p. 281-293, 2017.; MERCADO CATRIÑIR, Ximena et al. *Yamunvn mu ka poyen taiñ ixofij mogen amuleay taiñ kevme mogen: con respeto y amor por las distintas vidas, avanzamos hacia el buen vivir*. Temuko: Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015.; VERA GAJARDO, Antonieta. Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a las mujeres Mapuche. *Revista de Estudios Sociales*, p. 01-14, 2018.; FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. Vencer la violencia patriarcal desde la cosmovisión mapuche. In: FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila et al. *Las luchas del Pueblo Mapuche*. Salamanca: Baladre, 2021. p. 111-134.; FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018.

⁵⁰ Existen diversas formas de conceptualizar y referirse a las formas consuetudinarias de resolución de conflictos de los Pueblos Originarios, mientras una corriente apuesta por posicionar la Justicia Indígena en el mismo rango jerárquico que el Derecho estatal, y

amplia performatividad de sistemas tradicionales (“consuetudinarios”) de “justicia indígena”. En estricto rigor, se trata de una pluralidad de sistemas diversos, más o menos normativos. Así, la justicia indígena ha sido definida como “aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión, y no simplemente métodos alternativos de resolución de conflictos”⁵¹. Este concepto no homologa al Derecho algo que no, necesariamente es Derecho, o que no lo es en todos los casos. Por ello, consideramos que el concepto de *Justicias Indígenas* es el más idóneo para referirse, desde un enfoque jurídico pluricultural y de género a las costumbres indígenas en materia de resolución de conflictos o las dinámicas normativas propias de las formas de vida y organización indígena.

El desarrollo y garantía del derecho de acceso a la justicia, se enlaza con el derecho humano a la identidad cultural, porque un efectivo acceso a la justicia, supone su ejercicio en contexto, conforme el marco cultural de la cuestión de objeto jurisdiccional⁵².

El derecho humano a la identidad cultural se fundamenta en diversos instrumentos en materia de derechos humanos y ha sido definido como:

[...] El derecho de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente; y el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización.⁵³

En particular, ha sido reconocido y reiterado sistemáticamente por la jurisprudencia de la Corte IDH⁵⁴. Así, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) ha señalado que:

[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática [...].

Asimismo, ha dicho que:

[...] los pueblos indígenas [...] tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres.

defiende el uso de términos como Derecho Indígena, Sistema Jurídico Indígena, Jurisdicción Indígena, Jurisdicción Propia o Justicia Indígena. Una segunda corriente, considera la Justicia Indígena como una forma alternativa de resolución de conflictos, DEOCON, Carlos. Resolución de conflictos y pueblos indígenas. *Ir*: BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos; Universidad de Deusto, 2006. p. 585-610. La categoría de Derecho Indígena o Sistema Jurídico Indígena, según una perspectiva histórica o comparada sería la adecuada para hacer referencia a las costumbres de convivencia de los Pueblos Indígenas de Centro América y América del Sur, si bien, este concepto de Derecho no es el mismo que se conceptualiza desde el monismo jurídico, los conceptos de Jurisdicción Indígena o Jurisdicción Propia, son considerados más adecuados por entender que el mundo indígena no diferencia entre jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos, de forma que jurisdicción permite un enfoque más amplio, situando en el mismo estatus la jurisdicción indígena y la occidental.

⁵¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017. p. 28.

⁵² SALAS ASTRAIN, Ricardo; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad: conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). *Ir*: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 693-740. p. 693.

⁵³ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 515.

⁵⁴ CORTE IDH: Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, (2001, serie C N.º. 79); Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005, serie C N.º. 125); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (2006, serie C N.º 146); Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam (2007, serie C N.º 172); Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010, serie C N.º 214); Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012, serie C N.º 245); Caso Sarayaku vs. Ecuador (2012, serie C N.º 245); Caso pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018, serie C N.º 346). Un amplio exhaustivo estudio del derecho humano a la identidad, sus fuentes internacionales y jurisprudencia, véase_ Faundes peñañiel, Juan Jorge. El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch.

[...] Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.⁵⁵

Desde esta jurisprudencia se refuerza la obligación de los Estados de reconocimiento de los Sistemas de Justicia Indígena. Asimismo, el reconocimiento de la identidad cultural en el ámbito de la justicia nos lleva, en consonancia con el derecho de acceso a la justicia, “a plantear la construcción de modelos de justicia intercultural que articulen las justicias indígenas con la justicia estatal, inclusiva de los derechos colectivos de estos pueblos”.⁵⁶

Y, en lo que respecta a este trabajo, el derecho humano a la identidad cultural “justifica el derecho a hacer valer la propia cultura en el marco de los procesos judiciales”; y, en concreto, puede alcanzar el derecho a ejercer las propias formas de justicias indígenas; o bien, a lo menos, contiene el derecho a ser juzgado por los tribunales estatales bajo el contexto cultural o el sistema de normas, principios y valores, en que los hechos o el conflicto sometido a conocimiento judicial, ocurrieron o tuvieron su origen.⁵⁷

No solo se trata del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, sino de un cambio de paradigma jurisdiccional que integra la comprensión y valoración de las diferentes formas de vida de los pueblos indígenas y sus miembros, ante los órganos judiciales de la sociedad mayoritaria. Por ello, hemos sostenido que un proceso judicial que no permita el ejercicio efectivo del derecho humano a la identidad cultural, “constituye una herramienta de dominación y disciplinamiento cultural”; mientras, por el contrario, el ejercicio del derecho tiene la potencialidad de generar “una transformación de la concepción del Derecho” bajo el paradigma del Estado nación y su comprensión del Estado de Derecho.⁵⁸

Este derecho, por tanto, debe ser parte fundante de una sociedad como la chilena que es materialmente multicultural y que además está vinculada por estándares internacionales.

En particular, el derecho a la identidad cultural se relaciona con las reivindicaciones que las mujeres indígenas están realizando en el campo de las justicias indígenas. Introduciendo propuestas que contemplan su visión de género y sus derechos como mujeres indígenas. Este complejo proceso fuerza a ir más allá de los discursos, para incidir en las prácticas mismas de la justicia, enfrentado diferentes modelos culturales inscritos en las normas y valores que justifican órdenes jerárquicos masculinos y excluyentes para las mujeres.⁵⁹

Por su parte, la experiencia comparada, por ejemplo, en el caso de Australia, nos habla del fortalecimiento de la democracia en los países que han avanzado en la senda del reconocimiento de las justicias ancestrales y la implementación de tribunales indígenas.⁶⁰ Estas experiencias además de articular el derecho a la identidad cultural, el acceso a la justicia e implementar modelos de justicia intercultural han permitido que las mujeres avancen en igualdad de derecho tanto en su comunidad como a nivel país.

Asimismo, Chile suscribe los compromisos de los Ojetivos de Desarrollo Sostenible, Agenda 2030, de la Organización de Naciones Unidas. Ello, en lo que a nuestro objeto refiere, incluye los objetivo de (5) igual-

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. 29 mayo 2014. párrs. 204, 357.

⁵⁶ SALAS ASTRAIN, Ricardo; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad: conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 693-740. p. 693.

⁵⁷ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al estado de derecho hegemónico. *Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, 2019. p. 51-55.

⁵⁸ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al estado de derecho hegemónico. *Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, 2019. p. 51-55.

⁵⁹ SIERRA, María Teresa. Género, diversidad cultural y derecho: las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. In: LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009. p. 15-32. p. 16.

⁶⁰ FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018.

dad de género, (10) reducción de las desigualdad y (16) paz, justicia e instituciones solidarias. Estos objetivos, conllevan facilitar el acceso a la justicia a todas las personas en términos sustantivos y ello compromete los esfuerzos bajo un enfoque intercultural.

4 Contexto social e histórico en el reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Chile

Chile es el único país de la región donde los Pueblos Originarios o Indígenas⁶¹ no gozan de reconocimiento constitucional. La población que integra estos pueblos, según los datos del censo de 2017, supone el 12.8% de la población del país⁶², y el 12,4% de las mujeres se reconoce como mujer indígena. Con ellas existe una larga deuda en el reconocimiento de su memoria histórica, de la situación de pobreza, participación política y ejercicio efectivo de sus derechos humanos, individuales y colectivos. No obstante, en los últimos años se ha avanzado en la ratificación de convenios internacionales, como el Convenio N°169 de la OIT, conforme el cual el Estado comienza a asemejarse a los países del entorno y progresa en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas.

Algunos hitos sociales e históricos dan cuenta de cómo, con todo, los Pueblos Indígenas y las mujeres integrantes de ellos, van ganando espacio en la institucionalidad y modificando la normatividad del país, en el marco de una tensión subsistente entre Estado y Pueblos Indígenas. Por ejemplo, el 11 de marzo de 2018 tomó posesión como diputada Emilia Iris Nuyado Ancapichún, de ascendencia mapuche-huilliche, convirtiéndose en la primera persona indígena en el Parlamento.

Entre otros aspectos, en materia constitucional, la Constitución Política de la República de 1980 actualmente vigente, ni en su origen, ni en sus más de 300 reformas posteriores menciona ni reconoce a los pueblos indígenas⁶³. Solo, muy recientemente debe considerarse la Reforma Constitucional que creó 17 escaños reservados para representantes de 10 pueblos indígenas de Chile que la misma reforma reconoce expresamente⁶⁴. Al respecto, mientras la tendencia desde los años ochenta fue el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en las constituciones Latinoamericanas⁶⁵, Chile todavía se situaba lejos de

⁶¹ En la presente investigación se emplean como sinónimos los conceptos de Pueblos Indígenas y Pueblos Originarios, para una explicación sobre el uso en Chile de una y otra categoría nos remitimos a FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018. p. 67-68.

⁶² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Síntesis de resultados censo 2017*. Chile, 2018. Disponible en: https://www.inec.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁶³ La demanda por el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas de Chile se plantea desde 1989. En ese entonces, Patricio Aylwin Azocar, candidato a la presidencia de Chile suscribió el denominado “Acuerdo de Imperial”, con las organizaciones indígenas de todo el país. Aylwin fue el primer presidente de Chile postdictadura que gobernó durante 4 años. En las décadas posteriores le han seguido múltiples iniciativas de reforma (o de nueva Constitución) para el demandado reconocimiento indígena, todas no logradas. Entre otros, véase: DÍAZ CAMPOS, Karenn. Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas en Chile. In: CONGRESO DE DERECHO INDÍGENA DE LA UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ, 2., 2015, Santiago. *Anais* [...]. Santiago: Universidad de Tarapacá, 2015. p. 1-15. p. 1; CONVENCION CONSTITUCIONAL. *Iniciativa de la convencional constituyente de Rosa Catrileo establece el reconocimiento de los pueblos indígenas*. 18 dic. 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Estabece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023; ACTA DE COMPROMISO ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL. *Nueva Imperial*, 1 de Diciembre de 1989. p. 2.

⁶⁴ Ley 21.298 (23/12/2020). En este sentido, se ha entendido que se trata de una forma de reconocimiento con jerarquía constitucional de los 10 pueblos indígenas a los que asignó 17 escaños reservados en la Convención Constitucional. FAUNDES PEÑA-FIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022. p. 228.

⁶⁵ “Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que incorpora derechos de los Pueblos Indígenas”, *Boletín n.º 11939-07, 15 de julio de 2018*, impulsado por Emilia Nuyado Ancaipichún junto a nueve diputadas y diputados. YRGOYEN FAJARDO, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537-566.; SALAS ASTRAIN, Ricardo;

esta constitucionalización. Pero sí buscó legislar los derechos de los Pueblos Originarios en la Ley Indígena N.º 19.253 de 1993⁶⁶. Esta ley reemplaza la expresión “pueblos”, reconocida en el Convenio N.º 169 de la OIT (que conforme su artículo 1 refiere a los pueblos indígenas preexistentes al Estado), a “la categoría de etnias y descendientes de agrupaciones humanas”, desconociendo de esa manera su calidad de sujetos de derechos colectivos, conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos.⁶⁷

4.1 Proceso constituyente chileno (2019-2023)

Desde octubre de 2019 se desencadenan un conjunto de sucesos sociales, políticos, descritos de diversas formas en la literatura reciente, así podemos encontrar tres distintas corrientes que hablan o de “Crisis Social”, de “Estallido Social” o de “Revuelta Social”. La doctrina sitúa en estos como los desencadenantes que dan inicio a un proceso constituyente aún en curso. Así, el 25 de octubre de 2020 se celebró un plebiscito nacional, con voto voluntario, en que la ciudadanía se manifestó a favor de iniciar un proceso constituyente por la vía de una Convención Constitucional conformada 100% por constituyentes elegidos (opción alcanzada con cerca del 80% de los votos). En ese marco, se reservaron para Pueblos Indígenas 17 de 155 escaños de convencionales constituyentes (votaron por estos escaños reservados indígenas 1.239.295 personas indígenas)⁶⁸. Tras la votación, fueron elegidas más mujeres constituyentes que hombres, pero por la regla de paridad de género (en un efecto inverso) algunas de ellas fueron sustituidas por hombres de menor votación⁶⁹. Así, el 4 de julio de 2021, Elisa Loncón Antileo, mapuche, se convierte en la presidenta de la Convención Constitucional de Chile. Ya en el debate constituyente propiamente tal, el 30 de diciembre de 2021, se presentó la Iniciativa Convencional Constituyente N.º 94-1 “Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional y Libre determinación de los Pueblos”⁷⁰. Así, el 4 de julio de 2022 se publica el texto de Nueva Constitución para Chile, cuyo articulado suponía un avance en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas de Chile, tanto en lo relativo a derechos de identidad cultural, territorial, cultural y de justicia, así como en los derechos de las mujeres y las disidencias sexo-genericas⁷¹.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad: conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 693-740.

⁶⁶ CONADI. *Ley Indígena N.º 19.253, de 5 de octubre de 1993*. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Disponible en: https://www.subpesca.cl/portal/615/articles-80133_recurso_1.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁶⁷ CONVENCION CONSTITUCIONAL. *Iniciativa de la convencional constituyente de Rosa Catrileo establece el reconocimiento de los pueblos indígenas*. 18 dic. 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Estabece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023. p. 02-03; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional y ante los estados nacionales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 617-644, 2022.

⁶⁸ La Ley de reforma constitucional distribuyó 7 escaños reservados para el Pueblo Mapuche, 2 para los Aymara, 1 para los Rapa Nui, 1 para el Pueblo Quechua, 1 para el Pueblo Atacameño, 1 para los Diaguitas, 1 para el Pueblo Colla, 1 para los Kawashkar, 1 para los Yagán y 1 para el Pueblo Changó. Véase: Ministerio de Desarrollo Social y Familia. CONADI. *Elecciones del escaños reservados*. 2021. Disponible en: <https://www.conadi.gob.cl/elecciones-escaños-reservados>. Acceso en: 20 jul. 2023. Representantes indígenas electos por cada Pueblo Indígena disponibles en: ÚLTIMO boletín público y solemne de resultados preliminares para constituyentes generales de Pueblos Indígenas. *Servel*, 16 mayo 2021. Disponible en: https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2021/05/4_Bolatin_Detalle_Eleccion_otros_Pueblos.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁶⁹ Para una mirada crítica feminista de los sistemas de cuota, véase: GONZÁLEZ LUNA, Teresa; ZEPEDA RODRÍGUEZ, Jesús; SAHUÍ MALDONADO Alejandro (coord.). *Para discutir la acción afirmativa: democracia, procesos y circunstancias*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2017. v. 2; FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, v. 3, n. 6, p. 27-47, 2005. p. 28.

⁷⁰ CATRILEO ARIAS, Rosa Elizabeth et al. *Iniciativa Convencional Constituyente n. 94-1, del 30 de diciembre de 2011*. Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional y libre determinación de los Pueblos. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Estabece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁷¹ Sobre los alcances del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Propuesta de Nueva Constitución de Chile (2022), véase: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. The Constituent Process in Chile

Pero, el 4 de septiembre del 2022 se somete a plebiscito el texto constitucional que resultó rechazado por amplia mayoría (61.8%), incluidas todos los territorios indígenas del país a excepción de Isla de Rapa Nui.

Tras el resultado negativo, el presidente Gabriel Boric cedió la iniciativa constituyente al Congreso⁷². Así, el 12 de diciembre de 2022 se dio a conocer el denominado “Acuerdo por Chile”⁷³ en el que 14 partidos políticos con representación en el Congreso (incluyendo la derecha tradicional y fuerzas moderadas de centro izquierda⁷⁴, sin la representación de los Pueblos ni consulta a ellos, “delimitan” las bases de la Institucionalidad constitucional que debe adoptarse en un nuevo proceso constituyente. Este acuerdo, refrendado en la Ley de Reforma Constitucional 21.531, del 17 de enero de 2023, establece un mecanismo constituyente mixto de tres órganos. Un Consejo Constitucional, conformado por un total de 50 personas que ejercerán como consejeras, elegidas por votación popular directa, bajo sufragio universal obligatorio. Este Consejo se regirá por el principio de paridad de géneros y estará integrado por escaños indígenas supranumerarios, asignados de acuerdo con el porcentaje de votación en la elección (en la práctica solo se alcanzó la elección de un escaño indígena⁷⁵). También una “Comisión Experta”, conformada por 24 integrantes de trayectoria personal técnica y/o académica, con composición paritaria, que se elegirán a partes iguales por la Cámara de Diputados y Diputadas y por el Senado, en proporción a la representación de las distintas fuerzas políticas, donde el oficialismo gobernante no tiene mayoría⁷⁶. Este órgano tuvo a su cargo la redacción de un anteproyecto cuyo propósito es servir de base para la discusión y redacción de la nueva Constitución por el Consejo Constitucional. Por su parte, el Consejo debe seguir las 12 bases institucionales establecidas en el Acuerdo, ya señalado, y que fueron incorporadas literalmente en el texto propuesto por la Comisión Experta, así, el Consejo Constitucional tiene el mandato de aprobar una Nueva Propuesta de Constitución, siguiendo los “contornos” de las referidas bases de la institucionalidad acordadas inicialmente en el “Acuerdo por Chile”.

Además, se creó un Comité Técnico de Admisibilidad compuesto por 14 personas, juristas de destacada trayectoria profesional y/o académica, elegidas por el Senado a propuesta de la Cámara de Diputados y Diputadas. Su función es la revisión de las normas aprobadas por la Comisión Experta y/o el Consejo Constitucional, a fin de determinar si están en línea o son contrarias a las bases institucionales del Acuerdo base. Por último, en cuanto al itinerario Constitucional, el texto será sometido a plebiscito el 26 de noviembre de 2023, con voto obligatorio, donde la ciudadanía podrá aprobar o rechazar.

(2019–2022) from the perspective of indigenous peoples. In: POSTERO, Nancy (ed.). *The Routledge handbook of indigenous development*. London: Routledge, 2022. p. 113-122.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020. p. 113-122.

⁷² RIVAS MOLINA, Federico; MONTES, Rocío. Gabriel Boric prepara un nuevo proceso constituyente para Chile. *El País*, 5 sept. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-09-05/gabriel-boric-prepara-un-nuevo-proceso-constituyente-para-chile.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.; REPUBLICA DE CHILE. Senado. *Fijan para este lunes 12 reunión para avanzar en itinerario constituyente*. 7 sept. 2022. Disponible en: <https://www.senado.cl/fijan-para-este-lunes-reunion-para-avanzar-en-itinerario-constituyente>. Acceso en: 20 jul. 2023.; CHILE arranca un nuevo proceso constituyente tras el rechazo en el referendo. *France 24*, 10 sept. 2022. Disponible en: <https://www.france24.com/es/programas/en-primera-plana/20220910-chile-nuevo-proceso-constituyente-rechazo-referendo>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁷³ REPUBLICA DE CHILE. Senado. *Acuerdo por Chile: definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e itinerario para nuevo proceso constituyente*. 17 dic. 2022. Disponible en: <https://www.senado.cl/noticias/proceso-constituyente/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁷⁴ MONTES, Rocío. Asamblea electa y comité de expertos: Chile acuerda un nuevo proceso constituyente. *El País*, 13 dic. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-12-13/asamblea-electa-y-comite-de-expertos-chile-acuerda-un-nuevo-proceso-constituyente.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁷⁵ SERVEL confirma la victoria de Alihuen Antileo, el único representante indígena en el Consejo Constitucional. *CNN Chile*, 8 mayo 2023. Disponible en: https://www.cnnchile.com/cnneleccion/alihuen-antileo-convertirse-representante-indigena-consejo-constitucional_20230508/. Acceso en: 20 jul. 2023. Sin embargo, dentro de los 50 escaños regulares, resultó electa la Consejera Kinturray Melin Rapiman, quien alcanzó el cargo bajo corrección por regla de paridad de género, desplazando al Candidato Raúl Allard, más votado dentro de la lista de su partido. VALLEJOS, Leonardo. Consejera RD electa en La Araucanía y Elisa Loncon: “No me siento sucesora de ella ni del trabajo que se realizó”. *Emol*, 12 mayo 2023. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/05/12/1094870/kirumay-loncon-desmarca-consejera.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁷⁶ En “proporción a la representación de las distintas fuerzas políticas” (4/7 de los miembros en ejercicio de las respectivas Cámaras). En ejercicio desde el 6/3/2023.

Un aspecto central de este segundo proceso (2023), dice relación con las bases institucionales, porque suponen un paradigma más restrictivo de los derechos de los Pueblos Indígenas. En este sentido, el principio 4 (art. 154, Propuesta Comisión Experta) sostiene que: “[...] la Constitución reconoce a los Pueblos Indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El estado respetará y promoverá sus derechos y culturas”.

Este principio, se aleja del principio de “Plurinacionalidad” transversal al Texto de Nueva Constitución para Chile del 2022. En particular, retoma las propuestas parlamentarias de reforma constitucional que fueron rechazadas entre 2000 y 2014⁷⁷. En este sentido, la “indivisibilidad” de la nación se ha entendido como una clausura o, a lo menos, una restricción al reconocimiento de los Pueblos Indígenas como titulares de derechos colectivos. Si bien, en un sentido político, la idea de una Nación, como “la Nación” (política), no es en sí problemático, sí lo es la condición de “indivisibilidad” de ella, porque se le asocia la imposibilidad de reconocer que existan pueblos dentro de dicha Nación. Mientras, la clave de un proceso de reconocimiento efectivo (que enmarcaba la idea de “plurinacionalidad”), supone recomprender la idea de Estado-Nación, en que, precisamente, una Nación (política) puede contener diversos “pueblos” o “naciones culturales” (“naciones” en sentido cultural)⁷⁸. La consecuencia práctica de esta diferenciación -lejos de ser sólo semántica-, es que la diversidad de pueblos o naciones, dentro de un Estado o de “la Nación”, entiende a los Pueblos Indígenas como titulares de derechos colectivos⁷⁹.

Se han planteado diversas explicaciones “del rechazo” a la Propuesta de nueva Constitución de 2022, aunque ninguna resulta determinante del todo, al tratarse de un fenómeno multifactorial, pero sí, la debatida cuestión de la “plurinacionalidad” evidencia una fractura ideológica, social y política, que marca el proceso constituyente en curso⁸⁰. En el sentido precedente, se constata un Estado que enfrenta con intensidades fluctuantes, a veces contradicciones y fuerzas transversales⁸¹, el camino de la pluriversalidad⁸² y la interculturalidad⁸³. Al mismo tiempo, con una perspectiva de género cada vez más consolidada, bajo un amplio consenso y una emergente identidad de mujer indígena, pero también con tensiones importantes refrendadas en los límites que el Acuerdo contempla desde la perspectiva de los derechos de las mujeres⁸⁴.

⁷⁷ Boletines 5324-07 y 5522-07 refundidos, Mensaje 140-358, Presidente Sebastián Piñera.

⁷⁸ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El Reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, una propuesta de reforma al Estado. In: AYLWIN, José. *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y realidad local*. Temuco: Universidad de la Frontera, 2004. p. 299-314. p. 299-301.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020. p. 34, 81.

⁷⁹ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional y ante los estados nacionales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 617-644, 2022.

⁸⁰ HOLZMANN, Guillermo. ¿Por qué ganó el ‘rechazo’ a la propuesta constitucional en Chile? *France 24*, Bogotá, 8 sept. 2022. Disponible en: <https://www.france24.com/es/programas/el-debate/20220907-por-qu%C3%A9-gan%C3%B3-el-rechazo-a-la-propuesta-constitucional-en-chile>. Acceso en: 20 jul. 2023.; TOBAR JORQUERA, Nicolás. ¿Quién ganó con el Rechazo? *Ciperchile.cl*, 6 sept. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/06/quien-gano-con-el-rechazo/>. Acceso en: 20 jul. 2023.; PAIRICAN, Fernando. Plebiscito constitucional en Chile: el triunfo del rechazo: la amenaza indígena. *Anfibia*, 7 sept. 2022. Disponible en: <https://www.revistaanfibia.com/la-amenaza-indigena/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁸¹ En un extremo, el “Acuerdo por Chile” implica la pérdida de poder de los pueblos indígenas en el escenario constituyente, refrendado, por ejemplo, al descartarse la idea de plurinacionalidad. Pero, en el otro, límites aparte, existe acuerdo de amplio espectro para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

⁸² El principio de pluriversalidad es el opuesto al principio de universalidad. La pluriversalidad implica la coexistencia de múltiples formas de vivir y, por lo tanto, conocer de las muy diversas culturas que existen en el planeta, PALERMO, Zulema; OTTO, Alejandro; BIDASECA, Karina. Conocimiento de otro modo: la opción decolonial y la academia argentina. In: CATELLI, Laura; ELENA LUCERO, María Rosario. *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, definiciones*. Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012. p. 355-380. p. 368.

⁸³ La interculturalidad hace referencia al contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos en condiciones de igualdad, ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? In: SANTOS, Boaventura Sousa; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín (ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 279-304.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020. p. 184-198.

⁸⁴ Críticamente, desde el enfoque feminista, este Acuerdo establece bordes sobre el “derecho a la vida” que puede dificultar el derecho a la salud sexual, reproductiva y no reproductiva así como imposibilitar la educación sexual integral, en esta línea se está

Así entonces, el texto de Nueva Constitución (2022) abrió un escenario que parecía dejar atrás un contexto histórico de opresión, discriminación y exclusión de los Pueblos Indígenas en el ejercicio de sus derechos, con énfasis relevantes para las mujeres indígenas. Pero ese proceso se cerró con el texto rechazado y en el año 2023 se desarrolla un nuevo escenario constituyente con otras características. Luego, si bien las circunstancias han cambiado, las preguntas sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas, sus derechos y los de las mujeres indígenas, en particular, siguen abiertas.

Con todo, tratándose de un proceso político y jurídico constitucional, que disputa visiones ideológicas contradictorias, el núcleo del actual debate constituyente, en concreto, radica en cómo, con qué alcances, se aseguran en el texto constitucional en nuevo debate los respectivos derechos de los pueblos y las mujeres indígenas, conforme los estándares de derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT y en los acuerdos sobre derechos de la mujer ya indicados.

5 Reconocimiento de las justicias indígenas en el proceso constituyente chileno

El reconocimiento de los Pueblos Indígenas en la Constitución, del Estado como Plurinacional y de la libre determinación de estos pueblos, fueron incorporadas expresamente en el texto de la Propuesta de Nueva Constitución chilena de 2022, como consecuencia de la intensa participación de los representantes de los Pueblos Indígenas en el proceso⁸⁵.

En el sentido indicado, se establecía que “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico” (art. 1). Asimismo que “Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable” (art. 8). Consagraba los principios de plurinacionalidad, interculturalidad y diálogo intercultural” (art. 11); establecía la “igualdad sustantiva” que incluía expresamente la diversidad y la paridad de género (arts. 1, 6, 25 y transversalmente en otras disposiciones); el buen vivir (art.8) asociado al desarrollo; el Estado como plurilingüe, junto al reconocimiento oficial de las lenguas indígenas en los territorios indígenas (art.12); la autonomía, el autogobierno (art. 34) y las “autonomías territoriales indígenas” (art. 234); a las tierras, territorios indígenas y sus recursos naturales (art. 79), a las aguas de uso tradicional indígena (art. 58), a la protección del conocimiento indígena (art. 44.6.); a la consulta (art. 66) y al consentimiento previo indígena (art. 191), junto a los mecanismos de participación política en los órganos electivos, como los escaños reservados en el Congreso y en los órganos colegiados del Estado (arts. 162 y 252)⁸⁶.

En particular, el derecho humano a la identidad cultural, según lo hemos descrito, fue recogido en el texto de Nueva Constitución para Chile (2022), que señalaba:

Artículo 34

Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al

pronunciando parte de un sector de la población y periodistas de prestigio, para una mayor información véase, ARCE-RIFFO, Javiera. *Resguardos ante el “Acuerdo por Chile”*. 18 dic. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/12/15/resguardos-ante-el-acuerdo-por-chile/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁸⁵ CATRILEO ARIAS, Rosa Elizabeth *et al.* *Iniciativa Convencional Constituyente n. 94-1, del 30 de diciembre de 2011*. Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional y libre determinación de los Pueblos. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Establece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

⁸⁶ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022. p. 230.

reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 65

1. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho a la identidad e integridad cultural y al reconocimiento y respeto de sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias.
2. Se prohíbe la asimilación forzada y la destrucción de sus culturas.

Por su parte, el derecho de acceso a la justicia quedó especialmente recogido en el artículo 108 que indica que toda persona tiene derecho: (1) “al pleno acceso a la justicia y a requerir de los tribunales de justicia la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, de manera oportuna y eficaz [...]”; en especial, a que el Estado garantice (6) “que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural”; y a (7) “a una asistencia jurídica especializada, intérpretes, facilitadores interculturales y peritajes consultivos, cuando así lo requiere y no pueden proveérselos por sí mismas”. Asimismo, asegurando la efectividad del derecho se creaba el “Servicio Integral de Acceso a la Justicia”, cuya función sería “prestar asesoría, defensa y representación letrada de calidad a las personas, así como también brindar apoyo profesional de tipo psicológico y social en los casos que corresponda” (artículo 113). Conjuntamente, los principios de interseccionalidad e igualdad a sustantiva se aseguraban como parte de la propia función jurisdiccional (artículo 311).

Luego, en relación con “las justicias indígenas”, en particular, la Propuesta de Nueva Constitución para Chile (2022), en el Capítulo IX Sistemas de Justicia reconocía expresamente los “sistemas de justicia indígena” y el “pluralismo jurídico”, en sus artículos 307, 309 y 322.

De forma sintética pasamos resumir el contenido de los artículos señalados. El artículo 307, en el numeral 1 establece la jurisdicción como una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos; y en el numeral 2, señala que la jurisdicción se ejercerá por los tribunales de justicia y las autoridades de los pueblos y naciones indígenas. El artículo 309, reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. El artículo 312, establece que en la función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género y que todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva. Y por último, el artículo 322 en su numeral 1, recoge la función jurisdiccional se regirá conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad y en su numeral 2, la obligatoriedad de adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento de personas indígenas.

Como un elemento de mejora de la redacción, sostenemos que el articulado en vez de hablar de “sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas”, debió ocupar la categoría de “justicia indígenas”, que hemos descrito, para superar con ello el concepto jurídico formal que no da cuenta de la pluralidad de sistemas normativos tradicionales propios de los pueblos indígenas. Con todo, en términos sustantivos, la disposición aseguraba expresamente el ejercicio de la jurisdicción propia indígena.

Por su parte, el texto de la Comisión Experta en actual debate por el Consejo Constitucional, en relación con los Pueblos Indígenas solo indica:

Artículo 7

1. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos individuales y colectivos garantizados por esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
2. El Estado reconoce la interculturalidad como un valor de la diversidad étnica y cultural del país y promueve el diálogo intercultural en condiciones de igualdad y respeto recíprocos. En el ejercicio de las

funciones públicas se debe garantizar el reconocimiento y la comprensión de dicha diversidad étnica y cultural.

Hemos transcrito estas disposiciones ejemplarmente, pero no es posible realizar una comparación analítica detallada entre la propuesta constitucional de 2022, el texto del “Acuerdo por Chile” que le siguió al “rechazo”, ni con la bases institucionales o el articulado de la propuesta constitucional de la Comisión Experta en actual discusión, dado el sucinto texto del artículo 7 precedente.

Con todo, podemos advertir que en este artículo 7, se reconoce genéricamente a los Pueblos Indígenas, pero sin su denominación expresa, manteniendo la cuestión de la indivisibilidad de la Nación (cuyos problemas ya revisamos).

Sí, se reconocen los derechos colectivos de los Pueblos indígenas, pero no se establece un catálogo expreso de ellos. Luego, los eventuales avances en concreto del proceso constituyente se centrarán en la disputa política por la inclusión efectiva de derechos (como a las tierras y territorios, la consulta, entre otros). Si no se logra esa incorporación, el contenido material y vigencia efectiva de los derechos de los pueblos indígena seguirá siendo discutido en el debate legislativo posterior, sin perjuicio del desarrollo de la jurisprudencial en concreto, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen estos derechos, como ocurre hasta ahora.

En el marco descrito, si bien la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 16.3 y 25.b), la paridad de género y la participación política de las mujeres (artículos 4 y 45.3), se encuentran expresamente contemplados en el anteproyecto de la Comisión Experta que debate el Consejo Constitucional, los derechos de las mujeres indígenas en particular no están presentes.

Asimismo, debe destacarse el reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural del país, así como del diálogo intercultural, como imperativo generales para el ejercicio de las funciones públicas. Si esta disposición prospera, podrá constituir una herramienta hermenéutica relevante para la función jurisdiccional, en especial, considerando el derecho humano a la identidad cultural, como filtro hermenéutico, según ya se explicó.

La brecha más ostensible entre las propuestas constitucionales de 2022, del “Acuerdo por Chile” indicado y los textos posteriores que lo siguen, está dada por la ausencia de la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico y las justicias indígenas (los “Sistemas de Justicia Indígena”). En el mismo sentido, un enfoque desde el feminismo indígena - interseccional y decolonial -, centrado en la mujer indígena, tampoco está presente.

6 Conclusiones

Para el análisis de la demanda histórica de reconocimiento constitucional por parte de los Pueblos Indígenas de Chile, nos hemos centrado en cómo la propuesta de Nueva Constitución para Chile del 2022 reconocía especialmente la plurinacionalidad y el derecho a una jurisdicción propia indígena, entre otros derechos, como garantía del derecho de acceso a la justicia y a las justicias indígenas. En este sentido, la pregunta inicial de este trabajo, de si ¿el Proceso Constituyente Chileno, 2019-2023, abrió una oportunidad para la justicia indígena y nuevas opciones para el acceso a la justicia de las mujeres indígenas?, puede ser respondida afirmativamente, pero con matices relevantes.

La propuesta de Nueva Constitución de 2022 suponía un cambio de paradigma en línea con los estándares internacionales de derechos humanos a los que Chile se vincula. Pero es un hecho que la última propuesta de Nueva Constitución se rechazó, por lo tanto, constitucionalmente no se reconocen de forma expresa a los Pueblos Indígenas del país y ni se ha alcanzado un estatuto constitucional expreso mínimo de derechos. Sin perjuicio de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos, con-

forme la Constitución de 1980 vigente y el propio “Acuerdo por Chile”, conforme los cuales el Convenio N°169 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos (con la subsecuente jurisprudencia de la Corte IDH) y otros instrumentos, incorporan un marco de derechos de los Pueblos Indígenas exigibles al Estado, más allá de los derroteros constituyentes en curso.

Bajo una primera impresión de los alcances del “Acuerdo por Chile”, plasmado en los posteriores proyectos constitucionales en debate (2023), puede leerse un eventual retroceso respecto de los derechos de Pueblos Indígenas del País - respecto del texto constitucional de 2022 (rechazado mayoritariamente). En este sentido, puede advertirse, a lo menos, que: el “Acuerdo por Chile” se suscribió sin participación de los Pueblos Indígenas; establece límites determinantes respecto de la plurinacionalidad, que en la práctica impiden un próximo texto constitucional con el alcance de derechos que tenía la propuesta de 2022. Estos límites evidencian una brecha relevante en relación con los instrumentos internacionales y respectivos estándares en materia de derechos humanos de los Pueblos Indígenas, a la luz, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte IDH.

No obstante, existe consenso político, como da cuenta el mismo “Acuerdo por Chile” y las bases de la institucionalidad que se han ido formalizando en los proyectos constitucionales posteriores lo corroboran, de que una nueva Constitución chilena debe reconocer a los Pueblos Indígenas que habitan su territorio. En este sentido, existe una transformación en curso, más allá de sus intensidades, contradicciones y concreciones normativas. La elección de los 17 escaños reservados para los Pueblos Indígenas en el primer proceso constituyente (2021/2022) y la de uno en el segundo (2023), son una muestra de ello. Tanto del avance, como de las disputas.

Así, las cuestiones mismas del reconocimiento de los Pueblos Indígenas en la Constitución, del Estado Plurinacional y de la Libre determinación de estos pueblos⁸⁷, aunque rechazadas en el primer proceso, ya están instaladas en el debate democrático de la sociedad chilena. Sin que deje de ser evidente que el consenso en estos temas aún es un espacio cultural, social y político disputado. Por ello, se avanza, pero en diferentes velocidades y sentidos. Para los Pueblos Originarios, el texto de 2022 supuso un hito histórico, pero su fracaso también. Por su parte, el “Acuerdo por Chile” y los respectivos textos constitucionales avanzados en 2023 no logran recoger las demandas de los Pueblos Indígenas ni los estándares internacionales materia de derechos humanos, lo que puede visualizarse como un retroceso en este aspecto. Pero los debates al interior del Consejo Constitucional, hoy, a lo menos, suponen el establecimiento, a lo menos, de cláusula genérica de reconocimiento de los Pueblos Indígenas, lo que ya implica un paso más adelante respecto del texto constitucional vigente desde 1980.

Para finalizar, a la luz del proceso revisado, podemos afirmar que el derecho de acceso a la justicia, a su vez, supone el reconocimiento y el ejercicio efectivo del derecho humano a la identidad cultural, materializado en el reconocimiento formal de las justicias indígenas. Ello, en sí mismo, amparará los derechos humanos de las mujeres indígenas en Chile, pero sigue siendo una agenda política y normativa inconclusa.

Referencias

ACTA DE COMPROMISO ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL. *Nueva Imperial*, 1 de Diciembre de 1989.

⁸⁷ CATRILEO ARIAS, Rosa Elizabeth *et al.* *Iniciativa Convencional Constituyente n. 94-1, del 30 de diciembre de 2011*. Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional y libre determinación de los Pueblos. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Estabece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

ANAMURI. *Primer Congreso Nacional de Anamuri: declaración final*. Santiago de Chile: Anamuri, 2006-2007. Disponible en: https://8793661b-aa8e-4955-ab60-ca671ba83b8b.filesusr.com/ugd/9d9d23_74bf9166f6964379aad44d3e6ee66611.pdf?index=true. Acceso en: 20 jul. 2023.

ARAIZA DÍAZ, Alejandra. De la política de la localización a los conocimientos situados: notas para la creación de una ciencia feminista. In: LIÉVANO, Martha; DUQUE, María. *Subjetivación femenina: investigación, estrategias y dispositivos críticos*. Monterrey: Ediciones UANL, 2012. p. 165-192.

ARCE-RIFFO, Javiera. *Resguardos ante el "Acuerdo por Chile"*. 18 dic. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/12/15/resguardos-ante-el-acuerdo-por-chile/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

ARROYO LETELIER, Manuela. Derecho penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. *Política Criminal*, p. 362-389, 2015. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v10n19/art12.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? In: SANTOS, Boaventura Sousa; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín (ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 279-304.

AYLWIN OYARZÚ, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: Lom Ediciones/Observatorio Ciudadano, 2013.

BOBADILLA, Matías. Los candidatos indígenas que estarán en la Convención Constitucional. *Radio Pauta*, 16 mayo 2021. Disponible en: <https://www.pauta.cl/politica/los-candidatos-indigenas-que-estaran-en-la-convencion-constitucional>. Acceso en: 20 jul. 2023.

BODELÓN, Encarna. La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género. *Working Paper Institut de Ciències Polítiques i Socials*, n. 148, p. 1-20, 1998.

BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del Derecho en Latinoamérica. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013. p. 259-302.

CANIUQUEO HUIRCAPAN, Sergio. Los principales desafíos de los y las constituyentes mapuche. *Ciperchile.cl*, 9 jul. 2021. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/07/09/los-principales-desafios-de-los-y-las-constituyentes-mapuche/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

CARMONA CALDERA, Cristóbal. Derecho y violencia: reescritura en torno al pluralismo jurídico. *Revista de Derecho*, n. 22, p. 09-26, 2009.

CARMONA CALDERA, Cristóbal. *En lógica de fronteras: decisión y justicia en las relaciones interculturales*. 2010. Tesis (Magíster en Estudios Filosóficos) – Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2010.

CASTRO LUCIC, Milka. Los puentes entre el derecho y la antropología. In: CASTRO LUCIC, Milka (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*. Santiago de Chile: LOM, 2014. p. 17-64.

CATRILEO ARIAS, Rosa Elizabeth et al. *Iniciativa Convencional Constituyente n. 94-1, del 30 de diciembre de 2011*. Reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional y libre determinación de los Pueblos. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Establece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

CHILE arranca un nuevo proceso constituyente tras el rechazo en el referendo. *France 24*, 10 sept. 2022. Disponible en: <https://www.france24.com/es/programas/en-primera-plana/20220910-chile-nuevo-proceso-constituyente-rechazo-referendo>. Acceso en: 20 jul. 2023.

COMISIÓN MAPUCHE DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de la mujer mapuche*. Wallmapu, 2012. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CHL/INT_CEDAW_NGO_CHL_13165_S.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

CONADI. *Elecciones del escaños reservados*. 2021. Disponible en: <https://www.conadi.gob.cl/elecciones-escaños-reservados>. Acceso en: 20 jul. 2023.

CONADI. *Ley Indígena N.º 19.253, de 5 de octubre de 1993*. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Disponible en: https://www.subpesca.cl/portal/615/articulos-80133_recurso_1.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL. *Iniciativa de la convencional constituyente de Rosa Catrileo establece el reconocimiento de los pueblos indígenas*. 18 dic. 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/94-1-Iniciativa-de-la-cc-Rosa-Catrileo-Establece-el-reconocimiento-de-los-Pueblos-Indigenas-2.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

COSTAS, Malena. *Feminismos jurídicos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2016.

COUSO SALAS, Jaime. Mapuches y derecho penal. In: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes a la discusión*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013. p. 155-214.

CRENSHAW, Kimberlee. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminism theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, n. 1, p. 139-167, 1989.

DEL VALLE ROJAS, Carlos. La crisis de la interculturalidad en la administración de la justicia en los tribunales del sur de Chile y el rol de la producción del enemigo íntimo-interno en la industria cultural. In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (coord.). *Justicia e interculturalidad: análisis del pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 221-250.

DEOCON, Carlos. Resolución de conflictos y pueblos indígenas. In: BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos; Universidad de Deusto, 2006. p. 585-610.

DÍAZ CAMPOS, Karen. Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas en Chile. In: CONGRESO DE DERECHO INDÍGENA DE LA UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ, 2., 2015, Santiago. *Anais* [...]. Santiago: Universidad de Tarapacá, 2015. p. 1-15.

ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de la identidad. *Solar*, v. 12, n. 1, p. 141-171, 2016.

ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *El Cotidiano*, v. 29, n. 187, p. 06-12, 2014.

EXÓSITO MOLINA, Carmen. ¿Qué es eso de la interseccionalidad?: aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones Feministas*, n. 3, p. 203-222, 2012.

FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, v. 3, n. 6, p. 27-47, 2005.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Claves del proceso constituyente chileno (2019-2022), a la luz de la participación política de los pueblos indígenas. *CUHSO*, v. 32, n. 2, dic. 2022.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al estado de derecho hegemónico. *Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, 2019.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 26, p. 77-100, 2020.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, una propuesta de reforma al Estado. In: AYLWIN, José. *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y realidad local*. Temuco: Universidad de la Frontera, 2004. p. 299-314.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de los derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizadas socialmente. In: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Derechos individuales e integración regional* (antología). Roma-Perugia-México: ISEG, 2013. p. 417-476.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional y ante los estados nacionales. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 617-644, 2022.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Reformas de la Justicia y estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra dirigentes mapuche movilizadas socialmente. In: ALARCÓN, X. et al. *Justicia, derechos humanos y pueblos indígenas: nuevos debates y tendencias*. Santiago: Universidad Católica de Temuco, 2017. p. 417-476.

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. The Constituent Process in Chile (2019–2022) from the perspective of indigenous peoples. In: POSTERO, Nancy (ed.). *The Routledge handbook of indigenous development*. London: Routledge, 2022. p. 113-122.

FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. *La violencia machista en Chile: una visión desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2018.

FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. Vencer la violencia patriarcal desde la cosmovisión mapuche. In: FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila et al. *Las luchas del Pueblo Mapuche*. Salamanca: Baladre, 2021. p. 111-134.

FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Emergencia de las mujeres indígenas en América Latina: debates sobre género, etnicidad e identidad cultural. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 2, p. 53-96, 2019.

FIGUEROA HUENCHO, Verónica. *Formulación de políticas públicas indígenas en Chile: evidencias de un fracaso sostenido*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2014.

FIGUEROA HUENCHO, Verónica. Pueblos indígenas y política pública: el proceso de formulación de la política indígena en Chile en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tangle, 1994-2000. *Gestión y Política Pública*, v. 25, n. 2, p. 447-482, 2016.

GARCIA MINGO, Elisa. Nuevos aires de resistencia: mujeres mapuche, lucha política y transformación social. In: GARCIA MINGO, Elisa (coord.). *Zomo Nueven: relatos de vida de mujeres mapuche en su lucha por los derechos indígenas*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017. p. 17-86.

GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena et al. *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*. Concepción: Universidad de Concepción y Poder Judicial de Chile, 2020.

GAVILÁN VEGA, Vivian. Prácticas matrimoniales y relaciones de género de dos comunidades aymaras del altiplano del norte de Chile. *Estudios Atacameños*, n. 65, p. 339-362, 2020. Disponible en: <http://www.>

scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-10432020000200339&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

GAVILÁN VEGA, Vivian; CARRASCO, Ana María. Prácticas discursivas e identidades de género de las mujeres aymaras del norte chileno (1980-2015). *Diálogo Andino*, n. 55, p. 111-120, 2018. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812018000100111&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

GONZÁLEZ LUNA, Teresa; ZEPEDA RODRÍGUEZ, Jesús; SAHUÍ MALDONADO Alejandro (coord.). *Para discutir la acción afirmativa: democracia, procesos y circunstancias*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2017. v. 2.

HEIM, Daniela. Acceso a la justicia y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, p. 107-129, 2014.

HOLZMANN, Guillermo. ¿Por qué ganó el ‘rechazo’ a la propuesta constitucional en Chile? *France 24*, Bogotá, 8 sept. 2022. Disponible en: <https://www.france24.com/es/programas/el-debate/20220907-por-que-gano-a9-gan-b3-el-rechazo-a-la-propuesta-constitucional-en-chile>. Acceso en: 20 jul. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. *Síntesis de resultados censo 2017*. Chile, 2018. Disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6. Acceso en: 20 jul. 2023.

INTERNATIONAL UNION OF ANTHROPOLOGICAL AND ETHNOLOGICAL SCIENCES; CASTRO LUCIC, Milka. *Actas Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos del tercer milenio*. Arica: Universidad de Chile; Univeridad de Tarapacá, 2000.

LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009.

LE BONNIEC, Fabien; NAHUELCHEO QUEUPUCURA, Pamela. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de La Araucanía. *Revista de Lengua i Dret*, n. 67, p. 281-293, 2017.

LEIVA SALAMANCA, Ronny. Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche. *Revista IIDH*, p. 167-198, 2015.

LÓPEZ NÉJERA, Verónica Renata. Feminismos y descolonización epistémica: nuevos sujetos y conceptos de reflexión en la era global. In: MILLÁN, Margarita (coord.). *Más allá del feminismo: caminos para andar*. México D.F.: Red de Feminismos Descoloniales, 2014. p. 99-118.

LUGONES, María. Colonialidad y género. In: ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys; GÓMEZ CORREAL, Diana; OCHOA MUÑOZ, Karina (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismos, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014. p. 57-74.

LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, n. 9, p. 73-101, 2008.

MAGALHÃES, Camila Gomes. Género como categoría de análisis decolonial. *Civitas*, v. 18, n. 1, p. 65-82, 2018.

MARABOTTO LUGARO, Jorge A. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 291-301, 2003.

MATTUS, Charlotte. *Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile: pilares invisibles de la resistencia de su pueblo*. France: Universidad Pierre Mendès France, 2009.

MELLO, Patricia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: FAUNDES

PEÑAFIEL, Juan Jorge. *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores; Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

MERCADO CATRIÑIR, Ximena et al. *Yamuvvn mu ka poyen tañi ixofij mogen amuleay tañi kevme mogen*: con respeto y amor por las distintas vidas, avanzamos hacia el buen vivir. Temuko: Instituto Nacional de Derecho Humanos, 2015.

MILLALEO, Salvador. Los derechos políticos de los pueblos indígenas y la encuesta mapuche del CEP. In: ANINAT S., Isabel; FIGUEROA, Verónica; GONZÁLEZ, Ricardo (ed.). *El pueblo mapuche en el siglo XXI: propuesta para un nuevo entendimiento entre culturas en Chile*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2017. p. 155-196.

MONTECINOS, Sonia; FOESTER, Rolf. Feminización y etnificación: la reina de Rapa Nui de Pedro Prado. *Revista Chil. Lit.*, n. 90, p. 151-169, 2015.

MONTES, Rocío. Asamblea electa y comité de expertos: Chile acuerda un nuevo proceso constituyente. *El País*, 13 dic. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-12-13/asamblea-electa-y-comite-de-expertos-chile-acuerda-un-nuevo-proceso-constituyente.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.

NAHS ROJAS, Claudio et al. *Erradicación de la violencia contra las mujeres en las Américas: violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pauta para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013.

OLIVARES ESPINOZA, Bárbara. El caso de Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada. *Atenea*, n. 519, p. 31-47, 2019. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-04622019000100031&lang=pt. Acceso en: 20 jul. 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoria sobre los derechos de la mujer*: acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/women/Accesso07/cap1.htm>. Acceso en: 20 jul. 2023.

PAINEMAL MORALES, Millaray; ÁLVAREZ DÍAZ, Andrea. *Caminando juntas hacia la recuperación del Kyme Mogen y el AꞤmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015.

PAIRICAN, Fernando. Plebiscito constitucional en Chile: el triunfo del rechazo: la amenaza indígena. *Anfibia*, 7 sept. 2022. Disponible en: <https://www.revistaanfibia.com/la-amenaza-indigena/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

PALERMO, Zulema; OTTO, Alejandro; BIDASECA, Karina. Conocimiento de otro modo: la opción decolonial y la academia argentina. In: CATELLI, Laura; ELENA LUCERO, María Rosario. *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, definiciones*. Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012. p. 355-380.

PALMA AYALA, Rosario; SANDRINI CARREÑO, Renata. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 10, p. 151-161, 2014.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, globalización y democracia*. 2000. Disponible en: <https://www.rrojas-databank.info/pfpc/quijan02.pdf>. Acceso en: 20 jul. 2023.

QUINIMIL VÁSQUEZ, Doris. *Petu mongenleñ, petu mapuchengen*: todavía estamos vivxs, todavía somos mapuches: un proceso auto etnográfico para la descolonización feminista de las categorías mujer, mapuche, urbana, a través del aborto. Granada: Máster Erasmus Mundus en Estudios de las Mujeres y de Género, 2012.

QUINIMIL VÁSQUEZ, Doris. Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas. In: GUAJARDO SOTO, Gabriel; RIVERA VIEDMA, Christian. *Violencias contra las mujeres: desafíos y*

aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015. p. 125-152.

REPUBLICA DE CHILE. Senado. *Acuerdo por Chile: definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e itinerario para nuevo proceso constituyente*. 17 dic. 2022. Disponible en: <https://www.senado.cl/noticias/proceso-constituyente/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>. Acceso en: 20 jul. 2023.

REPUBLICA DE CHILE. Senado. *Fijan para este lunes 12 reunión para avanzar en itinerario constituyente*. 7 sept. 2022. Disponible en: <https://www.senado.cl/fijan-para-este-lunes-reunion-para-avanzar-en-itinerario-constituyente>. Acceso en: 20 jul. 2023.

REPUBLICA DEL CHILE. *Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables*. 2020. Disponible en: <https://amparoyjusticia.cl/biblioteca-digital/protocolo-de-acceso-a-la-justicia-de-grupos-vulnerables/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

RIBOTTA, Silvina. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, v. 6, n. 2, p. 01-37, 2012.

RIVAS MOLINA, Federico; MONTES, Rocío. Gabriel Boric prepara un nuevo proceso constituyente para Chile. *El País*, 5 sept. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-09-05/gabriel-boric-prepara-un-nuevo-proceso-constituyente-para-chile.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.

RODRÍGUEZ VENEGAS, Viviana; DUARTE HIDALGO, Cory. Saberes ancestrales y prácticas tradicionales: embarazo, parto y puerperio en mujeres colla de la región de Atacama. *Diálogo Andino*, n. 63, p. 113-122, 2020. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812020000300113&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

ROJAS Y COLLAJE, Trinidad; VALENZUELA, Sofía. Violencia de género en Rapa Nui: aisladas en un pasado machista. *La Tercera*, 21 abr. 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/paula/violencia-de-genero-en-rapa-nui-aisladas-en-un-pasado-machista/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

RUIZ-TAGLE REYES, Viena Macarena. *Cultura indígena, derecho penal y género: estudio socio-jurídico sobre la injerencia del derecho penal en las comunidades aymaras del norte de Chile y sobre la relación de las mujeres indígenas con la justicia ordinaria*. 2015. Tesis (Doctorado) – Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2015.

RUIZ-TAGLE REYES, Viena. Caso “La Pastora”, una causa para no olvidar de la jurisprudencia chilena. In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 801-830.

SALAMANCA HUENCHULLAN, María del Rosario. *Los pueblos indígenas y el acceso a la justicia*. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, 2018.

SALAS ASTRAIN, Ricardo; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad: conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). In: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Justicia e interculturalidad: análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018. p. 693-740.

SALGADO ÁLVAREZ, Judith. El reto de la igualdad: género y justicia indígena. In: SOUSA SANTOS, Boaventura; AGUSTÍN GRIJALVA, Jiménez. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala, 2012. p. 244-278.

SALGADO ÁLVAREZ, Judith. La violencia contra las mujeres indígenas: entre las “justicias” y la desprotección: posibilidades de interculturalidad en Ecuador. *Revista Electrónica Aportes Andinos*, n. 25, p. 1-14, 2009.

SANTOS, Boaventura Sousa. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura Sousa; GRIJALDA JIMÉNEZ, Agustín. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. La Paz: Ediciones Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, 2012. p. 13-50.

SEGATO, Rita Laura. Género y colonialidad: en busca de claves de lecturas de un vocabulario estratégico descolonial. In: ANIBAL, Quijano; MEJÍA NAVARRETE, Julio. *La cuestión descolonial*. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2010.

SERVEL confirma la victoria de Alihuen Antileo, el único representante indígena en el Consejo Constitucional. *CNN Chile*, 8 mayo 2023. Disponible en: https://www.cnnchile.com/cneleccion/alihuen-antileo-convertirse-representante-indigena-consejo-constitucional_20230508/. Acceso en: 20 jul. 2023.

SIEDER, Rachel; SIERRA, María Teresa. *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*. Bergen: CHR. Michelsen Institute, 2011.

SIERRA, María Teresa. Género, diversidad cultural y derecho: las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. In: LANG, Miriam; KUCIA, Anna (comp.). *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: Unifem, 2009. p. 15-32.

STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. *Entre la Ley y la costumbre*: el derecho consuetudinario indígena en América Latina. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

TOBAR JORQUERA, Nicolás. ¿Quién ganó con el Rechazo? *Ciperchile.cl*, 6 sept. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/06/quien-gano-con-el-rechazo/>. Acceso en: 20 jul. 2023.

ÚLTIMO boletín público y solemne de resultados preliminares para constituyentes generales de Pueblos Indígenas. *Servel*, 16 mayo 2021. Disponible en: https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2021/05/4_Boletin_Detalle_Eleccion_otros_Pueblos.pdf. Acceso en: 20 jul. 2023.

VALLEJOS, Leonardo. Consejera RD electa en La Araucanía y Elisa Loncon: “No me siento sucesora de ella ni del trabajo que se realizó”. *Emol*, 12 mayo 2023. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/05/12/1094870/kirumay-loncon-desmarca-consejera.html>. Acceso en: 20 jul. 2023.

VÁSQUEZ SANTIBÁÑEZ, María Belén; CARRASCO GUTIÉRREZ, Ana María. Mujeres y espacio público: las asociaciones indígenas femeninas aymaras de la ciudad de Arica. *Diálogo Andino*, n. 56, p. 53-62, 2018. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812018000200053&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 20 jul. 2023.

VERA GAJARDO, Antonieta. Moral, representación y “feminismo mapuche” elementos para formular una pregunta. *Polis: Revista Latinoamericana*, n. 38, p. 01-18, 2014.

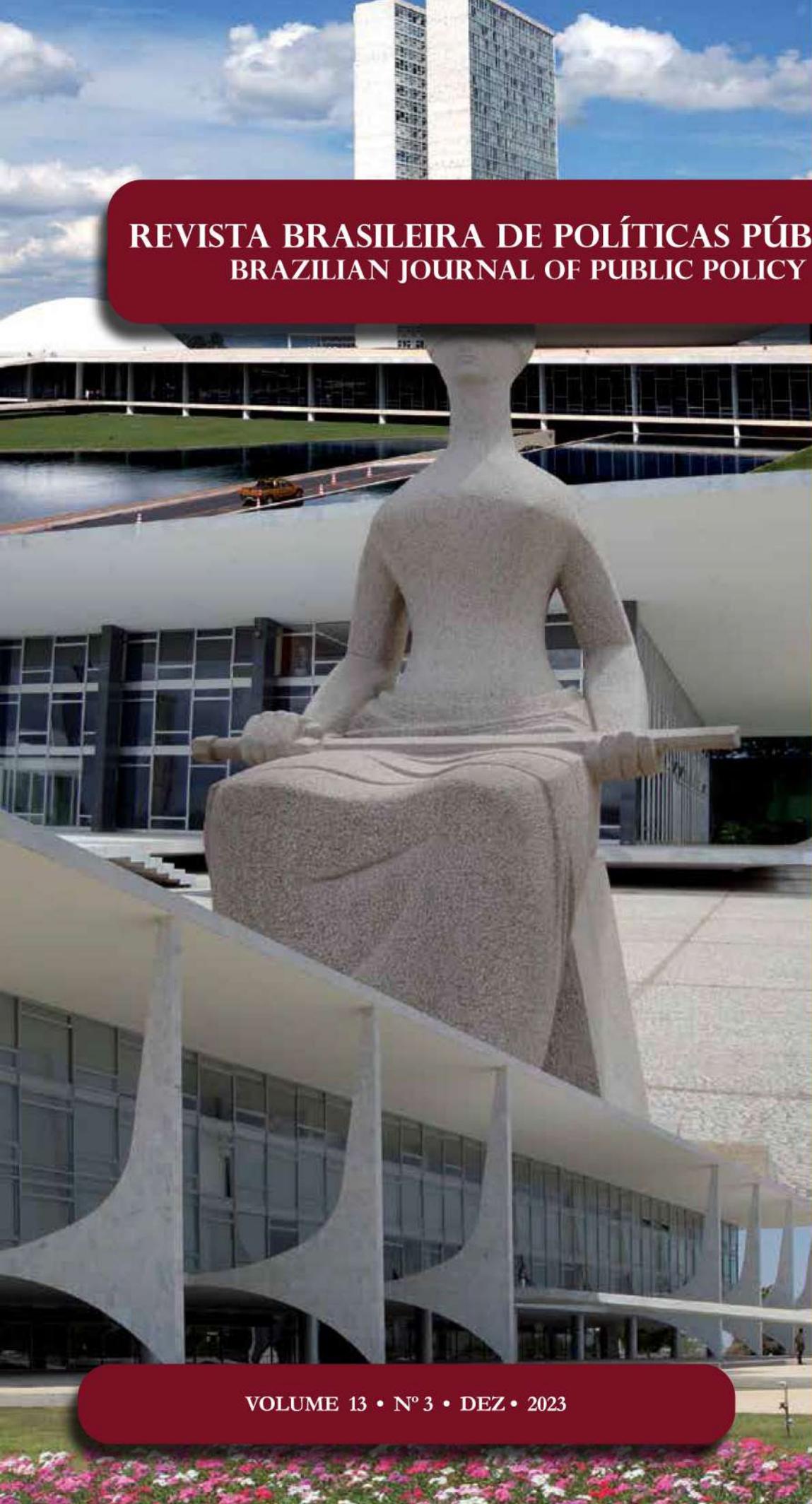
VERA GAJARDO, Antonieta. Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a las mujeres Mapuche. *Revista de Estudios Sociales*, p. 01-14, 2018.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal: ¿subsiste el Az Mapu? *Política Criminal*, v. 9, n. 17, p. 213-247, 2014.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley*: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017.

YRGOYEN FAJARDO, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537-566.

VI. OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Crise da segurança alimentar no Brasil: uma análise das políticas públicas de combate à fome (2004-2022)

Food security crisis in Brazil: an analysis of public policies to fight hunger (2004-2022)

Bruno Teixeira Lins

João Vitor da Silva Batista

Fran Espinoza

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Crise da segurança alimentar no Brasil: uma análise das políticas públicas de combate à fome (2004-2022)*

Food security crisis in Brazil: an analysis of public policies to fight hunger (2004-2022)

Bruno Teixeira Lins**

João Vitor da Silva Batista***

Fran Espinoza****

Resumo

O presente trabalho objetiva realizar um comparativo entre a evolução dos índices de segurança alimentar no Brasil (2004-2022) e as alterações implementadas nas políticas públicas, derivadas do Programa Fome Zero durante o mesmo período. Estabelece-se como hipótese que o aumento da fome no Brasil decorre do esvaziamento das políticas públicas derivadas do Programa Fome Zero. Para provar este estudo, utiliza-se uma metodologia qualitativa de análise e avaliação do desempenho das políticas públicas, tendo como foco verificar os objetivos que ensejam a criação da política em questão, a maneira como é idealizada a sua implementação, os resultados pretendidos e o impacto social alcançado. Por meio desses dados, a pesquisa determina a (in)existência de uma constância na execução das políticas do Programa Fome Zero e as consequências disso para a garantia da segurança alimentar nacionalmente. O estudo concluiu que o crescimento da insegurança alimentar não decorre, unicamente, do esvaziamento das políticas públicas de combate à fome, uma vez que, mesmo se verificando alterações no exercício das políticas derivadas do Programa Fome Zero durante a primeira década analisada (2004-2013), no período seguinte (2013-2022), é possível notar que o aumento dos índices de insegurança alimentar entre a população brasileira deriva de um conjunto de mudanças sociopolíticas e no campo econômico.

Palavras-chave: Programa Fome Zero; políticas públicas; segurança alimentar.

Abstract

This paper aims to make a comparison between the evolution of food security indices in Brazil (2004-2022) and the changes implemented in public policies derived from the Zero Hunger Program during the same period. It is established as a hypothesis that the increase in hunger in Brazil stems from the emptying of public policies derived from the Zero Hunger Program. In order to prove this study, a qualitative methodology of analysis and evaluation of the performance of public policies is used, focusing on verifying the

* Recebido em 27/02/2023
Aprovado em 28/06/2023

** Mestrando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos, CNPq.
E-mail: bruno.lins@souunit.com.br.

*** Advogado. Mestrando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Bolsista PROSUP/CAPES. Pós-graduado em Advocacia Cível (FMP).
E-mail: mestrado_joaovsb@souunit.com.br.

****Doutor em Estudos Internacionais e Interculturais pela Universidade de Deusto (2013), docente no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos, CNPq.
E-mail: espinoza.fran@gmail.com.

objectives that led to the creation of the policy in question, the way its implementation is idealized, the intended results and the social impact achieved. Through these data, the research determines the (in)existence of a constancy in the implementation of the policies of the Zero Hunger Program and the consequences of this on the guarantee of food security nationally. The study concludes that the growth of food insecurity does not stem solely from the emptying of public policies to combat hunger, since, even if changes in the exercise of policies derived from the Zero Hunger Program during the first decade analyzed (2004-2013), in the following period (2013-2022), it is possible to note that the increase in food insecurity indices among the Brazilian population derives from a set of socio-political changes and in the economic field.

Keywords: Zero Hunger Program; public policies; food security.

1 Introdução

Verificam-se, no cenário nacional e internacional, esforços coletivos para combater a fome, sendo a extinção desse fenômeno um dos objetivos da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, visando, assim, garantir a alimentação constante e de qualidade. Nesse sentido, é notório que a insegurança alimentar é um fator que, desde o fim da primeira década do século XXI, vem aumentando em todo território brasileiro.

A análise da segurança alimentar, em cada unidade federativa, é realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD¹. Entretanto, não há levantamento recente por parte desse Instituto que determine a situação atual da fome nas unidades federativas brasileiras. A partir disso, o presente artigo objetiva realizar uma avaliação das políticas públicas de combate à fome no Brasil, traçando, simultaneamente, um panorama sobre a evolução da insegurança alimentar em nível nacional. Por fim, se estabelece um comparativo entre as políticas desenvolvidas pelo Estado brasileiro e o quantitativo populacional em situação de insegurança alimentar.

Justifica-se a realização desse estudo pela inexistência de dados do IBGE, no período entre 2019 e 2022, sobre o nível de segurança alimentar no Brasil, inexistindo, portanto, coletas recentes por parte desse instituto público para determinar a gravidade da fome na esfera local. Tal fato é resultante da gestão do governo de Jair Bolsonaro entre 2019-2022, que optou pela não realização de pesquisas sobre o alcance da fome no Brasil², visando ocultar e até negar a existência de tal fenômeno. Além disso, convém estabelecer uma análise sobre o cumprimento dos objetivos das políticas públicas direcionadas a garantir o direito à alimentação.

Outro fator que determina a relevância da presente pesquisa é a declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), devido à falta de assistência à população Yanomami, publicada no Diário Oficial do Ministério da Saúde. Em janeiro de 2023, equipes do Ministério da Saúde encontraram muitos membros do território Yanomami com um quadro de saúde grave devido à desnutrição severa, bem como muitos casos de malária, infecção respiratória aguda e outras doenças³.

Em um relatório preliminar divulgado pelo Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, houve, pelo menos, 22 casos nos quais o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro omitiu a violência existente ou ignorou as recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴. O caráter recente do re-

¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catálogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 13 jul. 2022.

² REDE PENSSAN. *II Inquérito Nacional da Insegurança Alimentar no Brasil no Contexto da Covid-19 (II VIGISAN)*: Suplemento I: insegurança alimentar nos estados. Brasília: Rede PENSSAN, 2022.

³ BRASIL. *Portaria GM/MS Nº 28, de 20 de janeiro de 2023*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência de desassistência à população Yanomami.

⁴ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Relatório preliminar da comissão sobre a preservação dos Direitos Humanos do povo Yanomami: gestão 2019 e 2022*. Brasília, jan. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/secom/pt-br/arquivos/2023_mdhc_re

latório em questão determina a situação de vulnerabilidade do povo Yanomami, que, mesmo não sendo objeto de pesquisa do presente trabalho, evidencia a importância de se analisar a segurança alimentar no Brasil.

Se estabelece como hipótese de pesquisa: em razão do enfraquecimento das políticas públicas de combate à fome derivadas do Programa Fome Zero, nota-se uma diminuição dos índices de segurança alimentar entre a população brasileira.

Buscando testar a hipótese, a pesquisa estabelece como objetivo geral realizar um estudo comparativo entre a evolução do quantitativo populacional que convive com a fome e do desempenho das políticas destinadas a extinguir esse fenômeno.

O estudo tem como objetivos específicos, destinados a construir a fundamentação teórica necessária para cumprir o objetivo geral: 1) determinar a evolução da segurança alimentar no Brasil dos anos 2004 até 2022; 2) analisar o desempenho das políticas públicas derivadas do Programa Fome Zero desenvolvidas pelo Governo Federal brasileiro.

No primeiro capítulo, a pesquisa aborda conceitos básicos sobre a segurança alimentar e realiza um apanhado das normas jurídicas que versam sobre o direito à alimentação no Brasil.

No capítulo seguinte, tem como objeto de estudo a evolução histórica da população brasileira vivendo em regime de insegurança alimentar. A partir de dados disponibilizados pelo IBGE e da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança e Alimentar, e Nutricional (Rede PENSSAN), é possível determinar o grau de (in) segurança alimentar em nível local e nacional. Nesse sentido, são colhidas informações tanto do IBGE, referentes aos anos de 2004, 2009, 2013, 2017-2018, da FAO relativos a 2019-2021 e da Rede Rede PENSSAN sobre o ano de 2022.

Em seguida, analisam-se as políticas públicas de combate à fome, descrevendo os objetivos pretendidos e a sua forma de implementação. Dessa forma, busca-se determinar, por meio de uma análise histórica, a evolução das políticas desenvolvidas pelo Governo Federal a partir do Programa Fome Zero.

Por último, se estabelece um comparativo entre os objetivos alcançados pelas políticas públicas de combate à fome no Brasil e a evolução da porcentagem populacional vivendo em situação de insegurança alimentar. Determina-se, dessa forma, se há correlação entre a evolução das políticas nacionais que versem sobre o tema, e o aumento do quantitativo populacional que convive com a fome.

Para realizar a análise da perspectiva normativa sobre o direito à alimentação, assim como dos dados sobre a população em insegurança alimentar, a pesquisa faz uso de uma análise evolutiva, tomando como parâmetro para isso o período entre os anos de 2004 e 2022. A escolha de tal escopo temporal inicial deriva do fato de ser a primeira coleta de dados do IBGE e por compreender o ano seguinte ao início de aplicação do Programa Fome Zero.

Para avaliar o desempenho das políticas públicas desenvolvidas pelo poder Executivo em nível nacional, a pesquisa delimita como fatores metodológicos dessa análise: 1) a gênese da política em questão; 2) a forma com que se propõe implementá-la; 3) os resultados pretendidos; 4) o impacto social alcançado⁵.

Pretende-se abordar um estudo sobre os resultados das políticas públicas no meio social, analisando a execução de serviços, e verificando, a partir disso, se a aplicabilidade da política de promoção à segurança alimentar é constante ou se há, no período em questão, seu esvaziamento. Dessa maneira, a pesquisa realiza uma avaliação de desempenho das políticas derivadas do Programa Fome Zero, visando “identificar o impacto que as políticas têm sobre o contexto socioeconômico, o ambiente político, a população”⁶.

latorio_omissaoemfdh-yanomami-2019-2022_v2. Acesso em: 31 jan. 2023.

⁵ DAGNINO, Renato *et al.* Metodologia de análise de políticas públicas. In: DAGNINO, Renato *et al.* *Gestão estratégica da inovação: metodologias para análise e implementação*. Taubaté: Cabral Universitária, 2002. p. 51-113.

⁶ DAGNINO, Renato *et al.* Metodologia de análise de políticas públicas. In: DAGNINO, Renato *et al.* *Gestão estratégica da inovação: metodologias para análise e implementação*. Taubaté: Cabral Universitária, 2002. p. 51-113. p. 105.

Por fim, a pesquisa realiza um comparativo entre o esvaziamento das políticas públicas do Programa Fome Zero e o quantitativo populacional que convive com a insegurança alimentar em níveis variados durante o período de tempo selecionado (2004-2022). A utilização desse método pressupõe a busca por uma correlação entre a atuação do poder executivo, seja por meio de programas governamentais ou políticas públicas isoladas, e a manutenção da fome num contexto nacional.

2 O direito e a garantia da segurança alimentar

O presente capítulo aborda panoramas conceituais sobre o que se define como segurança alimentar no Brasil, além de definir o que representa cada nível de insegurança e elencar normas jurídicas que versem sobre o direito à alimentação. Tendo em vista o período temporal que se propõe em relação à análise dos níveis da fome e das políticas públicas, abordam-se, somente, os direitos positivados durante as duas primeiras décadas do século XXI.

Primeiramente, se faz necessária a análise das legislações relativas à temática da seguridade alimentar no território nacional. No ano de 2006, se sancionou a Lei 11.346/06 que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), a fim de assegurar o direito humano à alimentação adequada⁷. A legislação em comento elenca a alimentação adequada como direito humano, intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, essencial para efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988.

A segurança alimentar, portanto, é definida pelo acesso constante e suficiente aos gêneros alimentícios sem que isso comprometa outras necessidades essenciais⁸. É necessário estabelecer, de igual forma, o que representa cada nível de insegurança alimentar. Esse fenômeno pode ser dividido em três estágios: 1) Leve, quando está relacionada a uma futura falta de alimentos ou refere-se à inadequação da qualidade dos alimentos existentes; 2) Moderada, relativa à diminuição da quantidade de alimentos disponíveis para adultos, ou à verificação de uma mudança brusca nos padrões alimentares em razão da falta de comida; 3) Grave, a partir do momento que a redução quantitativa dos alimentos — tal como no estágio moderado — em determinada residência, atinge os menores de idade, ou quando, em casos extremos, a falta de recursos financeiros impede um indivíduo daquele domicílio de se alimentar durante um dia inteiro⁹.

Para medir os índices de segurança alimentar e nutricional no Brasil, se utiliza a Escala Brasileira de Insegurança Alimentar (EBIA), a qual constitui uma ferramenta de abordagem quantitativa para mensurar o fenômeno de natureza social¹⁰. Portanto, sua integração com estudos de abordagem qualitativa agrega, significativamente, para uma compreensão mais aprofundada da Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), contribuindo para a identificação dos fatores que condicionam ou determinam cada nível de insegurança alimentar.

Constata-se que o estágio leve de insegurança alimentar é determinado de acordo com a queda de um parâmetro qualitativo, visando priorizar um aspecto quantitativo dos alimentos, ou em relação a uma insegurança futura, enquanto os estágios moderados e graves referem-se à redução existente no plano quanti-

⁷ BRASIL. *Lei 11.346/06, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

⁸ BRASIL. *Lei 11.346/06, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

⁹ ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileiros*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹⁰ KEPPLER, Anne Walleiser; SEGALL-CORRÊA, Ana Maria. Conceituando e medindo segurança alimentar e nutricional. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 16, n. 1, p. 187-199, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/5RKJJPVxWBRqn3R5ZZC49BDz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jun. 2023.

tativo, somente diferenciando-se em relação aos sujeitos que são mais afetados por ela, e ao grau máximo de insegurança alimentar causada pela privação de alimentos durante um dia inteiro pela impossibilidade de adquiri-los.

Embora a Lei 11.346/06 represente um avanço significativo em termos legislativos no combate à fome e na positivação do direito à alimentação adequada, somente no ano de 2010, por meio do Decreto 7.272/10, ocorreu a sua regulamentação. O referido decreto institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) e prevê parâmetros para o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, tendo como objetivos identificar, analisar, divulgar e atuar sobre os fatores condicionantes da insegurança alimentar no Brasil e articular e promover ações que garantam o direito humano à alimentação adequada, sobretudo incorporando a temática como uma política de Estado¹¹.

Em 2010, mesmo ano em que se regulamentou a Lei 11.346/06 por meio do Decreto 7.272/10, o art. 6º da Constituição Federal passou a prever a alimentação como direito social por meio da Emenda Constitucional n.º 64/10¹².

O CONSEA é um órgão que atua na promoção da Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) por meio do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), sendo responsável por articular políticas e garantir a participação social na busca pela alimentação adequada e saudável¹³. Tal entidade chegou a ser extinta por meio do Decreto n.º 807/93 e, dentre suas atividades, visava articular as três instâncias de governo e a sociedade civil na revisão dos programas federais então existentes e de elaborar o Plano de Combate à Fome e à Miséria¹⁴. As consequências relativas à extinção do CONSEA são abordadas, especificamente, no capítulo desta pesquisa destinado à análise das políticas públicas.

Em 2007 o Brasil contou com a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (Caisan), criada por meio do Decreto n.º 6.273/07¹⁵ e, inclusive, recebeu do CONSEA diretrizes e prioridades da Política e do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional com base nas deliberações das Conferências Nacionais de Segurança Alimentar e Nutricional. O texto da criação da Caisan tem sua modificação por meio do Decreto n.º 10.713/21, reestruturando o órgão ao definir, detalhadamente, suas competências, bem como a divisão distribuída entre os ministérios do governo federal¹⁶.

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas determina como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 2 (ODS 2), relacionado à Fome Zero e Agricultura Sustentável, estabelecendo-o, por meio da Agenda 2030, a proposta de um plano de ação global reunindo 17 objetivos de desenvolvimento sustentável¹⁷. As metas que o ODS 2 estabelece direcionam-se a acabar com a fome até o ano de 2030 e garantir o acesso de todas as pessoas, sobretudo daquelas vulneráveis, a alimentos seguros, nutritivos e suficientes.

¹¹ BRASIL. *Decreto 7.272/10, de 25 de agosto de 2010*. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências.

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional n. 64 de 04 de fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.

¹³ BRASIL. *O que é o Consea?* Presidência da República, 2017. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional/o-que-e-o-consea>. Acesso em: 14 jul. 2022.

¹⁴ BRASIL. *Decreto 807/93, de 24 de abril de 1993*. Institui o Conselho Nacional de Segurança Alimentar “CONSEA” e dá outras providências.

¹⁵ BRASIL. *Decreto 6.276/07, de 23 de novembro de 2007*. Cria, no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN, a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional.

¹⁶ BRASIL. *Decreto 10.713/21, de 07 de junho de 2021*. Dispõe sobre a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional.

¹⁷ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Nações Unidas no Brasil*, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 27 out. 2022.

O Direito Humano à Alimentação Adequada é definido no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e, a partir dele, a alimentação para o ser humano é entendida como processo de transformação da natureza em sujeitos saudáveis e cidadãos¹⁸.

É possível determinar, portanto, que, durante o século XXI, há diversas alterações legislativas que buscam garantir, numa perspectiva normativa, o direito à alimentação de forma universal, entretanto, de acordo com o que se verifica no capítulo seguinte, tal fato não implica, necessariamente, uma mudança empírica de forma a extinguir a insegurança alimentar.

3 A evolução da fome no Brasil

Neste capítulo, aborda-se uma análise da evolução dos níveis da fome no Brasil. Tendo em vista que se pretende conduzir tal inspeção baseando-se, principalmente, em dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, somando-se àqueles provenientes de pesquisas nacionais e internacionais, se estabelece como recorte temporal o período compreendido entre 2004 e 2022.

Salienta-se que as pesquisas desenvolvidas em âmbito nacional têm como método de medição a Escala Brasileira de Medida da Insegurança Alimentar – EBIA, a qual se estrutura por meio de 15 perguntas, dentre as quais somente 8 se aplicam aos casos de domicílios onde não residem sujeitos menores de 18 anos. A partir do aferimento de uma pontuação individual para cada questionamento, é possível classificar os domicílios analisados nos respectivos níveis de segurança alimentar¹⁹.

Iniciando a verificação pelos dados relativos ao ano de 2004, verifica-se que, naquele momento, 60,1% dos residentes em domicílios brasileiros se encontram em situação de segurança alimentar, enquanto 20,3% conviviam com a insegurança leve, 11,3% com a moderada e 8,2% em estágio grave. Constata-se, portanto, que, no mesmo ano, aproximadamente 72.334.000 (39,8%) pessoas relataram conviver com algum estágio de insegurança, tendo uma incidência maior na região Nordeste, na qual constata-se 1.754.000 domicílios em estado grave de fome²⁰.

Já no ano de 2009, os dados do IBGE²¹ demonstram que 65,8% dos habitantes do Brasil estão em situação de segurança alimentar, ao passo que 20,9% encontram-se com insegurança leve, 7,4% em estágio moderado e 5,8% afirmam conviver com uma fome grave. Nesse aspecto, há uma redução do número total de habitantes com insegurança alimentar, sendo agora 65.556.000 (34,2%). Verifica-se uma diminuição significativa desse problema social em todas as regiões do país. Entretanto, a redução, em números absolutos, é maior no Nordeste brasileiro, tendo 321.000 domicílios a menos em estado grave de fome, quando confronta-se os dados de 2009 aos de 2004.

A análise dos dados relativos ao ano de 2013, em comparação aos anteriores, apresenta um aumento da população em situação de segurança alimentar, sendo agora correspondente a 74,2% dos habitantes. Dentre

¹⁸ BURITY, Valéria *et al.* *Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*. Brasília: ABRANDH, 2010. Disponível em: https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

¹⁹ SEGALL-CORRÊA, Ana Maria; MARIN-LEON, Letícia. A segurança alimentar no Brasil: proposição e usos da Escala Brasileira de Medida da Insegurança Alimentar (EBIA) de 2003 a 2009. *Segurança Alimentar e Nutricional*, v. 16, n. 2, p. 1-19, 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/san/article/view/8634782>. Acesso em: 15 jun. 2023.

²⁰ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2004/2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=283162&view=detalhes>. Acesso em: 11 jul. 2022.

²¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2004/2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=283162&view=detalhes>. Acesso em: 11 jul. 2022.

os 52.014.000 (25,8%) habitantes em insegurança alimentar, 17,1% encontram-se em estado leve, 5,1% no nível moderado e 3,6% com a fome grave²².

Realizando a observação por uma perspectiva regional, tomando a região Nordeste como parâmetro de análise, por ser a região que, historicamente, apresenta um maior número de domicílios convivendo com a insegurança alimentar, a redução da fome pode ser percebida de forma praticamente constante, pois, enquanto em 2004, 13,2% das residências encontravam-se em estado grave de insegurança alimentar; em 2009 constata-se que esse percentual é de 9,3%, e, em 2013, houve uma redução de 5,6% dos domicílios. Desse modo, com base nos dados de 2013, apesar de o Nordeste continuar como a região com maior quantitativo absoluto em relação à insegurança alimentar grave, é ultrapassado pela região Norte em relação aos números percentuais de domicílios com fome severa, afetando 6,7%²³.

A partir desses dados, verifica-se, também, uma diminuição do risco de fome entre 2009 e 2013, tanto em razão do número de estados com mais de 25% dos domicílios nessa situação ter sido reduzido de 9 para 4, quanto pelo aumento do quantitativo de estados nos quais esse risco estava presente em menos do que 15% dos domicílios, passando de 5 para 12²⁴.

Os dados relativos aos anos 2004, 2009 e 2013 são determinados pela pesquisa nacional por amostras de domicílios – PNAD, diferentemente da coleta de dados relativa aos anos de 2017-2018, que são realizadas por meio da pesquisa de orçamentos familiares – POF. Entretanto, mesmo se tratando de pesquisas diferentes do mesmo instituto, a metodologia utilizada é idêntica²⁵, podendo servir, portanto, enquanto parâmetro comparativo.

No biênio 2017-2018, constata-se que o percentual da população que convive com a insegurança alimentar sofreu uma elevação, atingindo, nesse momento, 41% dos habitantes, dos quais 27% encontram-se em estado leve, 9% moderada e 5% grave. A região Norte permanece com a menor taxa de domicílios em situação de segurança alimentar do país, sendo 43%, seguido pelo Nordeste com 49,7%, constatando, assim, que mais da metade das residências nortistas e nordestinas conviviam com a fome ou alimentação de má qualidade²⁶.

Diante disso, verifica-se que, diferentemente do padrão que se estabelece anteriormente, há um aumento do quantitativo populacional em insegurança alimentar, atingindo um percentual maior do que o que se observa nos dados de 2004. Os dados relativos ao POF 2017-2018 representam a última pesquisa do IBGE sobre a temática. Entretanto, por meio de outras fontes, é possível determinar o estado da fome no Brasil após esse período.

De acordo com a pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas, a prevalência da insegurança alimentar moderada, em relação ao número total de habitantes no Brasil, entre 2019 e 2021 é de 28,9%, enquanto a grave corresponde a 7,3%²⁷. É necessário considerar que, pelo fato da FAO adotar um método

²² IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291984>. Acesso em: 11 jul. 2022.

²³ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291984>. Acesso em: 11 jul. 2022.

²⁴ RIBEIRO JÚNIOR, José Raimundo Sousa *et al.* *Atlas das situações alimentares no Brasil: a disponibilidade domiciliar de alimentos e a fome no Brasil contemporâneo*. Bragança Paulista, SP: Universidade São Francisco, 2021.

²⁵ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 13 jul. 2022.

²⁶ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 13 jul. 2022.

²⁷ FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *The state of food security and nutrition in the world: repurposing food and agricultural policies to make healthy diets more affordable*. Rome: FAO, 2022. Disponível em:

de medição diferente do EBIA, os dados por ela apontados não podem ser comparados diretamente com aqueles frutos das pesquisas do IBGE e da Rede PENSSAN²⁸. Dessa forma, são apresentados pela presente pesquisa somente a título informativo.

Nesse sentido, pesquisas nacionais compreendendo o biênio 2021-2022 demonstram que, enquanto 58,7% da população encontra-se em insegurança alimentar, 28% estão num estado leve, 15,2% num nível moderado e 15,5% estão em situação grave²⁹. Verifica-se, portanto, a maior prevalência da fome até então, não somente em relação aos números absolutos, mas também pelo fato de que, em comparação aos dados elencados, pela primeira vez, o percentual da população em insegurança alimentar grave superou a porcentagem daqueles em estado moderado.

É possível concluir que, no período de 2004 a 2013, percebe-se um aumento dos índices de segurança alimentar em todo o território nacional, principalmente na região Nordeste do país. Entretanto, a partir das coletas referentes a 2017-2018, observa-se um crescimento dos níveis da fome, superando, inclusive, aquilo que se verifica nos primeiros dados.

A evolução da fome culmina no crescimento exponencial do número de habitantes em insegurança alimentar nos anos de 2021-2022, tendo mais de 15% da população caracterizada num estágio severo de insegurança alimentar, seja em razão da falta total de alimentos por um dia inteiro ou pela redução do quantitativo de alimentos para os adultos e menores das residências brasileiras. Nesse âmbito, ao tempo que a primeira década (2004-2013) do período relativo a essa análise apresenta uma diminuição constante dos níveis da fome, a segunda década (2013-2022) é representada pela deterioração dos avanços atingidos e pelo crescimento da fome no país a níveis não observados anteriormente.

4 A análise das políticas públicas

Inicialmente, o presente capítulo classifica as políticas públicas de combate à fome e elenca como elas são desenvolvidas pelo Governo federal nos períodos correspondentes aos dados da fome (2004-2022). No Brasil, essas políticas adotam um caráter fluido, sendo determinadas de acordo com a forma e a ideologia do Estado e de seu governante, variando desde o seu planejamento até a maneira com que é desempenhada³⁰.

Nesse âmbito, um fator a ser considerado a respeito da elaboração de políticas públicas é a participação dos cidadãos e o poder destes em influir nas decisões dos governantes. O exercício da cidadania, nesses moldes, demanda que os cidadãos tenham informações precisas que permitam a construção do referencial da atuação estatal na elaboração das políticas, garantindo uma maior eficácia aos direitos sociais assegurados nos textos constitucionais³¹.

As políticas públicas do poder executivo nacional destinadas a diminuir os índices de insegurança alimentar vinculam-se às políticas de redução da pobreza, caracterizando-se, assim, como instáveis ou voláteis. Isso porque a forma como são executadas depende da gestão do poder executivo, tendo os objetivos e desempe-

<https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc0639en>. Acesso em: 12 jul. 2022.

²⁸ REDE PENSSAN. *Nota sobre estimativas de fome e insegurança alimentar para o Brasil*. Brasília: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/wp-content/uploads/2022/07/Nota-sobre-SOFI-EBIA-2022-Brasil.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

²⁹ REDE PENSSAN. *II Inquérito Nacional da Insegurança Alimentar no Brasil no Contexto da Covid-19 (II VIGISAN)*: Suplemento I: insegurança alimentar nos estados. Brasília: Rede PENSSAN, 2022.

³⁰ VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. Combate à fome no Brasil: uma análise histórica de Vargas a Lula. *Revista de Nutrição*, v. 18, p. 439-457, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/dBtStfvTzwqWjvqQgSL5zqd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

³¹ FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 105-123, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3780>. Acesso em: 10 fev. 2023.

nhos alterados a cada governança³², fazendo com que seja necessária uma análise individual das diferentes políticas públicas no período de tempo correspondente ao estudo.

Ao final do ano 2001 e início de 2002, durante o final do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, apresentou-se ao público um debate acerca do Projeto Fome Zero, coordenado por José Graziano da Silva, que consistia num conjunto de propostas para garantir a segurança alimentar e nutricional, apontando como fator necessário para tal realização a retomada do CONSEA³³.

A partir do que se discute no projeto em comento, em 2003, ao início do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, institui-se o Programa Fome Zero, consistindo em um conjunto de políticas destinadas a fortalecer o acesso da população a alimentos por meio do projeto de transferência de renda para famílias vulneráveis, condicionada à matrícula e permanência dos filhos menores em instituições de ensino³⁴.

Além disso, na qualidade de políticas estruturais, definidas enquanto parâmetros gerais para busca da universalização dos direitos sociais, o Programa destina-se a gerar uma seguridade social universal, uma política de assistência básica de saúde e uma renda mínima, a garantir incentivos à agricultura familiar, a propor uma reforma agrária, e a garantir uma assistência específica para a região semiárida do país³⁵.

No campo das políticas públicas, caracterizadas pelo seu alcance amplo, sendo aplicadas em todo o território nacional, encontram-se projetos destinados à merenda escolar, este em específico ampliado pela Lei n.º 11.947 de 2009, a qual define a alimentação escolar enquanto um direito fundamental³⁶, à distribuição de vale-alimentação, à criação de restaurantes populares com distribuição de alimentos, ao desenvolvimento de um programa específico para abertura de um banco de alimentos, além de programas emergenciais voltados para a transferência de renda para as famílias na zona rural³⁷.

No início da execução do Fome Zero, nota-se um envolvimento por parte da sociedade civil, tendo em vista a constante movimentação por parte do poder público para a criação de propagandas para conscientizar sobre as políticas desempenhadas pelo Programa³⁸. A doação de valores em pecúnia para o fundo de combate à pobreza do poder executivo conta com a participação de pessoas física e jurídica que contribuem, significativamente, desde o ano de 2003 por meio de doações financeiras feitas nas agências da Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil³⁹.

³² ALSTON, Lee J. *et al.* En el camino hacia un buen gobierno: recuperación de impactos económicos y políticos en Brasil. In: SCARTASCINI, Carlos *et al.* (org.). *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?* Colômbia: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011. p. 117-160.

³³ NASCIMENTO, Renato Carvalheira do. *O papel do CONSEA na construção da política e do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

³⁴ ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

³⁵ CONÇALVEZ, Luiza. El programa “Hambre Cero” en Brasil: ¿seguridad alimentaria para los más pobres? *Perspectivas Rurales Nueva Época*, v. 5, n. 10, p. 107-120, set. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/perspectivasrurales/article/view/3573>. Acesso em: 11 jul. 2022.

³⁶ ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

³⁷ CONÇALVEZ, Luiza. El programa “Hambre Cero” en Brasil: ¿seguridad alimentaria para los más pobres? *Perspectivas Rurales Nueva Época*, v. 5, n. 10, p. 107-120, set. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/perspectivasrurales/article/view/3573>. Acesso em: 11 jul. 2022.

³⁸ VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. Combate à fome no Brasil: uma análise histórica de Vargas a Lula. *Revista de Nutrição*, v. 18, p. 439-457, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/dBtStfvTzwqWjvqQgSL5zqd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

³⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Doações ao Fome Zero*. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/inclusao-productiva-rural/direito-a-alimentacao-1/doacoes-ao-fome-zero>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Dentre as práticas que se implementam no ano de 2003, está o desenvolvimento do Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), por meio do qual o poder público garante aos pequenos produtores agrícolas a compra antecipada dos produtos, sem licitação e a preços diferentes daqueles comuns nos mercados regionais, sendo os alimentos simultaneamente doados para associações beneficiárias⁴⁰.

Dentre os objetivos iniciais do Programa Fome Zero, constam o combate à fome e à pobreza, além da criação de um sistema de segurança alimentar e nutricional com o auxílio das políticas públicas e atos normativos⁴¹. Além disso, se estabelece, inicialmente, um gasto anual de R\$ 13,4 bilhões de reais para realização do conjunto de políticas públicas no combate à fome e à pobreza⁴².

Com relação aos resultados atingidos pelo Programa em comento, a Food and Agriculture Organization afirma que, em razão dos esforços do poder executivo, o Brasil atinge os objetivos estabelecidos internacionalmente para combater à fome, diminuindo a porcentagem da população em situação de pobreza de 24,3 % para 8,4 %, referente ao período de 2001 e 2012, respectivamente, além de reduzir em 25% o número de habitantes em insegurança alimentar grave⁴³.

A partir do Fome Zero, o Brasil cumpre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para 2015, e, conseqüentemente, o referido Programa passa por um processo de internacionalização e é aplicado na América Latina, na África e na Ásia, denominando-se Zero Hunger, e constando enquanto referência nos métodos de atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no que tange à eliminação da fome e da pobreza⁴⁴.

Nesse sentido, se estabelece que o Programa Fome Zero, na qualidade de conglomerado de políticas estruturais e específicas do poder público, estabelece como objetivo primário diminuir os índices de fome nacionalmente e garantir a segurança alimentar e nutricional. Em relação aos resultados do Programa, os objetivos pretendidos originalmente foram atingidos durante a primeira década de análise (2004-2013) e tornou-se modelo internacional para combate à fome no continente sul-americano, africano e asiático.

Como constata-se originalmente, as políticas públicas destinadas à redução da pobreza e da fome podem ser aplicadas de diferentes formas, dependendo do parâmetro político-ideológico seguido pelo poder executivo em cada gestão. Com base nisso, nota-se que em 2009 modifica-se o Programa Fome Zero, no sentido de ampliar o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), determinando que, das verbas destinadas à alimentação repassadas aos municípios, por parte do governo federal, pelo menos 30% devem destinar-se à compra de produtos pela agricultura familiar local. Os resultados demonstram que, em 2014, essa política atingiu 42,2 milhões de pessoas, havendo, portanto, um aumento de 27,1% do número de sujeitos beneficiados, em relação aos dados colhidos em 1995⁴⁵.

⁴⁰ ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁴¹ DELGROSSI, Mauro *et al.* A estratégia Fome Zero no Brasil. In: SILVA, José Graziano da (coord.). *Do Fome Zero ao Zero Hunger: uma perspectiva global*. Roma: FAO, 2019.

⁴² ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁴³ FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS; IFAD – INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT; WFP – WORLD FOOD PROGRAMME. *The state of food insecurity in the world 2014: strengthening the enabling environment for food security and nutrition*. Rome: FAO, 2014. Disponível em: <https://www.fao.org/family-farming/detail/en/c/284402/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

⁴⁴ ELVER, Hilal. Fome Zero: como a história de sucesso do Brasil se tornou um modelo para alcançar o direito à alimentação. In: SILVA, José Graziano da (coord.). *Do Fome Zero ao Zero Hunger: uma perspectiva global*. Roma: FAO, 2019.

⁴⁵ ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

Durante os primeiros dez anos de aplicação do PAA (2003-2012), verifica-se um aumento anual quase constante do orçamento destinado à agricultura familiar, com exceção dos anos 2007 e 2011. Entretanto, verificam-se entraves ligados aos seu exercício, seja por falta de colaboração dos governos municipais e estaduais, pela inexperiência das organizações da agricultura familiar em administrar o capital fornecido, ou pelas limitações aplicadas às organizações sociais que realizam a mediação entre o poder público e os agricultores⁴⁶.

A partir dos anos 2006 e 2007, o Programa Fome Zero passa a compor o conjunto de ações da Estratégia Fome Zero, sendo de competência executiva do Ministério do Desenvolvimento Social, modificando a abordagem anterior adotada pelas políticas de combate à fome, no sentido de superar a lógica liberal não intervencionista⁴⁷.

Conforme ocorrem as mudanças nas esferas governamentais do poder executivo, operam-se, também, alterações na execução das políticas públicas. Nesse sentido, o Programa Fome Zero, ao final da sua primeira década de exercício, começa a sofrer um desamparo por parte do poder público, uma vez que seu exercício passa a ser considerado excessivamente intervencionista, desvantajoso quando comparado a políticas de transferência de renda como o Bolsa Família, uma vez que a finalidade do recurso destinado ao beneficiário não estaria limitada unicamente à compra de gêneros alimentícios, e demandava, sobretudo, uma coordenação múltipla entre a União, estados, municípios, ministérios e movimentos sociais⁴⁸.

A partir do início do governo da presidenta Dilma Rousseff em 2011, ocorre a substituição da Estratégia Fome Zero pelo Brasil sem Miséria, o qual tem como objetivo dar “continuidade às experiências bem-sucedidas e buscando aperfeiçoá-las. Foi o caso do Programa Bolsa Família, considerado o maior e mais bem focalizado programa de transferência condicionada de renda do mundo, e das ações de acesso à água e energia, dentre outras.”⁴⁹

Nesse aspecto, são constatáveis mudanças contínuas nas políticas públicas de combate à fome durante a primeira década objeto do presente estudo (2004-2013), tendo o Programa Fome Zero de 2003 sido incorporado à Estratégia Fome Zero durante o segundo mandato do governo Lula e, logo no início do governo seguinte é substituído pelo Brasil sem Miséria.

É possível verificar que, durante a segunda década analisada (2013-2022), há um esvaziamento do Programa Fome Zero, uma vez que o poder público perde a

confiança no paradigma da segurança alimentar como referência dominante das políticas de luta contra a pobreza. Comparativamente, os programas de transferência condicionada de renda não possuíam tamanha complexidade e se mostravam como um modelo mais simples e viável de política pública.⁵⁰

Dessa maneira, é deixado de lado o Programa Fome Zero em razão de uma preferência por um modelo de política pública pautado na transferência de renda e na liberdade do beneficiário em administrá-la, abdicando, portanto, do paradigma da segurança alimentar, tornando, assim, as políticas de combate à fome indistinguíveis das políticas de renda básica.

⁴⁶ GRISA, Cátia; PORTO, Sílvio Isopo. Dez anos de PAA: as contribuições e os desafios para o desenvolvimento rural. In: GRISA, Cátia; PORTO, Sílvio Isopo. *Políticas públicas de desenvolvimento rural no Brasil*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2015. p. 155-180.

⁴⁷ NASCIMENTO, Renato Carvalheira do. *O papel do CONSEA na construção da política e do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional*. 2012. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

⁴⁸ TOMAZINI, Carla Guerra; LEITE, Cristiane Kerches da Silva. Programa Fome Zero e o paradigma da segurança alimentar: ascensão e queda de uma coalizão? *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, p. 13-30, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/xFZp8dWHXP3T4Mhq5GstXzL>. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁴⁹ CAMPELLO, Tereza; MELLO, Janine. O processo de formulação e os desafios do plano Brasil Sem Miséria: por um país rico e com oportunidades para todos. In: CAMPELLO, Tereza; FALCÃO, Tiago; COSTA, Patricia Vieira da (org.). *O Brasil sem miséria*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social, 2014. p. 34.

⁵⁰ TOMAZINI, Carla Guerra; LEITE, Cristiane Kerches da Silva. Programa Fome Zero e o paradigma da segurança alimentar: ascensão e queda de uma coalizão? *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, p. 13-30, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/xFZp8dWHXP3T4Mhq5GstXzL>. Acesso em: 08 jan. 2023.

A partir da promulgação emenda à constituição 95 de 2016, a qual estabelece limites de gastos aos cofres públicos, é perceptível a gênese do dismantelo das políticas públicas ligadas à agricultura familiar, “seja pelo seu efeito de restrição orçamentária, que interfere na continuidade das políticas, seja pelo seu papel de justificativa que autoriza o governo a cortar, reduzir ou mesmo extinguir políticas.”⁵¹. Tal fato demonstra um processo sistêmico e histórico de desconstrução do PAA e, por consequência, um enfraquecimento da agricultura familiar nacionalmente por meio do corte de subsídios e da extinção das políticas de auxílio.

Em razão dos retrocessos sociais, tanto pela redução de investimentos em pautas sociais por parte do poder público — como verificável pelo esquecimento e substituição do Programa Fome Zero, quanto pelas reformas legislativas ligadas à seara trabalhista em 2017⁵², somado às consequências econômicas decorrentes da pandemia de COVID-19, há o crescimento exponencial da fome em solo nacional, fazendo com que o país retorne ao mapa da fome, pois mais de 5% de sua população total encontra-se em uma insegurança alimentar severa⁵³. No tocante à reforma trabalhista, os impactos dela sobre os índices de segurança alimentar na população brasileira são melhor delineados no capítulo seguinte.

Em 2019 apura-se uma fragilização ligada à promoção de políticas públicas federais para erradicar a fome, tendo em vista que o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional é extinto pela Medida Provisória n.º 870/2019, que se converte na Lei 13.844/2019⁵⁴.

No ano de 2020, as políticas de transferência de renda que se destinam a combater a fome sofrem mudanças significativas. Primeiramente, em razão da crise econômica, derivada da respectiva crise sanitária causada pelo COVID-19, instituiu-se uma política de renda básica emergencial por interferência da Lei 13.982/2020. Entretanto, devido à diferença do custo de vida entre as regiões brasileiras, a política de um auxílio padronizado demonstra-se, em alguns casos, insuficiente para compensar a perda de renda dos cidadãos⁵⁵.

Considerando a política pública de renda básica estabelecida no Brasil, a respeito da ocorrência da pandemia por COVID-19, pode-se considerar que a ideia do mínimo existencial foi utilizada para contornar barreiras impostas à concretização dos direitos básicos em sua dimensão prestacional⁵⁶. Ainda sob essa perspectiva, ao assegurar patamares satisfatórios de necessidades básicas, incluída a alimentação adequada, o cidadão pode começar a ter acesso aos demais direitos de natureza social, a exemplo da educação, cultura, trabalho e lazer, a fim de que se atinja o mínimo necessário para reunir condições de participar da esfera pública⁵⁷.

⁵¹ LEITE, Sergio Pereira *et al.* Multidimensionalidade e heterogeneidade dos processos de desmonte de políticas públicas: a trajetória recente das políticas de fortalecimento da agricultura familiar no Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; SILVA, Michelle Morais de Sá e; LEOPOLDI, Maria Antonieta. *Desmonte e reconfiguração de políticas públicas (2016-2022)*. Brasília: IPEA; INCT/PPED, 2023.

⁵² ALPINO, Tais de Moura Ariza *et al.* COVID-19 e (in)segurança alimentar e nutricional: ações do Governo Federal brasileiro na pandemia frente aos desmontes orçamentários e institucionais. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 8, e00161320, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/JfjpwMh9ZDrrsM9QG38VnBm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

⁵³ ALVES, Lise. Pandemic puts Brazil back on the world hunger map. *The New Humanitarian*, 2021. Disponível em: <https://www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2021/7/19/pandemic-puts-brazil-back-on-the-world-hunger-map>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁵⁴ CASTRO, Inês Rugani Ribeiro de. A extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e a agenda de alimentação e nutrição. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, n. 2, e00009919, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/CH3GmJVXnMRTRH89bL6LZVz/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

⁵⁵ TROVÃO, Cassiano José Bezerra Marques. A pandemia da Covid-19 e a desigualdade de renda no Brasil: um olhar macrorregional para a proteção social e os auxílios emergenciais. *Universidade Federal do Rio Grande do Norte, DEPEC*, n. 4, maio 2020. Disponível em: <https://ccsa.ufrn.br/portal/?author=101047>. Acesso em: 15 out. 2022.

⁵⁶ SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3802>. Acesso em: 08 fev. 2023.

⁵⁷ SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3802>. Acesso em: 08 fev. 2023.

Além disso, o PNAE passa a se executar por meio da compra de gêneros alimentícios por meio dos estados e municípios, seguido da distribuição para as famílias responsáveis pelos estudantes da rede pública. Entretanto, observa-se uma dificuldade na implementação dessa política por parte de alguns entes federativos⁵⁸.

Conclui-se que a evolução das políticas públicas de combate à fome que o governo federal brasileiro desenvolve tem seu ápice durante a primeira década de aplicação do Programa Fome Zero (2004-2013), tendo o Brasil, na perspectiva internacional, o papel de modelo a ser seguido em relação à diminuição da insegurança alimentar. Entretanto, pela mutabilidade na aplicação desse tipo de política depender dos componentes ideológicos do poder executivo, sua eficácia na diminuição da fome entre a população brasileira se esvai, tendo o fechamento do CONSEA, juntamente com outros retrocessos legislativos, um impacto tanto nos níveis de insegurança alimentar quanto na elaboração e aplicação de políticas públicas para conter esse fenômeno.

5 Um estudo comparativo

O capítulo em questão busca estabelecer um comparativo entre aquilo que se desenvolve nos dois capítulos anteriores, e, por meio de uma relação histórica, determinar de que forma as políticas públicas derivadas do Programa Fome Zero, além de outras reformas de natureza legislativa, impactam na evolução da segurança alimentar no Brasil.

Primeiramente, com relação aos dados referentes a 2004, por compreender o primeiro relatório do IBGE⁵⁹ a ser analisado, toma-se como um parâmetro de comparação. Nesse aspecto, como o Programa Fome Zero se põe em prática a partir de 2003 e tem seu desenvolvimento continuado nos anos seguintes, é possível verificar o impacto das políticas públicas por meio da análise dos dados disponibilizados pelo PNAD de 2009.

Mesmo havendo um crescimento populacional de, aproximadamente, 10.109.000 habitantes entre 2004 e 2009⁶⁰, se verifica uma redução dos níveis da fome, tanto em números absolutos quanto percentuais. A partir disso, constata-se que as políticas que se desenvolvem nos primeiros anos de aplicação do Fome Zero, como a aquisição de produtos provenientes da agricultura familiar por meio do PAA e a distribuição desses gêneros agrícolas, são eficientes no sentido de modificar a realidade do fenômeno e atingir os objetivos originalmente propostos pelo programa.

A alteração do Fome Zero em 2009, ampliando a destinação dos alimentos obtidos da agricultura familiar para a alimentação escolar, assim como o aumento constante do orçamento destinado ao PAA, influenciam, de certa forma, os resultados visíveis com base nos dados relativos a 2013⁶¹. Considerando-se o aumento do número de habitantes e domicílios em situação de segurança alimentar em todo território nacional, é possível determinar que, até então, as políticas públicas que a União desenvolve demonstram-se efetivas para reduzir os índices de insegurança alimentar.

⁵⁸ ALPINO, Tais de Moura Ariza *et al.* COVID-19 e (in)segurança alimentar e nutricional: ações do Governo Federal brasileiro na pandemia frente aos desmontes orçamentários e institucionais. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 8, e00161320, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/JfjpwMh9ZDrrsM9QG38VnBm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

⁵⁹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2004/2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=283162&view=detalhes>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁶⁰ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2004/2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=283162&view=detalhes>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁶¹ LINS, Bruno Teixeira; BATISTA, João Vitor da Silva; ESPINOZA, Fran. Brazil: between the public policies and the hunger. *Interfaces Científicas: direito*, v. 9, n. 2, p. 91-104, 2023. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/11465>. Acesso em: 21 jun. 2023.

Um fator alheio às políticas públicas — que impactam os índices de segurança alimentar verificados nos dados relativos ao biênio 2017-2018 — é a reforma trabalhista. O primeiro aspecto a ser observado é que tal alteração legislativa, ao determinar a possibilidade de fracionar o intervalo intrajornada, impacta, diretamente, a alimentação dos trabalhadores, principalmente no aspecto qualitativo, pois a menor quantidade de tempo para alimentação faz com que se opte por gêneros alimentícios mais rápidos e com menor valor nutritivo⁶².

Além disso, a reforma legislativa, na seara trabalhista, aborda alterações nas modalidades de contratos de trabalho, como a liberalização da contratação de trabalhadores terceirizados, a ampliação dos contratos temporários, parciais e intermitentes. As alterações mencionadas colaboram para o aumento do número de trabalhadores considerados informais, não somente no setor de serviços, no qual já há essa predominância, mas em outros setores como o industrial⁶³.

A maior incidência de trabalhadores em situação de informalidade e, por consequência, sem uma renda fixa implica a existência de um crescente grau de marginalização⁶⁴, que, por sua vez, afeta a disponibilidade de alimentos em razão da precariedade de uma infraestrutura de mercado para atender determinada localidade⁶⁵. Nesse sentido, é possível determinar que a reforma trabalhista, pela mudança relativa aos contratos de trabalho e ao intervalo intrajornada, impacta, diretamente, a alimentação e, portanto, o estado de segurança alimentar.

É possível notar que, por meio da análise do índice de Gini, utilizado para medição da concentração de renda entre a população, verifica-se um crescimento na desigualdade de renda no período entre 2016 e 2018, afetando principalmente os trabalhadores informais do setor privado⁶⁶. Outro fator que influencia a diferença verificada entre os índices da fome, no período correspondente entre 2013 e 2017-2018, é o aumento constante do índice nacional de preço dos alimentos desde o ano de 2007, tendo o crescimento mais significativo nos anos de 2012 a 2014⁶⁷.

Somadas a tais fatores, as políticas econômicas executadas pelo governo federal, no período entre 2016 e 2022, são marcadas pelas propostas de desindexação das despesas orçamentárias estabelecidas pela Emenda Constitucional 95 de 2016, tais como a correção automática do salário mínimo⁶⁸, tendo consequências diretas no poder de compra dos trabalhadores.

Nesse aspecto, verifica-se, por meio de pesquisas empíricas, que o fator renda impacta, diretamente, a garantia de índices de segurança alimentar e nutricional de determinado domicílio⁶⁹, portanto, o processo de

⁶² MACHADO, Alisson Diego. Implicações da Reforma Trabalhista na alimentação dos trabalhadores. *Physis: revista de saúde coletiva*, v. 28, n. 2, e280203, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/VzXfY6Wd3CMhc4TfgPCmSDS/?lang=pt>. Acesso em: 14 out. 2022.

⁶³ KREIN, José Dari; COLOMBI, Ana Paula Fregnani. A Reforma Trabalhista em foco: desconstrução da proteção social em tempos de neoliberalismo autoritário. *Educação & Sociedade*, v. 40, e0223441, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/X9zP8bXjivTHTXK4wYqszk/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 15 out. 2022.

⁶⁴ CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade à “desfiliação”. *Caderno CRH*, v. 10, n. 26/27, p. 19-40, jan./dez. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/18664>. Acesso em: 17 jul. 2022.

⁶⁵ AGUILAR-ESTRADA, Alma Esther *et al.* ¿Hambre en México?: una alternativa metodológica para medir seguridad alimentaria. *Estudios Sociales: revista de alimentación contemporánea y desarrollo regional*, v. 29, n. 53, p. 1-26, ene./jun. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2395-91692019000100114&script=sci_arttext. Acesso em: 15 jul. 2022.

⁶⁶ CARVALHO, Sandro Sacchet. Retrato dos rendimentos e horas trabalhadas: resultados da PNAD Contínua do primeiro trimestre de 2022. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 55, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_notas_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf. Acesso em: 05 fev. 2023.

⁶⁷ FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *The state of food and agriculture: leveraging food systems for inclusive rural transformation*. Rome: FAO, 2017.

⁶⁸ OREIRO, José Luís da Costa; PAULA, Luiz Fernando de. A economia brasileira no governo Temer e Bolsonaro: uma avaliação preliminar. *ResearchGate*, set. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joseluis-Oreiro/publication/336147850_A-economia-brasileira-no-governo-Temer-e-Bolsonaro-uma-avaliacao-preliminar/links/5d92c2f092851c33e94b3d60/A-economia-brasileira-no-governo-Temer-e-Bolsonaro-uma-avaliacao-preliminar.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

⁶⁹ ALVES, Felipe Freitas de Araújo; GIANI, Gustavo; CIRINO, Luis Felipe Ramos. O salário mínimo brasileiro: um olhar jurídico, político e econômico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8, 2020. *Anais [...]*. p.

desvalorização do salário mínimo, durante o período em questão, somado ao aumento do índice nacional de preço dos alimentos, é fator que impacta o crescimento da insegurança alimentar nacionalmente.

O período temporal que corresponde ao governo de Michel Temer e Jair Bolsonaro é marcado pela fragilização — e em alguns casos a extinção — da participação popular no desenvolvimento e aplicação das políticas voltadas para a agricultura familiar, tendo ambos os mandatos sido marcados por decretos destinados ao desmonte dos espaços participativos⁷⁰.

A alteração dos níveis de insegurança alimentar, no biênio 2017-2018, pelo IBGE⁷¹, em comparação com os dados anteriores, decorrem: 1) do esvaziamento do Programa Fome Zero, o qual, em razão de sua complexidade, é substituído por uma política de transferência de renda; 2) o dismantelo sistêmico de pautas sociais, da participação popular e das políticas ligadas à agricultura familiar; 3) da flexibilização dos regimes de trabalho e no intervalo intrajornada, afetando diretamente no poder de compra, na qualidade e disponibilidade dos gêneros alimentícios consumidos; 4) do aumento do custo de alimentos; 5) do crescimento da desigualdade de renda; 6) e do processo de desvalorização do salário mínimo. Tais fatores são responsáveis, de forma conjunta, por diminuir o índice de segurança alimentar entre a população brasileira.

Com relação ao crescimento do percentual de habitantes em situação de insegurança alimentar grave, após os dados relativos a 2017-2018, verifica-se que tal fato decorre, dentre outros fatores, da extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Tal fato implica tanto a redução de incentivos a pesquisas voltadas para o direito à alimentação, quanto o funcionamento do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, comprometendo, portanto, o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas⁷².

Nesse aspecto, a medida do poder executivo federal — referente à extinção do CONSEA — afeta, diretamente, a promoção das políticas públicas destinadas a diminuir o quantitativo populacional com insegurança alimentar. Verifica-se, somado a isso, no período entre 2020 e 2021, assim como no início de 2022, um aumento na concentração de renda entre os trabalhadores informais e autônomos no país⁷³.

Os dados relativos a 2021-2022 apresentam um crescimento da fome no Brasil, tendo como causa para isso os seguintes fatores: 1) esvaziamento do Programa Fome Zero; 2) a reforma da legislação trabalhista em 2017; 3) aumento do índice nacional de preço dos alimentos; 4) crescimento da concentração de renda; 5) a extinção do CONSEA em 2019; 6) a crise sanitária e econômica decorrente da COVID-19; 7) a insuficiência relativa da política de renda básica/auxílio emergencial; 8) os entraves na implementação das políticas públicas do PNAE pelos governos estaduais e municipais. Afirma-se, portanto, que a presença de 15,5% da população brasileira num estado grave de insegurança alimentar⁷⁴ é produto de um processo histórico de precarização das políticas públicas de combate à fome, dos direitos sociais do trabalhador, do aumento de preço dos insumos alimentícios, do crescimento da concentração de renda, principalmente entre os tra-

642-654. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2166>. Acesso em: 19 jun. 2023.

⁷⁰ LEITE, Sergio Pereira *et al.* Multidimensionalidade e heterogeneidade dos processos de desmonte de políticas públicas: a trajetória recente das políticas de fortalecimento da agricultura familiar no Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; SILVA, Michelle Moraes de Sá e; LEOPOLDI, Maria Antonieta. *Desmonte e reconfiguração de políticas públicas (2016-2022)*. Brasília: IPEA; INCT/PPED, 2023.

⁷¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-cat-alogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁷² CASTRO, Inês Rugani Ribeiro de. A extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e a agenda de alimentação e nutrição. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, n. 2, e00009919, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/CH3GmJVXnMRTRH89bL6LZVz/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

⁷³ CARVALHO, Sandro Sacchet. Retrato dos rendimentos e horas trabalhadas: resultados da PNAD Contínua do primeiro trimestre de 2022. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 55, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_notas_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf. Acesso em: 05 fev. 2023.

⁷⁴ REDE PENSSAN. *II Inquérito Nacional da Insegurança Alimentar no Brasil no Contexto da Covid-19 (II VIGISAN)*: Suplemento I: insegurança alimentar nos estados. Brasília: Rede PENSSAN, 2022.

ballhadores informais, somado à crise sanitária e à má administração por parte do poder executivo, tanto na esfera federal quanto em âmbito regional e local.

Nesse ínterim, destaca-se que não é um fator isolado que causa a volta do Brasil para o mapa da fome, mas sim as crescentes mudanças legislativas e de políticas públicas adotadas pelo poder executivo, gerando uma precariedade nos programas de combate à fome e nos mecanismos utilizados por ele para garantir a segurança alimentar.

6 Considerações finais

Diante da exposição, pretende-se, portanto, testar a hipótese que originalmente se estabelece nessa pesquisa. Comparando-se os dados relativos a 2004 com os da coleta de 2009, tendo em vista que o Programa Fome Zero tem sua implementação em 2003, percebe-se que a garantia de uma renda destinada à alimentação, o aumento orçamentário para os políticas públicas voltadas à compra de gêneros alimentícios da agricultura familiar, por meio do PAA, e posterior distribuição por intermédio do PNAE, e a criação de um banco de alimentos têm influência no aumento da segurança alimentar na população brasileira durante o primeiro período comparativo, e a redução da fome mais presente na região Nordeste.

Correlacionando-se as mudanças que ocorrem no Programa Fome Zero a partir de 2009, tais como a ampliação da distribuição de alimentação nas escolas por meio do PNAE, com as mudanças perceptíveis nos dados relativos à coleta de 2013, percebe-se que o quantitativo populacional que convive com a segurança alimentar aumenta, atingindo os níveis mais altos verificados até então, demonstrando a efetividade das políticas públicas de combate à fome no cumprimento dos objetivos propostos.

Considerando-se que as políticas ligadas à erradicação da pobreza e à fome têm seu planejamento e execução variáveis de acordo com o governante em exercício, percebe-se que, ao final da primeira década de aplicação do Programa Fome Zero, mesmo com o aumento de orçamento destinado ao PAA, as políticas públicas de transferência de renda derivadas dele são deixadas de lado pelo Poder Executivo em detrimento do Programa Bolsa Família.

Com relação aos dados relativos ao POF de 2017-2018, percebe-se que o aumento considerável na fome, em todo o território nacional, em comparação à coleta de 2013, decorre, além do esvaziamento do Programa Fome Zero, de outras mudanças de natureza político-econômicas que impactam, diretamente, a alimentação de uma parcela da população, tanto num aspecto quantitativo quanto qualitativo.

Um dos exemplos é a reforma trabalhista de 2017, que, ao modificar o regime de intervalos intrajornada e ampliando legalmente os regimes de empregos informais, dá margem para um retrocesso nos índices de segurança alimentar, além do desmonte da participação popular no desenvolvimento de políticas públicas ligadas ao fortalecimento da agricultura familiar. Verifica-se, portanto, que a diferença que se observa, entre os anos de 2013 e o biênio 2017-2018, se deve ao esvaziamento de políticas de combate à fome derivadas do Programa Fome Zero, ao aumento do Índice Nacional de Preço de Alimentos, às restrições orçamentárias impostas pela Emenda Constitucional n.º 95, causando uma retração às políticas de fomento agrícola, e promovendo um processo de desvalorização do salário mínimo, a mudanças na legislação trabalhista que influenciam na disponibilidade e no caráter nutritivo dos alimentos consumidos e à desvalorização do salário mínimo.

Os níveis da fome que são verificados por meio da pesquisa da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania Segurança e Alimentar e Nutricional, relativa a 2022 são consequências da imutabilidade dos fatores que causam o aumento da insegurança alimentar em 2017-2018 e da superveniência de modificações nas políticas públicas de transferência de renda voltadas para o combate à fome, da extinção do CONSEA, aumentando o distanciamento entre as políticas públicas e a participação popular, além de causar uma precarização

no incentivo a pesquisas, a aplicação de políticas de renda básica emergencial de forma insuficiente para conter a crise econômica gerada pela pandemia de COVID-19 e a má implementação do PNAE por parte dos governos locais.

Diante do que se expõe, a hipótese de pesquisa demonstra-se parcialmente verdadeira, uma vez que, mesmo com o esvaziamento das políticas derivadas do Programa Fome Zero durante a primeira década analisada (2004-2013), verifica-se o aumento dos índices de segurança alimentar em todo o território nacional, demonstrando, portanto, uma negação do que se estabelece no limiar deste estudo.

Entretanto, no decorrer da segunda década (2013-2022), percebe-se que alterações essenciais na forma como as políticas públicas se desenvolvem, tendo a segurança alimentar sido substituída enquanto paradigma para o combate à pobreza, assim como mudanças políticas como a extinção do CONSEA, a reforma legislativa na seara trabalhista, o crescimento da concentração de renda, e o aumento do Índice Nacional de Preço de Alimentos provocam um aumento exponencial do quantitativo populacional em situação de insegurança alimentar.

Sendo assim, a veracidade parcial da hipótese de pesquisa ocorre pelo fato de que, mesmo que haja um aumento da população brasileira em insegurança alimentar conforme as políticas públicas derivadas do Programa Fome Zero são esvaziadas. Esse crescimento não deriva, unicamente, desse fator, mas é, na verdade, consequência de um conjunto de modificações político-legislativas que impactam, sobretudo, a disponibilidade de gêneros alimentícios, o poder de compra da população brasileira, o incentivo a pesquisas sobre a segurança alimentar e o exercício de programas de distribuição de alimentos.

Referências

- AGUILAR-ESTRADA, Alma Esther *et al.* ¿Hambre en México?: una alternativa metodológica para medir seguridad alimentaria. *Estudios Sociales: revista de alimentación contemporánea y desarrollo regional*, v. 29, n. 53, p. 1-26, ene./jun. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2395-91692019000100114&script=sci_arttext. Acesso em: 15 jul. 2022.
- ALPINO, Tais de Moura Ariza *et al.* COVID-19 e (in)segurança alimentar e nutricional: ações do Governo Federal brasileiro na pandemia frente aos desmontes orçamentários e institucionais. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, n. 8, e00161320, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/JfjpwMh9ZDrrs-M9QG38VnBm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.
- ALSTON, Lee J. *et al.* En el camino hacia un buen gobierno: recuperación de impactos económicos y políticos en Brasil. In: SCARTASCINI, Carlos *et al.* (org.). *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?* Colômbia: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011. p. 117-160.
- ALVES, Felipe Freitas de Araújo; GIANI, Gustavo; CIRINO, Luis Felipe Ramos. O salário mínimo brasileiro: um olhar jurídico, político e econômico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8, 2020. *Anais [...]*. p. 642-654. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2166>. Acesso em: 19 jun. 2023.
- ALVES, Lise. Pandemic puts Brazil back on the world hunger map. *The New Humanitarian*, 2021. Disponível em: <https://www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2021/7/19/pandemic-puts-brazil-back-on-the-world-hunger-map>. Acesso em: 13 jul. 2022.
- ANJOS, Flávio Sacco dos; CALDAS, Nádia Velleda. Inovações no combate à fome e à insegurança alimentar: a estratégia brasileira. *Revista de Estudos Brasileños*, v. 5, n. 10, p. 11-24, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/view/154307>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto 10.713/21, de 07 de junho de 2021*. Dispõe sobre a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional.

BRASIL. *Decreto 6.276/07, de 23 de novembro de 2007*. Cria, no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN, a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional.

BRASIL. *Decreto 7.272/10, de 25 de agosto de 2010*. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PN-SAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências.

BRASIL. *Decreto 807/93, de 24 de abril de 1993*. Institui o Conselho Nacional de Segurança Alimentar “CONSEA” e dá outras providências.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 64 de 04 de fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.

BRASIL. *Lei 11.346/06, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Doações ao Fome Zero*. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/inclusao-produtiva-rural/direito-a-alimentacao-1/doacoes-ao-fome-zero>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Relatório preliminar da comissão sobre a preservação dos Direitos Humanos do povo Yanomami: gestão 2019 e 2022*. Brasília, jan. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/secom/pt-br/arquivos/2023_mdhc_relatorio_omissaoimmfdh-yanomami-2019-2022_v2. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. *O que é o Consea?* Presidência da República, 2017. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/consea/aceso-a-informacao/institucional/o-que-e-o-consea>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. *Portaria GM/MS Nº 28, de 20 de janeiro de 2023*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência de desassistência à população Yanomami.

BURITY, Valéria *et al.* *Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*. Brasília: ABRANDH, 2010. Disponível em: https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

CAMPELLO, Tereza; MELLO, Janine. O processo de formulação e os desafios do plano Brasil Sem Miséria: por um país rico e com oportunidades para todos. In: CAMPELLO, Tereza; FALCÃO, Tiago; COSTA, Patrícia Vieira da (org.). *O Brasil sem miséria*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social, 2014.

CARVALHO, Sandro Sacchet. Retrato dos rendimentos e horas trabalhadas: resultados da PNAD Contínua do primeiro trimestre de 2022. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 55, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_nota_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf. Acesso em: 05 fev. 2023.

CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade à “desfiliação”. *Caderno CRH*, v. 10, n. 26/27, p. 19-40, jan./dez. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/18664>. Acesso em: 17 jul. 2022.

CASTRO, Inês Rugani Ribeiro de. A extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e a agenda de alimentação e nutrição. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, n. 2, e00009919, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/CH3GmJVXnMRTRH89bL6LZVz/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

CONÇALVEZ, Luiza. El programa “Hambre Cero” en Brasil: ¿seguridad alimentaria para los más pobres? *Perspectivas Rurales Nueva Época*, v. 5, n. 10, p. 107-120, set. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/perspectivasrurales/article/view/3573>. Acesso em: 11 jul. 2022.

DAGNINO, Renato *et al.* Metodologia de análise de políticas públicas. In: DAGNINO, Renato *et al.* *Gestão estratégica da inovação: metodologias para análise e implementação*. Taubaté: Cabral Universitária, 2002. p. 51-113.

DELGROSSI, Mauro *et al.* A estratégia Fome Zero no Brasil. In: SILVA, José Graziano da (coord.). *Do Fome Zero ao Zero Hunger: uma perspectiva global*. Roma: FAO, 2019.

ELVER, Hilal. Fome Zero: como a história de sucesso do Brasil se tornou um modelo para alcançar o direito à alimentação. In: SILVA, José Graziano da (coord.). *Do Fome Zero ao Zero Hunger: uma perspectiva global*. Roma: FAO, 2019.

FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *The state of food security and nutrition in the world: repurposing food and agricultural policies to make healthy diets more affordable*. Rome: FAO, 2022. Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc0639en>. Acesso em: 12 jul. 2022.

FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *The state of food and agriculture: leveraging food systems for inclusive rural transformation*. Rome: FAO, 2017.

FAO – FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS; IFAD – INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT; WFP – WORLD FOOD PROGRAMME. *The state of food insecurity in the world 2014: strengthening the enabling environment for food security and nutrition*. Rome: FAO, 2014. Disponível em: <https://www.fao.org/family-farming/detail/en/c/284402/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 105-123, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uni-ceub.br/RBPP/article/view/3780>. Acesso em: 10 fev. 2023.

GRISA, Cátia; PORTO, Sílvio Isopo. Dez anos de PAA: as contribuições e os desafios para o desenvolvimento rural. In: GRISA, Cátia; PORTO, Sílvio Isopo. *Políticas públicas de desenvolvimento rural no Brasil*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2015. p. 155-180.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101749>. Acesso em: 13 jul. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2004/2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=283162&view=detalhes>. Acesso em: 11 jul. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291984>. Acesso em: 11 jul. 2022.

KEPPLE, Anne Walleser; SEGALL-CORRÊA, Ana Maria. Conceituando e medindo segurança alimentar e nutricional. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 16, n. 1, p. 187-199, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/5RKJVPVxWBRqn3R5ZZC49BDz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jun. 2023.

KREIN, José Dari; COLOMBI, Ana Paula Fregnani. A Reforma Trabalhista em foco: desconstrução da proteção social em tempos de neoliberalismo autoritário. *Educação & Sociedade*, v. 40, e0223441, 2019. Dispo-

nível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/X9zPP8bXjvTHTXK4wYqszk/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 15 out. 2022.

LEITE, Sergio Pereira *et al.* Multidimensionalidade e heterogeneidade dos processos de desmonte de políticas públicas: a trajetória recente das políticas de fortalecimento da agricultura familiar no Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; SILVA, Michelle Morais de Sá e; LEOPOLDI, Maria Antonieta. *Desmonte e reconfiguração de políticas públicas (2016-2022)*. Brasília: IPEA; INCT/PPED, 2023.

LINS, Bruno Teixeira; BATISTA, João Vitor da Silva; ESPINOZA, Fran. Brazil: between the public policies and the hunger. *Interfaces Científicas: direito*, v. 9, n. 2, p. 91-104, 2023. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/11465>. Acesso em: 21 jun. 2023.

MACHADO, Alisson Diego. Implicações da Reforma Trabalhista na alimentação dos trabalhadores. *Physis: revista de saúde coletiva*, v. 28, n. 2, e280203, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/VzXfY6Wd3CMhc4TfgPCmSDS/?lang=pt>. Acesso em: 14 out. 2022.

NASCIMENTO, Renato Carvalheira do. *O papel do CONSEA na construção da política e do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional*. 2012. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Nações Unidas no Brasil*, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 27 out. 2022.

OREIRO, José Luís da Costa; PAULA, Luiz Fernando de. A economia brasileira no governo Temer e Bolsonaro: uma avaliação preliminar. *ResearchGate*, set. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joseluis-Oreiro/publication/336147850_A_economia_brasileira_no_governo_Temer_e_Bolsonaro_uma_avaliacao_preliminar/links/5d92c2f092851c33e94b3d60/A-economia-brasileira-no-governo-Temer-e-Bolsonaro-uma-avaliacao-preliminar.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

REDE PENSSAN. *II Inquérito Nacional da Insegurança Alimentar no Brasil no Contexto da Covid-19 (II VIGISAN)*: Suplemento I: insegurança alimentar nos estados. Brasília: Rede PENSSAN, 2022.

REDE PENSSAN. *Nota sobre estimativas de fome e insegurança alimentar para o Brasil*. Brasília: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/wp-content/uploads/2022/07/Nota-sobre-SOFI-EBIA-2022-Brasil.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RIBEIRO JÚNIOR, José Raimundo Sousa *et al.* *Atlas das situações alimentares no Brasil: a disponibilidade domiciliar de alimentos e a fome no Brasil contemporâneo*. Bragança Paulista, SP: Universidade São Francisco, 2021.

SEGALL-CORRÊA, Ana Maria; MARIN-LEON, Letícia. A segurança alimentar no Brasil: proposição e usos da Escala Brasileira de Medida da Insegurança Alimentar (EBIA) de 2003 a 2009. *Segurança Alimentar e Nutricional*, v. 16, n. 2, p. 1-19, 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/san/article/view/8634782>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3802>. Acesso em: 08 fev. 2023.

TOMAZINI, Carla Guerra; LEITE, Cristiane Kerches da Silva. Programa Fome Zero e o paradigma da segurança alimentar: ascensão e queda de uma coalizão? *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, p. 13-30, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/xFZp8dWHXP3T4Mhq5GstXzL>. Acesso em: 08 jan. 2023.

TROVÃO, Cassiano José Bezerra Marques. A pandemia da Covid-19 e a desigualdade de renda no Brasil: um olhar macrorregional para a proteção social e os auxílios emergenciais. *Universidade Federal do Rio Grande*

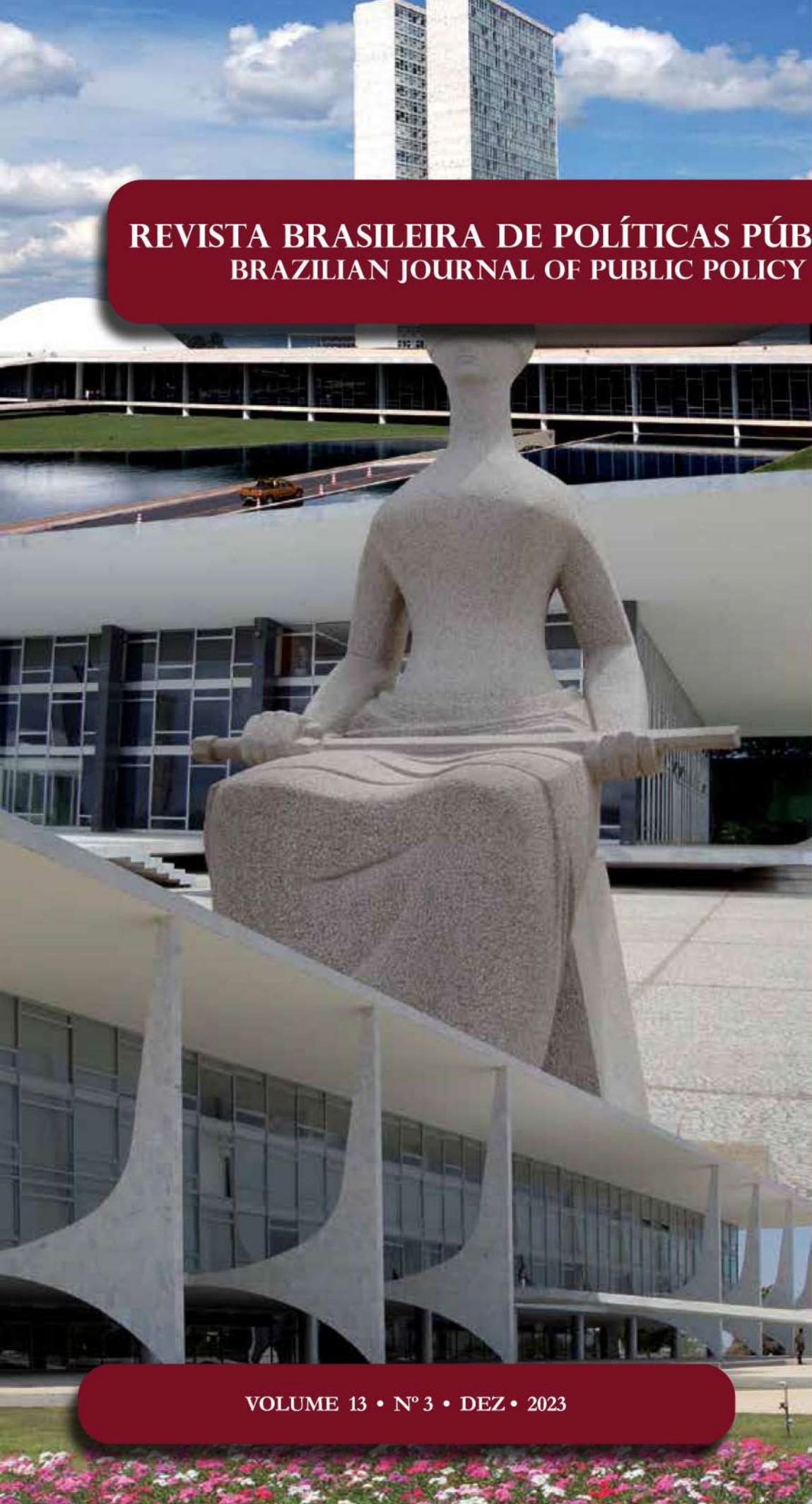
do Norte, DEPEC, n. 4, maio 2020. Disponível em: <https://ccsa.ufrn.br/portal/?author=101047>. Acesso em: 15 out. 2022.

VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. Combate à fome no Brasil: uma análise histórica de Vargas a Lula. *Revista de Nutrição*, v. 18, p. 439-457, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/dBtStfvTzwqWjvqQgSL5zqd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2022.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' being particularly prominent.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, abstract sculpture in the foreground. The sculpture is a seated female figure, possibly representing a muse or a personification of knowledge, holding a long, thin object. The building has a distinctive architectural style with large windows and a curved facade. The sky is blue with some clouds.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Detention of a person suspected of committing a criminal offense during martial law in Ukraine

Detenção de uma pessoa suspeita de cometer um crime durante a lei marcial na Ucrânia

Serhii Ablamskyi

Volodymyr Galagan

Iryna Basysta

Zhanna Udoenko

VOLUME 13 • Nº 3 • DEZ • 2023

Detention of a person suspected of committing a criminal offense during martial law in Ukraine*

Detenção de uma pessoa suspeita de cometer um crime durante a lei marcial na Ucrânia

Serhii Ablamskyi**

Volodymyr Galagan***

Iryna Basysta****

Zhanna Udovenko*****

Abstract

This article is a detailed exploration of the detention procedures in Ukraine's criminal justice system under the Criminal Procedure Code of Ukraine, with a specific focus on the conditions of martial law. The primary objective of the study is to offer a scientific solution to both theoretical and applied issues surrounding the procedural regulation of detentions, especially in the context of suspects of criminal offenses under martial law. Employing a range of research methods, including comparative legal, systemic, structural, formal legal, and statistical analyses, the study thoroughly examines existing legislation, regulations, and practices of detention procedures in Ukraine. It relies on a strong theoretical foundation derived from scholarly works in criminal procedure and law, and is further supported by empirical data from Ukrainian legal institutions like the General Prosecutor's Office and the Supreme Court. The article presents well-reasoned conclusions and recommendations for improving detention practices, while also acknowledging the limitations of the research. These limitations encompass both theoretical perspectives and practical applications, highlighting the study's implications in the broader context of criminal law and human rights. The originality and value of this research lie in its comprehensive and nuanced analysis of the detention process within a specific and challenging legal framework, contributing significantly to the academic and practical understanding of criminal procedural law under extraordinary circumstances.

Keywords: detention of a person; detainee; criminal offense; crime; collaboration; restriction of rights and freedoms.

Resumo

Este artigo é uma exploração detalhada dos procedimentos de detenção no sistema de justiça criminal da Ucrânia ao abrigo do Código de Processo Penal da Ucrânia, com foco específico nas condições da lei marcial. O objetivo

* Artigo convidado

** PhD candidate of Law at Kharkiv National University of Internal Affairs. Associate Professor. Head of the Department of Scientific Activity Organization and Intellectual Property Protection, Ukraine, Kharkiv.
E-mail: ablamu4@gmail.com.

*** Doctor of Law at National University of Kyiv-Mohyla Academy". Professor, Head of the Department of Criminal Law and Law of Criminal Procedure, Ukraine, Kyiv.
E-mail: galaganvi@ukr.net.

**** Doctor of Law at Lviv State University of Internal Affairs. Professor at the Department of the Criminal Procedure. Member of the Academic Advisory Council under the Supreme Court. Ukraine, Lviv.
E-mail: basysta-i@ukr.net.

***** Doctor of Law at National University of "Kyiv-Mohyla Academy". Associate Professor of the Department of Criminal Law and Law of Criminal Procedure, Ukraine, Kyiv.
E-mail: udaffchik@gmail.com.

principal do estudo é oferecer uma solução científica para questões teóricas e aplicadas que envolvem a regulamentação processual das detenções, especialmente no contexto de suspeitos de crimes sob lei marcial. Empregando uma série de métodos de pesquisa, incluindo análises comparativas jurídicas, sistêmicas, estruturais, jurídicas formais e estatísticas, o estudo examina minuciosamente a legislação, regulamentos e práticas existentes de procedimentos de detenção na Ucrânia. Baseia-se numa forte base teórica derivada de trabalhos acadêmicos em processo penal e direito, e é ainda apoiada por dados empíricos de instituições jurídicas ucranianas, como a Procuradoria-Geral e o Supremo Tribunal. O artigo apresenta conclusões e recomendações bem fundamentadas para melhorar as práticas de detenção, ao mesmo tempo que reconhece as limitações da investigação. Estas limitações abrangem tanto perspectivas teóricas como aplicações práticas, destacando as implicações do estudo no contexto mais amplo do direito penal e dos direitos humanos. A originalidade e o valor desta investigação residem na sua análise abrangente e matizada do processo de detenção dentro de um quadro jurídico específico e desafiante, contribuindo significativamente para a compreensão acadêmica e prática do direito processual penal em circunstâncias extraordinárias.

Palavras chave: detenção de uma pessoa; detido; ofensa criminal; crime; colaboração; restrição de direitos e liberdades.

1 Introduction

The article delves into the critical issue of developing an effective legal mechanism to protect and defend the rights, freedoms, and legitimate interests of individuals, with a specific focus on detention as a legal procedure. This topic holds significant importance in the realms of modern legal doctrine, the theory of criminal procedure, and the practical operations of law enforcement agencies. The study scrutinizes the various contexts in which the Criminal Procedure Code of Ukraine (CPC of Ukraine) applies the term “detained person,” encompassing situations such as detention on suspicion of committing a criminal offense, detention in connection with international criminal proceedings, and scenarios under the martial law regime in Ukraine.

The issue of introducing an effective legal mechanism for the protection of the individual, the defense of their rights, freedoms and legitimate interests, including the case of detention, is one of the fundamental in modern legal doctrine, the theory of criminal procedure and the practical activities of law enforcement agencies.¹

It is not unreasonably noted in scientific publications² that the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter - the CPC of Ukraine) uses the term “detained person” in relation to various situations that may arise or continue on the grounds and in the manner prescribed by law. For example:

1) a person may also acquire the procedural status of a suspect at the time of his or her detention on suspicion of committing a criminal offense (Article 42(1) of the CPC of Ukraine);

¹ ABLAMSKYI, S. Ye. Theoretical and applied aspects of protecting the rights of a detainee suspected of committing a crime. *Lexa și viața*, v. 3/2, n. 291, p. 2-6, 2016. Available at: <https://univd.edu.ua/science-issue/issue/84>; ABLAMSKYI, S.; HLOBENKO, H.; CHYCHA, R.; MARTOVYTSKA, O.; BURLAKA, I. Ensuring Protection of the Rights of the Aggrieved Person in Criminal Proceedings through the Prism of Requirements of International Law Acts. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, v. 23, n. 1, p. 1-7, 2020. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/Ensuring-protection-of-the-rights-of-the-aggrieved-person-1544-0044-25-SI-540.pdf>; ABLAMSKYI, S. Ye.; ANSARI, F. A.; NOSACH, A. V. Evaluating the Current State of Realization of Victims' Rights in the Criminal Process: An Explanation Under Ukrainian and Indian Criminal Procedure CODES. *Novum Jus*, v. 2, n. 16, p. 23-48, 2022. Available at: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.2>.

² UDOVENKO, Zhanna. The right of the suspect to show the indication as a protective guarantee to protect its rights and legitimate interests after detention. *Juridical scientific and electronic journal*, v. 1, p. 211-214, 2018. Available at: http://lsej.org.ua/1_2018/58.pdf; BASYSTA, Iryna. On certain aspects of realization of the notion “detained person”. *Social & Legal Studies*, v. 1, n. 11, p. 12–20, 2021. DOI: 10.32518/2617-4162-2021-1-12-20.

2) a person may be detained in connection with his or her search by the competent authority of a foreign state for criminal prosecution or execution of a sentence (Article 208(4)(2) of the CPC of Ukraine);

3) a detainee is also a person who is wanted by the International Criminal Court or in respect of whom the International Criminal Court has requested temporary arrest or arrest and transfer and who has been detained by an authorized official on this basis (Article 208(4)(3) of the CPC of Ukraine);

4) a person suspected of committing a crime (for which the main penalty is a fine of more than three thousand tax-free minimum incomes) may be detained if he or she has not fulfilled the obligations imposed on him or her when choosing a preventive measure or has not complied with the requirements for depositing funds as bail and providing a document confirming this in accordance with the established procedure (Article 208(2) of the CPC of Ukraine);

5) detention of a suspect or accused person who is at large may be implemented on the basis of a ruling of an investigating judge or court as one of the measures to ensure the person's arrival for consideration of a request for a preventive measure (Article 187(2-3) of the CPC of Ukraine).

Among scholars and lawyers, the issue of bringing a person within the framework of the execution of an investigating judge's or court's decision to bring a suspect, accused, or witness to participate in certain procedural actions remains controversial (Articles 140-143 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). It is seen that in this case the *de facto* person should also be considered detained with his or her inherent procedural rights. And this is not even to mention the cases when, due to the failure of the person subject to summons to comply with the legal requirements for the execution of the decree on the execution of summons, measures of physical influence may be applied to him or her, which allow him or her to be escorted to the place of summons (paragraph 2 of part 3 of the article 143 of the Criminal Procedure Code of Ukraine).

In the context of the legal regime of martial law in Ukraine, the issue of detention of a person suspected of committing crimes is particularly relevant.

The overarching aim of this study is to address and resolve both theoretical and practical challenges associated with the procedural regulation of detention, particularly concerning individuals suspected of criminal activities under martial law. To achieve this, the study sets forth several specific objectives: firstly, to examine the current state and evolution of legislation related to the detention of individuals in criminal proceedings; secondly, to delve into the theoretical and legal underpinnings of detention, particularly in the context of suspected criminal offenses; thirdly, to elucidate the purpose, legal grounds, and precise moments when detention becomes applicable; fourthly, to differentiate between legal detention by authorities and detention authorized under specific legal provisions; and fifthly, to identify and reinforce the guarantees in place for protecting the rights of detained individuals, including those categorized as prisoners of war.

The methodology adopted in this research is comprehensive and complex, combining general scientific approaches with specialized research techniques. All of this includes the comparative legal method, which is instrumental in examining the legislation, regulatory frameworks, and the practical application of the detention process in Ukraine. Systemic and structural methods are employed to dissect and understand the core elements and nuances of the legal categories and phenomena associated with detention. The formal legal method is utilized to formulate scientifically grounded conclusions and recommendations aimed at refining the procedural aspects of detention. Additionally, the statistical method provides a framework for analyzing state-level data and trends, particularly focusing on the investigation of war crimes in Ukraine. This diverse methodological approach ensures a thorough, balanced, and objective analysis of the detention procedures and their implications in the Ukrainian legal context.

The theoretical foundation of this study is affixed in the scientific literature on criminal procedure, criminal law, and forensic science, offering a robust academic backdrop for the research. Legally, the study is grounded in the Constitution of Ukraine, relevant international legal acts, Ukrainian legislation, and

the jurisprudence of the Supreme Court of Ukraine. Empirically, the research is supported by statistical and analytical data from the General Prosecutor's Office of Ukraine and the Supreme Court, providing a concrete, real-world basis for the study's findings and recommendations. This article aims to contribute a comprehensive, nuanced, and practical perspective to the discourse on criminal procedural law in Ukraine, particularly under the challenging conditions imposed by martial law, thereby enhancing the understanding and application of detention procedures in a manner that upholds the rule of law and human rights.

The legislative changes to the detention of persons under martial law in Ukraine, particularly following the introduction of emergency laws into the Criminal Procedure Code of Ukraine, present several challenges and debates. Key issues include the expanded scope for detention without judicial oversight, ambiguities around the definition of "authorized officials" for detention, and procedural complexities like accurately documenting detention times. Moreover, the prosecution of war crimes and the delicate balance between international humanitarian law and national security needs, especially regarding prisoners of war, add to these complexities. Additionally, the legal distinction between collaboration activities and high treason, as well as concerns over potential human rights violations, underscore the challenges in adapting criminal procedural law to the exigencies of martial law, highlighting the need for a careful and rights-respecting approach to law enforcement and judicial processes in these extraordinary circumstances.

2 Legislative changes to the detention of persons under martial law in Ukraine

It is appropriate to focus on the provisions of the criminal procedural legislation of Ukraine, which have undergone changes regarding the detention of persons and have problems in their own implementation after the introduction of martial law. The specificity of the legal regulation of criminal proceedings in such conditions is due to the fact that together with the norms characteristic of the regulation of legal relations in the conditions of ordinary life, emergency laws were included in the regulatory component of the legal regulation. They establish not only specific means and mechanisms of legal regulation, but also have their own specifics regarding action in space, time and among persons³. In particular, responding to the challenges that arose as a result of the full-scale aggressive invasion of Russia, the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine on Improving the Procedure for Conducting Criminal Proceedings under Martial Law"⁴ has been adopted, which changed the detention procedure and caused considerable debate in circle of proceduralists.

Considering the detention, which can be implemented without a decision of an investigating judge by any person (Article 207(2-3) of the CPC of Ukraine) regardless of citizenship, social status, official duties, etc., it should be clarified that the current Criminal Code of Ukraine allows it only in two cases, namely: 1) when committing or attempting to commit a criminal offense; 2) immediately after the commission of a criminal offense or during the continuous pursuit of a person suspected of committing it⁵. Similar, but not identical, wording is also found in Article 73 of the Criminal Procedure Code of the French Republic⁶, of

³ TETERIATNYK, Hanna. Some Issues of Legal Regulation of Criminal Proceedings in the Conditions of Emergency Legal Regimes. *Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Ser. Jurisprudence*, v. 48, p. 98, 2020.

⁴ UKRAINE. *Law of Ukraine (14.04.2022) No. 2201-IX*. On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine on Improving the Procedure for Conducting Criminal Proceedings under Martial Law. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2201-20#Text>.

⁵ UKRAINE. *Criminal Procedural Code of Ukraine (13 April 2012)*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>.

⁶ FRENCH. *Criminal Procedure Code of the French Republic*. Available at: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/fra/2006/code_of_criminal_procedure_en_html/France_Code_of_criminal_procedure_EN.pdf.

Article 127(1) of the German Code of Criminal Procedure⁷ (it is about the right to detain a suspect by any citizen).

According to Article 208(1) of the CPC of Ukraine, an authorized official has the right to detain a person suspected of committing a crime punishable by imprisonment without a ruling of an investigating judge or court only in the following cases:

- 1) if the person was caught committing a crime or attempting to commit a crime;
- 2) if immediately after the commission of the crime, an eyewitness, including the victim, or a set of obvious signs on the body, clothing or place of the event indicate that this person has just committed the crime;
- 3) if there are reasonable grounds to believe that a person suspected of committing a grave or especially grave corruption crime under the jurisdiction of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine may escape with the intent to evade criminal liability;
- 4) if there are reasonable grounds to believe that a person suspected of committing a crime under Articles 255, 2551, 2552 of the Criminal Code may escape with the intent to evade criminal liability.

Also, in accordance with part 2 of Article 208 of the CPC of Ukraine, cases of detention of a person are established if the suspect has not fulfilled the duties imposed on him or her when choosing a preventive measure or has not complied with the requirements for depositing funds as bail and providing a document confirming this in the prescribed manner.

The legislator has established a new alternative ground for detention without a decision of an investigating judge or court of a person suspected of committing a crime under martial law, when there are reasonable circumstances giving rise to the belief that a person suspected of committing a crime may escape with the intent to evade criminal liability⁸. This provision of the current CPC of Ukraine correlates with paragraph 1(c) of Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (November 4, 1950).⁹ Given this state of affairs, two questions arise, namely: 1) which law should give a person the right to such detention and 2) who should be considered an authorized official?

If to analyze various legislative acts of Ukraine, there can be answer to the question of who is authorized to detain persons, which is very relevant today. We believe that, both in the context of criminal proceedings in the normal course and in the context of a special regime, criminal proceedings under martial law should be considered to be carried out by the appropriate authorized persons, including, inter alia, detention by employees of the Ministry of Defense of Ukraine; military administration bodies, formations, military units and subdivisions of the Armed Forces of Ukraine; military personnel, as well as employees of the State Border Guard Service of Ukraine involved in operational activities; by members of the National Guard of Ukraine, etc.

This legal issue has already been the subject of the Supreme Court consideration. In particular, the definition of the concept and list of participants who are authorized officials for detention was provided by the panel of judges of the First Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court in its decision dated February 16, 2021 in case No.204/6541/16-к (proceeding No. 51-2172km19)¹⁰. However, even the existing commentaries and interpretations have not fully exhausted the existing debate yet. In practice, some participants still tend to believe that the official authorized to detain is only the inves-

⁷ GERMAN. Federal Ministry of Justice. *German Code of Criminal Procedure*. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1155.

⁸ UKRAINE. *Criminal Procedural Code of Ukraine (13 April 2012)*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>.

⁹ EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950)*. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.

¹⁰ DECISION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (16.02.2021), case No. 204/6541/16-к. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95533196>.

tigator, who is empowered by the CPC of Ukraine to draw up a detention report. Obviously, such a limited approach may result in further incorrect assessments of the illegality of detention on the grounds of an improper subject.

Another existing problem concerns the indication of the time of detention in the detention report. The statement of the hour and minute of detention in the detention report is important not only for calculating the duration of detention as a temporary preventive measure, but is also crucial for calculating other procedural deadlines. Some practitioners calculate the time of detention not from the moment of physical detention, i.e., when a person is forced to stay near an authorized official or in a room designated by an authorized official (Article 209 of the CPC of Ukraine), but according to their own perception, believing that this moment is the time of drawing up a protocol or bringing a person to the police station. The following example is provided. Immediately after the commission of a crime (at the scene of the crime or immediately after it has been committed), a patrol police officer makes a detention, but he or she is not considered an authorized official. At the same time, based on the analysis of the provisions of paragraph 9 of part 1 of Article 23, Article 37 of the Law of Ukraine “On the National Police”, it can be concluded that any certified police officer is authorized to detain persons who have committed criminal or administrative offenses. Thus, it can be stated that a patrol police officer is an official authorized to detain. In compliance with the requirements of the CPC of Ukraine, a patrol officer must draw up a detention report on such detention, indicating the hour and minute of detention when the person was forced to stay with them by force or by obeying an order.

Meanwhile, there is another problem, which is a legislative inaccuracy, namely, the Law of Ukraine provisions “On the National Police” do not a priori facilitate the documentation of criminal activity during the detention of a person in accordance with paragraphs 1, 2 of Part 1 of Article 208 of the CPC of Ukraine in such a way that the evidence obtained would be recognized in court in the future. It should be noted that Article 31 of the Law of Ukraine “On the National Police” provides for a superficial inspection and examination among preventive police measures. A superficial inspection as a preventive police measure is a visual inspection of a person, carrying out a visual inspection with a hand, special device or instrument over the surface of a person’s clothing, visual inspection of a thing or vehicle (Article 34(1) of the Law)¹¹. In order to carry out a superficial inspection of a person, a police officer may stop and/or inspect them if there are sufficient grounds to believe that the person is carrying an item whose circulation is prohibited or restricted or which poses a threat to the life or health of such person or other persons (Article 34(2) of the Law). It is important to understand that such a legislative “stop” must be consistent with the requirements of Article 209 of the CPC of Ukraine, which provides that a person is detained from the moment he or she is obliged by force or by obeying an order to remain near an authorized official or in a room designated by an authorized official. In other words, the term “to stop” in criminal proceedings will be regarded as the moment of detention, which should be reflected in the detention report of such a person. Otherwise, it may be talked about a violation of the constitutional right of such a person, restriction of his/her ability to move freely, and, as a result, exceeding the terms of detention. Therefore, due to the different approaches of the legislator in the Law of Ukraine “On the National Police” and the CPC of Ukraine to the understanding of the detention procedure and the concept of “detainee”, there are numerous violations of the right to defense. A person who obeys the above-mentioned lawful demand of a police officer is already a detainee, as he or she is forced to stay near him or her, not to mention the use of force against him or her¹². As a disappointing result of various unacceptable actions that the legislator actually pushed practitioners to take due to not entirely successful legislative regulation, we can cite the decision of the panel of judges

¹¹ UKRAINE. *Law of Ukraine (July 2, 2015) No. 580-VIII*. On the National Police. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>.

¹² BASYSTA, Iryna. Ways to improve criminal procedural legislation to level the problems that arise during the detention and search of a person. In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. *Theory and practice of combating crime in modern conditions: materials of the International Scientific and Practical Conference (6 November)*. Lviv: LvSUIA, 2020.

of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court dated January 21, 2020 in case No.756/8425/17 (proceeding No. 51-859km19), which states that

... having directly examined as evidence the report of the inspection of the scene of the incident dated May 15, 2017, according to which PERSON_1 provided a psychotropic substance, the court of appeal concluded that the specified document is not a valid source of evidence, since the factual data contained therein was obtained with a significant violation of the requirements of the criminal procedural law. The circumstances of this particular case show that PERSON_1 was actually detained, but contrary to the requirements of Article 208(5) of the CPC of Ukraine, no protocol on his/her detention was drawn up and his/her procedural rights were not explained. The violation is significant and, in the absence of a search report over the detained person drawn up in accordance with Article 208(3) of the CPC, served as an indisputable basis for the appellate court to question the legality of the report of the inspection of the scene, on which the accusation of PERSON_1 is decisively based.¹³

3 Peculiarities and specific problems of detention under martial law

Since February 24, 2022, when martial law was introduced in Ukraine, the Ukrainian criminal justice system has faced new challenges, such as documenting, investigating and prosecuting Russian soldiers and officers who commit war crimes on the territory of Ukraine. Back in early October 2022, the Prosecutor General of Ukraine announced that 176 Russian army servicemen had been notified of suspicion for committing war crimes in Ukraine. The indictments have been sent to court against 44 of them, and 10 Russian servicemen have already been sentenced¹⁴. As of October 6, 2022, the police have opened more than 36,200 criminal proceedings on war crimes committed by Russian military personnel and their accomplices in Ukraine. This was stated by a spokeswoman for the National Police of Ukraine at a press conference during which the results of the study “Assessment of the damage caused by Russia’s war crimes in Ukraine” were presented, an Ukrinform correspondent reports.¹⁵

As for detention, in these realities it is important to monitor the state of coordination between a number of requirements of international documents and Ukrainian legislation. This issue is not entirely new, as its components have already been analyzed, and there have been cases of Russian prisoners of war conviction for crimes on the territory of Ukraine in national court practice (for example, the cases of Aleksandrov and Yerofeev).¹⁶

It is worth noting that under international humanitarian law, prisoners of war are protected from prosecution for participating in hostilities (combatant immunity), but this protection does not apply to cases of war crimes. Regarding the obligation to repatriate a prisoner of war, researchers quite correctly state that prisoners may be held in custody for the period of criminal proceedings and trial, and in case of conviction, until the end of their sentence (Article 119, paragraph 5 of the Geneva Convention on the Treatment of Prisoners of War).¹⁷

Thus, the following questions need to be clarified in detail: is detention of prisoners of war possible? Is it a temporary measure of restraint and how is the exchange of prisoners of war realized when it is used?

¹³ RESOLUTION of the panel of judges of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (January 21, 2020), case No. 756/8425/17, proceeding № 51-859km19. Available at: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87053575>.

¹⁴ HAMALYI, Iryna. The Office of the Prosecutor General has notified 176 Russian servicemen of suspicion of committing war crimes in Ukraine. *LB.UA*, 2022. Available at: https://lb.ua/society/2022/10/05/531572_pro_pidozru_vchinenni_voiennih.html.

¹⁵ WAR crimes in Russia: Police have opened more than 36,000 criminal proceedings. *INTERNET UA*, 6.10.2022. Available at: <https://internetua.com/voyenni-zlocsini-rf-policiya-rozpocsala-ponad-36-tisyacs-kriminalnih-provadjen>.

¹⁶ LEBID, Vitaliia. What should be the special justice for crimes against the Ukrainian people? *Law and Business*, 2022. Available at: <https://zib.com.ua/ua/151148.html>.

¹⁷ LEBID, Vitaliia. What should be the special justice for crimes against the Ukrainian people? *Law and Business*, 2022. Available at: <https://zib.com.ua/ua/151148.html>.

Firstly, it will be determined under what conditions of martial law the fact of making a procedural decision to initiate a pre-trial investigation affects the detention that preceded it and the subsequent recognition of such detention as legal or illegal. If to refer to Article 615(1)(1) of the CPC of Ukraine (this article of the CPC of Ukraine provides for a special regime of criminal proceedings under martial law), detention of a person without a decision of the investigating judge or court is possible regardless of whether a pre-trial investigation has been initiated. The possibility of detention before the pre-trial investigation is indicated in the letter of the Prosecutor General's Office "On Compliance with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the CPC of Ukraine during the Detention of a Person" dated August 17, 2020, No. 13/4-565ВНХ-328ОКВ-20¹⁸. The Supreme Court in its ruling dated February 16, 2021 in case No. 204/6541/16-к (proceeding No. 51-2172km19) also stated that detention of a person before entering information into the USRCD is not a violation of the CPC of Ukraine¹⁹.

Secondly, it is important to understand under what conditions the detention of a prisoner of war (or capture, which in practice is not easy to distinguish in terms of time in the context of information uncertainty) who committed a war crime can be exchanged (since at the moment of procedural detention he or she acquires the procedural status of a suspect) and how to decide on the further status of the preventive measure chosen in criminal proceedings. We believe that it is necessary to refer to the provisions on the exchange of prisoners of war introduced by the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Code, the Criminal Procedure Code and Other Legislative Acts of Ukraine Regarding the Regulation of the Procedure for the Exchange of Persons as Prisoners of War". In general, the legal status of a prisoner of war is defined by the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War dated August 12, 1949 (the Convention entered into force for Ukraine on January 3, 1955). In Ukrainian legislation, the concept of prisoners of war is defined in the Instruction on the Procedure for the Implementation of International Humanitarian Law in the Armed Forces of Ukraine, which was approved by the Order of the Ministry of Defense of Ukraine on March 23, 2017, No. 164. According to paragraph 6, section 6 of the Procedure for the Detention of Prisoners of War, if a person who has been captured is not detained as a prisoner of war and is subject to trial for an offense related to hostilities, he or she has the right to the status of a prisoner of war before a judicial authority and to a decision on this issue²⁰. The problem is that the CPC of Ukraine does not currently provide for such a procedure, and this regulatory gap should be eliminated. At the same time, the national legislator in paragraph 28 of Article 3 of the CPC of Ukraine provides for a new participant, that is a person in respect of whom the authorized body has made a decision to exchange as a prisoner of war (any person who has the procedural status of a suspect, accused, convicted, i.e., those who committed acts during the armed conflict that are not covered by combatant immunity). This is absolutely logical, since the exchange of prisoners of war who do not have criminal procedural status should not be regulated by the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine. This person must be included in the list for exchange as a prisoner of war by the relevant authorized body. It should be noted that the CPC of Ukraine does not contain a list of rights and obligations of such a person, as already noted by researchers²¹, possibly because he or she is a suspect or accused.

¹⁸ LETTER of the Prosecutor General's Office (17.08.2020) No. 13/4-565ВНХ-328ОКВ-20. On compliance with the requirements on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Criminal Procedure Code of Ukraine during the detention of a person.

¹⁹ RESOLUTION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (16.02.2021), case No.204/6541/16-к. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95533196>.

²⁰ UKRAINE. *Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine (05.04.2022) No. 413*. On the procedure for the detention of prisoners of war. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/413-2022-%D0%BF#n23>.

²¹ HLOVIUK, I.V.; TETERIATNYK, H.K. The issue of regulation of the due process of law of the criminal procedure for the exchange of prisoners of war. *Juridical scientific and electronic journal*, v. 8, p. 478-483, 2022. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-8/109>; FOMINA, T. H. Cancellation of a preventive measure in connection with the adoption by an authorized body of a decision on the transfer of a suspect, an accused person for exchange as a prisoner of war: procedural order and problematic issues. *Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs*, v. 3, n. 98, p. 194-205, 2022. DOI: <https://doi.org/10.32631/v.2022.3.18>.

M. I. Pashkovskiy sees the following problem when, at the time of deciding on their exchange, these persons have already been sentenced to imprisonment and are serving their sentences for committing international crimes, in particular, under Articles 438 and 440 of the Criminal Code of Ukraine. Firstly, it violates the principle of the binding nature of court decisions, and secondly, it violates international legal obligations to punish such persons. In addition, this situation is inconsistent with the rule of law. The exchange of persons sentenced to punishment for international crimes should be accompanied by a solution to the issue of their transfer to the Russian Federation in accordance with the procedure provided for by the Convention on the Transfer of Sentenced Persons dated March 21, 1983 (ETS No. 112) with the receipt of appropriate guarantees from the Russian Federation on the continuation of the execution of the sentence in the territory of the Russian Federation. One of the possible ways to resolve this conflict between the institution of exchange and the obligations to prosecute international crimes, when the Russian Federation will not provide guarantees for the execution of the sentence against the persons who are accepted, may be to institutionalize and apply a deferred execution of the sentence against persons sentenced to imprisonment for committing international crimes in the event of their exchange for other persons during an armed conflict.²²

In this sense, it must be understood that merely asserting rights without pointing out the normative-procedural structure to be observed is, comparatively, in the words of Prittwitz, to act with the hypocrisy of someone who affirms something only to contradict themselves later, doing exactly the opposite of what was intended. What is being asserted is precisely the understanding of the purposes and objectives of criminal proceedings and how this can be applied to cases of prisoners of war and the subsequent fulfillment of their conviction and sentence, understanding that “On this basis, the objective of criminal proceedings is formulated as ‘(1) a materially correct decision, (2) procedurally correct, (3) and peaceful on the criminal responsibility of the defendant’”²³.

Referring back to the moment of detention (or more correctly, capture), it should be noted that anyone who has lawfully detained a person in accordance with Articles 207-208 of the CPC of Ukraine may temporarily seize his or her property, which, together with the detained person, he or she is obliged to hand over to the investigator, prosecutor, or other authorized official, and the fact of such seizure is certified by drawing up a relevant protocol (Article 168(1) of the CPC of Ukraine). It is clear that during martial law, first of all, weapons and ammunition must be seized from the detainee, and, if circumstances and time permit, documents and personal belongings. At the same time, if a detainee has any papers other than personal documents, such as maps and schemes, orders, technical documentation, letters, notebooks, journals, diaries, newspapers, magazines, etc., they are also seized. After the search, each prisoner is filled out a standardized questionnaire, DD-2745, in which they describe everything seized and mark the owner.

The detainees should be immediately transported away from the area of direct hostilities and provided with medical care. This is an important issue in view of the observance of the legal procedure of criminal proceedings²⁴ Detainees may also be provided with water and food, but later, when they are in a safe place. It is necessary to protect the prisoners from aggressive local population and repressions by local authorities. Such detainees are divided into two main groups: 1) military personnel, who are divided into a group of

²² PASHKOVSKIY, M. I. On the Collision of the Institution of Prisoners of War and Other Persons Exchange during Armed Conflict with the Obligations of Criminal Prosecution and Punishment of Persons Guilty of International Crimes. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE “ACTUAL PROBLEMS OF PRIVATE AND PUBLIC LAW”*, 4. Dedicated to the 93rd anniversary of the birth of the corresponding member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Academician of the International Personnel Academy, Honored Scientist of Ukraine, Doctor of Law, Professor O. Protsevskiy. Kharkiv: [s. n.], 2022. p. 444-446.

²³ PRITTWITZ, Cornelius. Purposes and functions of criminal procedure. *Brazilian Journal of Public Policies*, v. 13, n. 1, 2023. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.9091>. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/9091>.

²⁴ TEREOMETSKIY, V.; CHMELYUK, V.; MATSIUK, V.; GALAGAN, V.; UDOVENKO, Zh. Problem of ensuring the right to medical care of a detainee (detained in custody) within criminal proceedings: experience of Ukraine and foreign countries. *Georgian Medical News*, v. 11, n. 296, p. 154-160, 2019. Available at: <http://ekmair.ukma.edu.ua/handle/123456789/17776>

privates and a group of sergeant officers, and 2) civilians, men and women with children. Deserters and persons who voluntarily surrendered are singled out as separate groups.

The term of detention of a person without a decision of an investigating judge or court during martial law may not exceed 72 hours from the moment of detention, which is determined in accordance with the requirements of Article 209 of the CPC of Ukraine (Article 211(1) of the CPC of Ukraine) and is considered from the moment of actual detention of the person. It should be noted that in order to ensure the safety of the participants of the investigative (“search”) action, its efficiency under martial law, the legislator in paragraph 2 of point 1 of part 1 of Article 615 of the CPC of Ukraine provides for an exception to part 1 of Article 106 of the CPC of Ukraine regarding the preparation of a protocol by the investigator or prosecutor conducting the relevant procedural action during its conduct or immediately after its completion, and the possibility of technical recording by available technical means with the subsequent preparation of a protocol of the procedural action no later than 72 hours after its completion, in cases where it is not possible to draw up procedural documents on the course and results of investigative (“search”) actions or other procedural actions (in the context of the provision - directly during or immediately after their conduct)²⁵ The Criminal Court of Cassation of the Supreme Court in case No. 127/8962/20 of February 17, 2022, also noted that it would not be a violation of the CPC of Ukraine to draw up a detention report after its completion.²⁶

At the same time, if under martial law there is no objective possibility to bring a detained person before an investigating judge or court within the time limit provided for in Article 211 of the CPC of Ukraine, consideration of the request for a preventive measure against him or her is carried out using available technical means of video communication in order to ensure the remote participation of the detained person. In our opinion, the use of the term “objective opportunity” in this provision is an evaluative category and should be determined on a case-by-case basis, in accordance with the circumstances arising in the context of war, taking into account the location of the detainee, active hostilities, problems with transportation, threats to the life, health and safety of participants in criminal proceedings, etc. The question also arises regarding the impossibility of the defense counsel’s appearance to participate in this procedural action. In accordance with Article 615(12) of the CPC of Ukraine, in cases provided for by law, the defense counsel may also participate remotely with the use of technical means. It is clear that the inquirer, investigator, or prosecutor can ensure such participation of a defense counsel, but the detainee does not have the opportunity to communicate with him or her in confidence, which violates not only the rights of the detainee, but also raises the issue of the protection of attorney-client privilege. In addition, a lawyer is deprived of the opportunity to make sure that his client has not been subjected to psychological or physical coercion. It should be also noted that in order to normalize and ensure the effectiveness of the administration of justice under martial law, the court practice has taken the path of using technical means not provided for in the criminal procedure legislation of Ukraine, such as EasyCon, ZOOM, Skype, Viber, etc. during court hearings via video conferencing.²⁷

In addition, the legislative approach should be provided: if a detained person cannot be brought before an investigating judge or court within 72 hours to consider a request for a preventive measure or to ensure his/her remote participation during the consideration of the relevant request, such a person shall be immediately released²⁸. However, as it is correctly noted by Fomina T.H. and Rohalska, V.V. (2022, p. 38), currently

²⁵ HLOVIUK, I. V.; DROZDOV, O. M.; TETERIATNYK, H. K.; FOMINA, T. H.; ROHALSKA, V. V.; ZAVTUR, V. A. *Special regime of pre-trial investigation, trial in conditions of martial law*: scientific and practical commentary on Section IX-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. 3. ed. Dnipro: Lviv: Odesa: Kharkiv, 2022.

²⁶ DECISION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (17.02.2022), case No.127/8962/20. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103525237>.

²⁷ DECISION of the Kyiv District Court of Kharkiv (10.05.2022), case No. 953/3101/22, proceedings No. 1-кк/953/1766/22. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104474384>; DECISION of the Southern City Court of Odesa Region (09.06.2022), case No. 504/3733/19, proceedings No. 1-кк/519/12/22. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104681590>.

²⁸ UKRAINE. *Criminal Procedural Code of Ukraine (13 April 2012)*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>.

the CPC of Ukraine does not have a procedural order for such dismissal and does not specify the list of subjects authorized to implement it²⁹. The analysis of Articles 36, 40, 212, 206 of the CPC of Ukraine, Article 20 of the Law of Ukraine “On Pre-trial Detention”³⁰, and departmental regulations allows to conclude that this can be done at their decision: Investigating judge, prosecutor, investigator, official responsible for the stay of detainees, head of a pre-trial detention facility. However, in practice, under martial law, this rule is violated.

It should be recognized that the existence and application of the articles of the current Criminal Code of Ukraine should be considered separately, since its “... current stage is associated with the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine. Under its influence, the dynamics of domestic criminal law has undergone significant fluctuations (13 laws have been adopted), especially in terms of criminal liability for crimes against the foundations of Ukraine’s national security (the emergence of Articles 111¹ “Collaboration Activities”, 111² “Assistance to the Aggressor State”, etc.³¹. In view of the above, the problem that attracts attention is the procedure for detention of a person who has committed a criminal offense, because from the point of view of criminal law experts, this category includes certain “reformed” and constructed by the national legislator articles of the Criminal Code of Ukraine or their individual components (paragraphs, parts). According to some scholars, criminal liability for collaboration is already provided for (criminalized) as part of the crime of treason, and therefore the introduction of a new independent form of such an act, in their opinion, will lead to confusion and pose a risk of violating human rights and freedoms. It is emphasized that collaboration activities can take any of the forms of treason provided for in Article 111 of the Criminal Code of Ukraine and can be carried out in the military, administrative (managerial), economic and even domestic spheres. Nevertheless, criminal liability for the relevant activities will be imposed only for such acts that are intentional and cause significant damage to the sovereignty, territorial integrity and inviolability, defense capability, state, economic or information security of Ukraine or create a real threat of such damage.³² However, according to T. M. Lutskyi, this issue is controversial and requires some clarification. In particular, collaboration activities should be distinguished from high treason, although the wording of the objective party of high treason as a crime in the disposition of Article 111 of the CCU is quite general, so all the elements of the crime covered by Article 111¹ of the CCU committed by Ukrainian citizens may, at first glance, appear to be separate cases (sometimes as privileged elements) of high treason. The main difference is that the perpetrator commits collaborative acts already in the context of occupation or aggression. The following can be noted as signs for distinction: high treason is always committed by a citizen of Ukraine, while collaboration is not always (although the very concept of collaborationism logically applies primarily to citizens of Ukraine, however, as already noted, the corpus delicti provided for in Article 111¹ of the CCU itself are different: some of them, according to the disposition of the article, can be committed only by citizens of Ukraine, and some do not contain such an indication); high treason can be committed in favor of any state, as well as collaboration only in favor of the aggressor state³³. In our opinion, collaboration activities were conceptually correct, but not entirely successfully distinguished from high treason in criminal

²⁹ HLOVIUK, I. V.; DROZDOV, O. M.; TETTERIATNYK, H. K.; FOMINA, T. H.; ROHALSKA, V. V.; ZAVTUR, V. A. *Special regime of pre-trial investigation, trial in conditions of martial law: scientific and practical commentary on Section IX-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine*. 3. ed. Dnipro: Lviv: Odesa: Kharkiv, 2022.

³⁰ UKRAINE. *Law of Ukraine (30.06.1993) No. 3352-XII*. On pre-trial detention. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3352-12#Text>.

³¹ BALOBANOVA, D. O. The time component of the dynamics of criminal law of Ukraine in the conditions of armed aggression. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. Theory and practice of combating crime in modern conditions: materials of the International Scientific and Practical Conference (October 21)*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 28-31.

³² HOROBETS, Vitalii. Cooperation with enemy as forced behavior and strategy of survival. Military-historical meridian. *Electronic scientific professional journal*, v. 3, n. 21, p. 60, 2018.

³³ LUTSKYI, T.M. Problematic issues of qualification of collaboration activities in Ukraine. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. Theory and practice of combating crime in modern conditions: material. International scientific and practical conference (21 October)*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 215-219.

terms. In today's realities, it was time to construct such a separate provision, but not in the way we have it in the Criminal Code of Ukraine today. According to N. A. Orlovska, Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine is constructed in such a way that each of its parts sets out a separate form of realization of collaboration, i.e., it provides for 8 independent criminal offenses. The sanctions of the norms under consideration give grounds to believe that parts 1.2 of Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine are criminal offenses.³⁴ For example, the Unified State Register of Court Decisions currently contains 116 sentences for collaboration, of which 105 are under Article 111¹(1) of the Criminal Code of Ukraine.³⁵

The analysis of statistical data shows that during martial law, people are detained for collaboration, and it is logical that the procedural order provided for in Article 298² of the Criminal Procedure Code of Ukraine is applied as a criminal offense. We believe that in the criminal procedural framework, law enforcement agencies currently have no legal grounds to detain persons suspected of committing crimes that are not punishable by imprisonment in accordance with Article 208(1) of the CPC of Ukraine or to detain persons on the basis of a court order. The amendment of the CPC of Ukraine with Article 298² has caused a debate among scholars and practitioners, including on the issue of the legality of detaining a person for committing a criminal offense and the compliance of these regulatory provisions with Article 29 of the Constitution of Ukraine, which provides for the possibility to restrict a person's right to liberty and security of person only in case of committing a crime, but not a criminal offense. Thus, the CPC of Ukraine is improving and making progress in ensuring the proper functioning of criminal justice during martial law in the country. However, the institute of detention contains problems of law enforcement, certain legislative inconsistencies and contradictions that need to be resolved and procedurally regulated. Failure to resolve them, on the one hand, may lead to a violation of the rights and freedoms of a person, and on the other hand, is an obstacle to the full and predictable implementation of the provisions of the current CPC of Ukraine on detention of persons, including in conditions of martial law.

4 Conclusions

Thus, the legal restrictions on a person during detention arising from the detention regime are as significant as when a preventive measure in the form of detention is applied. This is an effective measure to ensure criminal proceedings, while unlawful detention inevitably encroaches on the constitutional and conventional rights of individuals, may well lead to their violation, and cause significant harm to their interests.

It has been proven that the concept of "detained person" in the current CPC of Ukraine is used not in relation to a single event, but in relation to various situations which may arise and/or continue on the grounds and in the manner prescribed by criminal procedural law. Detention of a person may be carried out both on the basis of the decision of the investigating judge and without it, if there are grounds and cases provided for by the CPC of Ukraine.

Foreign experience in regulating detention is important for Ukraine, first of all, in terms of improving the national criminal procedure legislation, as well as from the standpoint of the joint investigations that are currently being implemented (some of which are already being considered by the courts of Ukraine), as well as those that will be the subject of consideration by the International Criminal Court or other jurisdictions.

It has been stated that the Ukrainian legislator has established a new alternative ground for detention without a court order of an investigating judge or court of a person suspected of committing a crime under

³⁴ ORLOVSKA, N. A. Problems of Sanctions Formation Norms on Criminal Liability for Collaboration and Assistance to the Aggressor State. *In: CRIMINAL justice in Ukraine: realities and prospects: materials of the round table* (23 September). Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 60-65.

³⁵ THE UNIFIED State Register of Court Decisions. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/>.

martial law, when there are reasonable circumstances which give grounds to consider that a person suspected of committing a crime may escape with the aim of evading criminal liability. At the same time, answering the very topical question regarding the persons authorized to detain persons, we believe that, both in the context of criminal proceedings in the usual mode and in the context of the special regime of criminal proceedings under martial law, the detention of employees of the Ministry of Defense of Ukraine; military command and control bodies, formations, military units and subdivisions of the Armed Forces of Ukraine; military personnel, as well as employees of the State Border Guard Service of Ukraine should be considered as carried out by the appropriate authorized persons.

When answering the question whether detention of prisoners of war is possible, whether it is a temporary measure of restraint, and how the exchange of prisoners of war is implemented when it is used, we state that in these realities it is important to monitor the state of harmonization of a number of requirements of international documents, norms of Ukrainian legislation and international humanitarian law. In the context of the issues declared in this publication, detention situations should be viewed through the prism of the axiom that, according to international humanitarian law, prisoners of war have combatant immunity and their treatment should comply with all its components, but such protection does not apply to cases of war crimes. In these realities, they become participants in criminal proceedings with the status of a suspect and are endowed by the national CPC with all the rights and obligations of a suspect.

Considering detentions through the prism of the crucial issue of prosecution for collaboration, a number of material and procedural gaps and conflicts have been identified that can negate the titanic efforts made by practitioners to document this illegal phenomenon and, of course, prevent it. We agreed that collaboration was conceptually correct, but not entirely well distinguished from high treason in criminal terms. There is no justification for the conceptual approach of classifying certain components of collaboration (the sanctions of the provisions under consideration give grounds to believe that these are parts 1 and 2 of Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine) as criminal offenses. This leads to a consequent problem, that is the possibility of detaining a person for committing it and the duration of its period, which has not been resolved by either the legislator or the Supreme Court.

References

- ABLAMSKYI, S. Ye. Theoretical and applied aspects of protecting the rights of a detainee suspected of committing a crime. *Legea și viața*, v. 3/2, n. 291, p. 2-6, 2016. Available at: <https://univd.edu.ua/science-issue/issue/84>.
- ABLAMSKYI, S. Ye.; ANSARI, F. A.; NOSACH, A. V. Evaluating the current state of realization of victims' rights in the criminal process: an explanation under ukrainian and indian criminal procedure CODES. *Novum Jus*, v. 2, n. 16, p. 23-48, 2022. Available at: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.2>.
- ABLAMSKYI, S.; HLOBENKO, H.; CHYCHA, R.; MARTOVYTSKA, O.; BURLAKA, I. Ensuring Protection of the Rights of the Aggrieved Person in Criminal Proceedings through the Prism of Requirements of International Law Acts. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory*, v. 23, n. 1, p. 1-7, 2020. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/Ensuring-protection-of-the-rights-of-the-aggrieved-person-1544-0044-25-SI-540.pdf>.
- BALOBANOVA, D. O. The time component of the dynamics of criminal law of Ukraine in the conditions of armed aggression. In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. *Theory and practice of combating crime in modern conditions*: materials of the International Scientific and Practical Conference (October 21). Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 28-31.

BASYSTA, Iryna. On certain aspects of realization of the notion “detained person”. *Social & Legal Studies*, v. 1, n. 11, p. 12–20, 2021. DOI: 10.32518/2617-4162-2021-1-12-20.

BASYSTA, Iryna. Ways to improve criminal procedural legislation to level the problems that arise during the detention and search of a person. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. Theory and practice of combating crime in modern conditions: materials of the International Scientific and Practical Conference (6 November)*. Lviv: LvSUIA, 2020.

DECISION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (16.02.2021), case No. 204/6541/16-к. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95533196>.

DECISION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (17.02.2022), case No.127/8962/20. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103525237>.

DECISION of the Kyiv District Court of Kharkiv (10.05.2022), case No. 953/3101/22, proceedings No. 1-кк/953/1766/22. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104474384>.

DECISION of the Southern City Court of Odesa Region (09.06.2022), case No. 504/3733/19, proceedings No. 1-кп/519/12/22. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104681590>.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950)*. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.

FOMINA, T. H. Cancellation of a preventive measure in connection with the adoption by an authorized body of a decision on the transfer of a suspect, an accused person for exchange as a prisoner of war: procedural order and problematic issues. *Bulletin of Kharkiv National University of Internal Affairs*, v. 3, n. 98, p. 194-205, 2022. DOI: <https://doi.org/10.32631/v.2022.3.18>.

FRENCH. *Criminal Procedure Code of the French Republic*. Available at: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/fra/2006/code_of_criminal_procedure_en_html/France_Code_of_criminal_procedure_EN.pdf.

GERMAN. Federal Ministry of Justice. *German Code of Criminal Procedure*. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1155.

HAMALYI, Iryna. The Office of the Prosecutor General has notified 176 Russian servicemen of suspicion of committing war crimes in Ukraine. *LB.UA*, 2022. Available at: https://lb.ua/society/2022/10/05/531572_pro_pidozru_vchinenni_voiennih.html.

HLOVIUK, I. V.; DROZDOV, O. M.; TETERIATNYK, H. K.; FOMINA, T. H.; ROHALSKA, V. V.; ZAVTUR, V. A. *Special regime of pre-trial investigation, trial in conditions of martial law: scientific and practical commentary on Section IX-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine*. 3. ed. Dnipro: Lviv: Odesa: Kharkiv, 2022.

HLOVIUK, I. V.; TETERIATNYK, H. K. The issue of regulation of the due process of law of the criminal procedure for the exchange of prisoners of war. *Juridical scientific and electronic journal*, v. 8, p. 478-483, 2022. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-8/109>.

HOROBETS, Vitalii. Cooperation with enemy as forced behavior and strategy of survival. Military-historical meridian. *Electronic scientific professional journal*, v. 3, n. 21, p. 56–74, 2018.

LEBID, Vitaliia. What should be the special justice for crimes against the Ukrainian people? *Law and Business*, 2022. Available at: <https://zib.com.ua/ua/151148.html>.

LETTER of the Prosecutor General’s Office (17.08.2020) No. 13/4-565ВНХ-328ОКВ-20. On compliance with the requirements on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Criminal Procedure Code of Ukraine during the detention of a person.

LUTSKYI, T.M. Problematic issues of qualification of collaboration activities in Ukraine. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE. Theory and practice of combating crime in modern conditions: material. International scientific and practical conference (21 October). Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 215-219.*

ORLOVSKA, N. A. Problems of Sanctions Formation Norms on Criminal Liability for Collaboration and Assistance to the Aggressor State. *In: CRIMINAL justice in Ukraine: realities and prospects: materials of the round table (23 September). Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. p. 60-65.*

PASHKOVSKYI, M. I. On the Collision of the Institution of Prisoners of War and Other Persons Exchange during Armed Conflict with the Obligations of Criminal Prosecution and Punishment of Persons Guilty of International Crimes. *In: INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE "ACTUAL PROBLEMS OF PRIVATE AND PUBLIC LAW", 4. Dedicated to the 93rd anniversary of the birth of the corresponding member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Academician of the International Personnel Academy, Honored Scientist of Ukraine, Doctor of Law, Professor O. Protsevskyi. Kharkiv: [s. n.], 2022. p. 444-446.*

PRITZWITZ, Cornelius. Purposes and functions of criminal procedure. *Brazilian Journal of Public Policies*, v. 13, n. 1, 2023. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.9091>. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/9091>.

RESOLUTION of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (16.02.2021), case No.204/6541/16-к. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95533196>.

RESOLUTION of the panel of judges of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (January 21, 2020), case No. 756/8425/17, proceeding № 51-859кМ19. Available at: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87053575>.

TEREMETSKYI, V.; CHMELYUK, V.; MATSIUK, V.; GALAGAN, V.; UDOVENKO, Zh. Problem of ensuring the right to medical care of a detainee (detained in custody) within criminal proceedings: experience of Ukraine and foreign countries. *Georgian Medical News*, v. 11, n. 296, p. 154–160, 2019. Available at: <http://ekmair.ukma.edu.ua/handle/123456789/17776>.

TETERIATNYK, Hanna. Some Issues of Legal Regulation of Criminal Proceedings in the Conditions of Emergency Legal Regimes. *Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Ser. Jurisprudence*, v. 48, p. 98, 2020.

THE UNIFIED State Register of Court Decisions. Available at: <https://reyestr.court.gov.ua/>.

UDOVENKO, Zhanna. The right of the suspect to show the indication as a protective guarantee to protect its rights and legitimate interests after detention. *Juridical Scientific and Electronic Journal*, v. 1, p. 211-214, 2018. Available at: http://lsej.org.ua/1_2018/58.pdf.

UKRAINE. *Criminal Procedural Code of Ukraine (13 April 2012)*. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?lang=en#Text>.

UKRAINE. *Law of Ukraine (14.04.2022) No. 2201-IX*. On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine on Improving the Procedure for Conducting Criminal Proceedings under Martial Law. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2201-20#Text>.

UKRAINE. *Law of Ukraine (30.06.1993) No. 3352-XII*. On pre-trial detention. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3352-12#Text>.

UKRAINE. *Law of Ukraine (July 2, 2015) No. 580-VIII*. On the National Police. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>.

UKRAINE. *Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine (05.04.2022) No. 413*. On the procedure for the detention of prisoners of war. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/413-2022-%D0%BF#n23>.

WAR crimes in Russia: police have opened more than 36,000 criminal proceedings. INTERNET UA, 6.10.2022. Available at: <https://internetua.com/voyenni-zlocsini-ri-policiya-rozpocsala-ponad-36-tisyacs-kriminalnih-provadjen>.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

