

# REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

NO.12.2



DEZEMBRO 2023

337 P.



Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de  
Londrina

# **Revista de Direito Público**

## da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

---

Vol. 12, Nº 2, Dezembro 2023  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 12 – Nº 2	p. 337	Dezembro 2023
------------------	----------	--------------	--------	---------------



Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de  
Londrina

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral  
do Município de Londrina

---

## Conselho Editorial

Carlos Renato Cunha (Coordenador)  
João Luiz Martins Esteves  
Vinícius Caleffi de Moraes  
Rafael Diogo Diógenes Lemos  
Renato Cavalcante Calixto

As opiniões emitidas nos artigos são de  
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina e da Associação dos  
Procuradores Municipais de Londrina –  
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: revista@aprolon.com.br

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de  
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina, - v.12, n.2, (Dez, 2023) – Londrina, 2024.

Anual

ISSN: 2317-4188 ( on-line)

Disponível em: <<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do  
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON e Cíntia Bocchi Sonoda  
Publicação: jan. 2024

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON  
Av. Madre Leônia Milito, 1170  
Apto 201 - Londrina-PR  
CEP 86.050-270  
aprolon@aprolon.com.br  
www.aprolon.com.br

Procuradoria-Geral do Município de Londrina  
Av. Duque de Caxias, 635,  
Prefeitura Municipal - Centro Cívico  
Bairro Petrópolis - Londrina-PR  
CEP 86.015-901  
(43) 3372-4305  
www.londrina.pr.gov.br



## Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

**Procurador-Geral do Município**  
João Luiz Martins Esteves

**Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso**  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria**  
Renata Kawasaki Siqueira

**Corregedor-Geral do Município**  
Jefferson Bento Costa

**Diretor Executivo do Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-Ld**  
Thiago Mota Romero

**Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP**  
Ronaldo Gusmão

**Gerente de Serviços Públicos - GSP**  
Vinícius Caleffi de Moraes

**Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA**  
Esthevam Lermen Eidt

**Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN**  
Marcelo Moreira Candeloro

**Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT**  
Carlos Renato Cunha

**Gerente de Execução Fiscal – GEF**  
Renato Cavalcante Calixto

**Gerente de Licitações e Contratos – GLC**  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Diretor Técnico Orçamentário e Financeiro**  
Bruno Melanda Mendes

**Diretora Técnica Administrativa**  
Aline Cássia Diana

Os cargos até aqui nominados são os que compõem o Conselho Superior da PGM-Londrina.



Assessora-Técnica Administrativa de Gabinete – ATAG  
Cíntia Bocchi Sonoda

Assessor-Técnico das Procuradorias-Gerais Adjuntas – ATPGA  
Lucas Ferreira Santana

Assessor Técnico de Análise do Ambiente Urbano – ATAU  
Cesar Ricardo Benini

Gerente de Cálculos – GCALC  
Marcello Alessandro Pessa Miranda Lima

Coordenadora Técnico-Administrativa de Cálculos – CTACALC  
Jaqueline Claudino da Silva

Coordenadora de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab  
Karen Lumi Nakano da Luz

Coordenador Técnico Orçamentário e Financeiro – CTOF  
João Paulo Santiago

Coordenadora de Apoio à Gestão de Pessoas – CAGP  
Fabiana Akemi Ueda

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GAFT  
Danielle Cristina Marin de Carvalho

Coordenadora de Análise de RPVs e Precatórios - CARP  
Queila Justo de Oliveira

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GPPUMA  
Daniela da Rocha

Coordenador Técnico-Administrativo – CTA GPPUMA  
Régis Issao Matsuo

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GLC  
Ana Paula Modena

Coordenador Técnico-Jurídico – CTJ GSP  
Bruno Aparecido Camilo

Coordenadora de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF  
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF  
Amanda Maia Fracaroli

Coordenador de Apoio Administrativo de Grandes Devedores e Habilitação de Crédito – CGD  
João Paulo Sacchetto



Coordenador Técnico-Jurídico – CTJ GEF  
Renan Willian Barbosa Paulino

Coordenadora de Apoio ao Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - CSAMJT  
Bárbara Maria Moraes da Luz





**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON**

**Presidente**

Marcelo Moreira Candeloro

**Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)**

Fábio César Teixeira

**Diretora Administrativa**

Lia Correia

**Diretor Financeira**

Leonardo Martin Garcia

**Diretor de Comunicação**

Sergio Corrêa

**Diretor de Eventos**

Ronaldo Gusmão

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

Rafael Diogo Diógenes Lemos

**Conselho Fiscal**

Vinícius Caleffi de Moraes

Sabrina Favero Rezende

Thaís Ferraz Martin Robles



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
<b>ARTIGOS</b>	
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: DO VÍCIO DE ARGUMENTAÇÃO AO VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO <i>João Paulo Kulczynski Forster</i> <i>Camila Mousquer Buralde</i> <i>José Eduardo Aidikaitis Previdelli.....</i>	13
O DOMÍNIO ECONÔMICO E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA TRIBUTÁRIA <i>Marcos Egg Freire</i> <i>Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel.....</i>	31
O DISPUTE ADJUDICATION BOARD EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO <i>Randal Juliano Espanhol</i> <i>Patricia Ayub da Costa</i> <i>Nathalia Dalbianco.....</i>	55
AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO <i>Juliano Lira Guimarães</i> <i>João Hélio Coutinho.....</i>	75
INADEQUAÇÃO DOS AUMENTOS LEGISLATIVOS DAS PENAS NOS CRIMES LICITATÓRIOS <i>Luiz Henrique Urquhart Cademartori</i> <i>Paôla Farina.....</i>	99
RESIDUOS SÓLIDOS Y SU RELACIÓN DIRECTA COM LA CONTAMINACIÓN DE RÍOS <i>Johnatan Abril Huérfano</i> <i>Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho.....</i>	111
COMPARATIVO DAS IDEIAS DOUTRINÁRIAS DE ARISTÓTELES COM A TUTELA RESPONSÁVEL DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO <i>Ana Paula da Silva Nascimento</i> <i>Bianor Saraiva Nogueira Júnior</i> <i>Mauro Braga.....</i>	123
PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS: EL RIESGO DEL FENÓMENO IUS-EPISTEMOLÓGICO DEL CONFINAMIENTO PARA EL DERECHO (UM ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA) <i>Flávio Pierobon</i> <i>Lucero Ríos Tovar.....</i>	137
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA <i>Marcos Vinicius Macedo Santos</i>	

<i>Tarsis Barreto Oliveira</i> .....	155
ACESSO À JUSTIÇA E AS NOVAS TECNOLOGIAS: O USO DE ONLINE DISPUTE RESOLUTION NO CONTEXTO BRASILEIRO <i>Flávia Osmarin Tosti Menegon</i> <i>Luiz Fernando Bellinetti</i> .....	179
IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF), CÂMBIO E CRIPTOMOEDAS <i>Luiz Henrique Nicolau</i> <i>Thiago Dalsenter</i> .....	197
DESAFIOS DA VALIDADE NA CONTRATAÇÃO DIGITAL: REFLEXÕES PARA A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO <i>Daniel Marinho Corrêa</i> <i>Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador</i> <i>Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral</i> .....	221
O PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO INOVADOR <i>Renata Capriolli Zocatelli Queiroz</i> <i>Davi Mancebo Coutinho Fernandes</i> <i>Pedro Ricetto</i> .....	237
LEI GERAL DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL DE LONDRINA-PR (LEI 13339/2022) SOB O ENFOQUE JURÍDICO-LINGUÍSTICO E DA CRÍTICA GENÉTICA: DOCUMENTOS DE PROCESSO <i>Nelia Edna Miranda Batisti</i> <i>Edina Regina Pugas Panichi</i> .....	255
ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E PODER JUDICIÁRIO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE 4.0 <i>Marina Grothge de Lima</i> <i>Jéssica Fachin</i> .....	283
A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA AUTOMAÇÃO DA ELABORAÇÃO DE MINUTAS PELO SISTEMA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SIGMA <i>Aléxia Marinotti</i> <i>Zulmar Fachin</i> .....	299
<b>PARECERES</b>	
POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DE CONTRATO EMERGENCIAL ALÉM DO LIMITE LEGAL <i>Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho</i> .....	317
POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE FUNDO VINCULADO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - LONDRINA ILUMINAÇÃO <i>Carlos Renato Cunha</i> .....	331

## EDITORIAL

Chegamos ao 2º volume da 12ª Edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina com artigos e pareceres de relevância dos profissionais que integram o corpo jurídico da PGM - Londrina, bem como de outros colegas profissionais de outras localidades e acadêmicos, referente a Dezembro de 2023.

É muito gratificante chegar a mais um volume com um trabalho consistente e relevante, que tem aumentado sua abrangência e impacto, culminando na avaliação do periódico com Qualis B1 da CAPES, no final de 2022.

Como nas edições anteriores, os artigos e pareceres ora veiculados são de diversas áreas do direito e podem contribuir para o estudo e melhor compreensão dos temas propostos.

Novamente, nossos agradecimentos aos que contribuíram com seus trabalhos, e aos que se dedicam na organização da Revista.

Boa leitura a todos.

Londrina-PR  
Janeiro de 2024.

**João Luiz Martins Esteves**  
Procurador-Geral do Município

**Carlos Renato Cunha**  
Coordenador da Revista

**Marcelo Moreira Candeloro**  
Presidente da APROLON

**Rafael Diogo Diógenes Lemos**  
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON



## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: DO VÍCIO DE ARGUMENTAÇÃO AO VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO<sup>1</sup>

### *MOTION FOR CLARIFICATION: FROM THE DEFECT OF ARGUMENTATION TO THE DEFECT OF MOTIVATION*

João Paulo Kulczynski Forster<sup>2</sup>

Camila Mousquer Buralde<sup>3</sup>

José Eduardo Aidikaitis Previdelli<sup>4</sup>

**Resumo:** Do sistema recursal previsto no vigente Código de Processo Civil, emerge especial atenção aos Embargos de Declaração, considerando a sua importante função de sanar os provimentos judiciais, integrando a decisão proferida e permitindo a sua manutenção em substituição à eventual anulação. Todavia, a prática jurídica tem demonstrado recorrentes vícios tanto de argumentação, quando da interposição do recurso, como de fundamentação, quando de seu julgamento pelo órgão judicial, fragilizando o recurso em questão pelo esvaziamento de sua natureza precípua. A presente pesquisa volta-se, portanto, ao estudo dos embargos de declaração, partindo de sua análise da natureza jurídica do recurso, sua matriz constitucional e hipóteses de cabimento. Definidas as bases conceituais do recurso em tela, o artigo busca formular a necessidade da correta argumentação na formulação da peça recursal, apontando os vícios de argumentação que resultam no seu manejo inadequado e possível inépcia ao fim colimado. Ao fim, tomando por base o direito humano processual à fundamentação das decisões judiciais, são examinados os vícios de fundamentação que se apresentam como julgamento inadequado do recurso e que autorizam, sucessivamente, a interposição de novos embargos de declaração ou o reconhecimento de nulidade da decisão com lastro no artigo 489, § 1º do CPC. O artigo foi elaborado por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria, além da análise de julgados dos Tribunais nacionais utilizando-se, essencialmente, o método indutivo com a finalidade de

---

<sup>1</sup> Recebido em: 31/10/2023. Aprovado em: 21/11/2023.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Professor universitário na Graduação em Direito desde 2012. Professor convidado em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu (FMP, PUCRS, UNISINOS). Capacitação em Negociação pelo Programa de Negociação (PON) da Universidade de Harvard. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Palestrante. Autor de artigos e livros em Processo Civil. E-mail: joao@forsteradvogados.com.br

<sup>3</sup> Mestra em Direitos Humanos. Professora do curso de Graduação em Direito e Pós-graduação. Pós-graduada em Direito Imobiliário e Registros Públicos e Direito Processual Civil. Graduada em. Exerceu os cargos de Procuradora-Geral, Procuradora Adjunta e Diretora Jurídica junto à Procuradoria-Geral do Município de Canoas. Desenvolve pesquisa na área dos Direitos Humanos Processuais. Advoga nas áreas de Direito Civil e Direito Administrativo. E-mail: camila.mousquer@gmail.com

<sup>4</sup> Mestre em Direitos Humanos, com voto de louvor. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Formação Pedagógica de Professores. Pós-graduado em Direito Público. Pós-graduado em Tutela Coletiva e Direitos Difusos. Professor nos cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público. Autor de artigos e livros em Processo Civil. Assessor de Desembargador do TJRS. E-mail: edprevidelli@gmail.com

confirmar a hipótese lançada. O estudo possibilita aferir que os embargos de declaração têm suportando verdadeiro esvaziamento de sua utilidade, em razão dos reiterados vícios na argumentação apresentada quando da interposição e na fundamentação da decisão que os analisa.

**Palavras chave:** embargos de declaração; vícios; argumentação; fundamentação

**Abstract:** From the appeal system provided for in the current Code of Civil Procedure, special attention emerges to the Motion for Clarification, considering its important function of remedying judicial provisions, integrating the decision and allowing its maintenance in place of a possible annulment. However, legal practice has demonstrated recurring defects both in argumentation, when the appeal is filed, and in reasoning, when it is judged, weakening the appeal in question by depriving it of its essential nature. This research therefore focuses on the study of motion for clarification, starting from its analysis of the legal nature of the appeal, its constitutional matrix and filing hypotheses. Having defined the conceptual bases of the appeal in question, the article seeks to formulate the need for correct argumentation in the formulation of the appeal, pointing out the errors in the argumentation that result in its inadequate handling and possible ineptitude at the end. In the end, based on the procedural human right to justify judicial decisions, defects in the reasoning are examined, which present themselves as an inadequate judgment of the appeal and which successively authorize the filing of a new motion for clarification or the recognition of the nullity of the decision. The article was prepared through a review of national and foreign bibliography on the subject, in addition to the analysis of judgments from national courts using, essentially, the inductive method with the purpose of confirming the hypothesis put forward. The study makes it possible to verify that the motion for clarification has suffered a true loss of their usefulness, due to the repeated defects in the arguments presented when filing and in the justification of the decision that analyzes them.

**Keywords:** motion for clarification; defects; argumentation; motivation.

## INTRODUÇÃO

Os embargos de declaração se apresentam com recurso integrativo de especial valia para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, sanando eventuais vícios nas decisões proferidas pelo mesmo órgão prolator daquelas. Todavia, a prática jurídica tem demonstrado reiterado descaso com o referido instrumento processual disponibilizado pela legislação vigente.

Efetivamente, são percebidos diversos vícios na interposição do recurso, desde a utilização inadequada dos aclaratórios, fora as hipóteses legais previstas, até a ausência de argumentação adequada para aferir efetiva necessidade de integração da decisão embargada. Por outro

lado, igualmente prejudicial, é a constatação de vícios de fundamentação que ensejam decisões nulas em razão de tais deficiência.

A proposta apresentada neste artigo é, primeiramente, compreender o recurso de embargos de declaração previsto no art. 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil para, após, analisar os vícios de argumentação e de fundamentação que resultam no esvaziamento deste instrumento processual.

Para tal finalidade, o trabalho encontra-se dividido em três partes. Inicialmente, revisitamos as noções conceituais dos embargos de declaração, com a análise da natureza jurídica do recurso, sua matriz constitucional e hipóteses de cabimento daqueles. Em seguida, analisamos os vícios de argumentação na interposição do recurso, que resultam no seu manejo inadequado. Finalmente, tomando por base o direito humano processual à fundamentação das decisões judiciais, examinamos os vícios de fundamentação que se apresentam como julgamento inadequado do recurso.

Na perspectiva metodológica, destaca-se o uso do método hermenêutico mediante análise qualitativa sobre material empírico decorrente de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre o tema.

## 1. (RE)DESCOBRINDO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O objetivo do presente capítulo é demonstrar a convergência do recurso de embargos de declaração com as garantias e princípios constitucionais do devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição e motivação das decisões judiciais, para conferir a devida importância a este recurso pouco valorizado no sistema processual.

Sua função, muitas vezes indesejável, de perenizar decisões judiciais, não pode diminuir seu valor, já que a busca por um julgamento justo passa pela clareza e completude das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Entretanto, o abuso identificado pela sua utilização não é tolerado pelo legislador e tão pouco, pelos Tribunais. Evidenciando uma preocupação com a celeridade processual. A definição conceitual do tema, a identificação de sua matriz constitucional assim como, analisar seu cabimento e efeitos é o que se busca na parte inicial deste estudo.

### 1.1. Definição, natureza jurídica e matriz constitucional dos embargos de declaração

O recurso de Embargos de Declaração – adotamos neste trabalho o entendimento da doutrina majoritária e da legislação, que confere natureza recursal aos embargos - foi inserido em

nosso diploma processual por influência do Direito Português<sup>5</sup>, onde teve sua origem, ao menos é o que aponta a mais qualificada doutrina<sup>6</sup>. E sobre esta autoridade passou a integrar o rol de recursos do sistema processual brasileiro.

Plácido e Silva, em seu livro Vocabulário Jurídico, conceitua os Embargos de Declaração como “expressão usada para indicar o recurso judicial, utilizado por uma pessoa, seja ou não parte no feito, para se opor aos efeitos do despacho ou da sentença proferida em uma demanda, mesmo na fase inicial à fase executória”. (2010, p. 143).

O professor Ovídio Batista refere que se trata de um “instrumento de que a parte se vale para pedir ao magistrado prolator de uma dada sentença que a esclareça, em seus pontos obscuros, ou a complete, quando omissa, ou, finalmente, que lhe repare ou elimine eventuais contradições que porventura contenha”. (2008, p. 349).

José Carlos Barbosa Moreira conceitua embargos de declaração como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”. (1998, p.231).

Para o Código de Processo Civil, será cabível os Embargos de Declaração “contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material”.

Ao fim e ao cabo, podemos afirmar que os Embargos de Declaração, em nosso sistema processual civil, têm o efeito de diferir o momento da formação da coisa julgada. Passado aí a entender seu fundamento de existência estar umbilicalmente ligado à Constituição Federal. (Alvim. 2021, RB-2.1)

Superada a conceituação do instituto, passamos a analisar sua natureza jurídica. Para a doutrina mais ilustre os embargos de declaração se qualifica como uma modalidade recursal, que corrobora com a positividade normativa do Código de Processo Civil que arrolou os embargos como modalidade recursal, indicado no artigo 994<sup>7</sup>.

Para Luís Eduardo Simardi Fernandes:

[...] aqueles que rejeitam a natureza recursal dos embargos de declaração o fazem sob o argumento de que não se está diante de um meio pelo qual se requer a reforma da decisão judicial impugnada, como se dá nos diversos recursos previstos em nosso ordenamento, mas sim ante remédio pelo qual apenas se pede seja afastada a omissão, a obscuridade, a contradição ou o erro material. (2020, RB-3.1)

O ponto principal da divergência encontra respaldo nos requisitos de seu cabimento e, por consequência nos seus efeitos. Visto que, na regra, não objetiva a modificação da

---

<sup>5</sup> Para Moacyr Lobo da Costa os embargos sugeriam como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, sem haver qualquer antecedente conhecido histórico, seja romano, germânico ou canônico. (COSTA. 1973. p.09-12)

<sup>6</sup> Araken de Assis, Moacyr Lobo da Costa, Teresa Arruda Alvim José Rogério Crus e Tucci, Luiz Carlos de. Azevedo, Luís Eduardo Simardi Fernandes, dentre outros.

<sup>7</sup> Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: [...] IV - embargos de declaração;

decisão embargada, mas sim o esclarecimento de uma oposição<sup>8</sup>. Porém, quando esta oposição for aclarada, temos “a função reformadora” da decisão primária, o que nos leva a crer que sua natureza pode ser considerada como recursal. (Fernandes, 2020, RB-3.1)

Esta possibilidade de reforma advém do efeito devolutivo, ínsito a todos os recursos, e que nos embargos, esclarece Teresa Arruda Alvim<sup>9</sup>:

[...] se entende este efeito como aquele em decorrência do qual é devolvida a questão decidida para o Judiciário, para que este confirme ou infirme a decisão que àquela se deu, não importando, para fins de se saber se houve ou não efeito devolutivo, a que órgão do Poder Judiciário tenha sido devolvida a matéria. (2021, RB-5.1)

O questionamento acerca da presença do efeito devolutivo nos embargos serve de justificativa, para pequena parte da doutrina, enquadrar os embargos na categoria de incidente. Todavia, se deve levar em conta que tal efeito não se apresenta apenas nos casos em que a decisão é devolvida para apreciação de órgão hierárquico, mas sempre que for encaminhada a apreciação ao Poder Judiciário. (Fernandes, 2020, RB-3.1)

Outra característica dos embargos a justificar sua natureza jurídica recursal, está na possibilidade de agregar efeito infringente ao recurso pelo magistrado quando identificar que seu provimento poderá produzir modificação substancial da decisão, conforme previsão do artigo 1.023, §2º, do CPC:

Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

[...]

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

Para além do efeito devolutivo e infringente, podemos citar outros como o suspensivo, interruptivo e o ratificativo<sup>10</sup>, que fundamenta a presença dos Embargos de Declaração na categoria de recurso. (Alvim, 2021, RB-5.5)

No ponto, o Código de Processo Civil coloca uma pá de cal na questão, quando indica no artigo 994 os recursos cabíveis ao procedimento civil, e nomina os embargos de declaração, reconhecendo sua natureza jurídica recursal.

---

<sup>8</sup> Autores como Sergio Bermudes, Antonio Cláudio da Costa Machado, Reis Friede, entre outros, rejeitam sua natureza recursal.

<sup>9</sup> Sobre efeito devolutivo dos recursos: “A devolução, ou efeito devolutivo, é essencial aos recursos. Consiste, segundo a definição mais comum, o efeito devolutivo, na devolução da matéria impugnada, para que seja reexaminada pelo Poder Judiciário, por um Tribunal ou órgão diferente daquele que proferiu a decisão, ou pelo próprio órgão, como ocorre com os embargos de declaração. No caso do reexame necessário, a devolução é integral, sem interferência da parte “beneficiária” desse duplo exame, ou, do bem jurídico que, objetivamente, demande duplo exame. Não é nesse sentido, mais restrito, que afirmamos ser a devolutividade conatural aos recursos, já que a remessa necessária não é recurso, mas condição para que a decisão transite em julgado”. (Alvim, 2021, RB-5.1).

<sup>10</sup> Súmula 579 do Superior Tribunal de Justiça: “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.”

Em que pese à existência de divergências sobre sua origem e até mesmo sua natureza jurídica, sua matriz constitucional é inquestionável e a garantia do devido processo legal é o alicerce desta afirmação. Pois, inegável a preocupação do legislador ao inserir no CPC de 2015 “um ambiente fortemente constitucionalizado”. (Alvim, 2021, RB-1.1).

O artigo 5º, LV da Constituição Federal, ao tratar do devido processo legal elevou os recursos à categoria constitucional, considerando indispensável sua observância “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (CF. 1988).

Outros dois princípios devem ser agregados ao presente estudo para consolidar a matriz constitucional evidente do recurso de embargos de declaração, a saber: inafastabilidade da jurisdição e motivação das decisões judiciais. Ambos atestam a necessidade de fundamentar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como forma de garantir um efetivo acesso à justiça. (ALVIM. 2021, RB-1.1)

## 1.2. Cabimento e efeitos dos embargos de declaração

Inegáveis as inovações trazidas pelo CPC de 2015, no que tange as hipóteses de cabimento dos embargos, para além da omissão, contradição e obscuridade anteriormente previstas. Todavia, “salta aos olhos a impossibilidade de se preverem, de forma expressa, todas as hipóteses que deveriam poder ensejar cabimento dos Embargos de Declaração, o que acaba resultando numa certa permissividade da jurisprudência [...]”. (Alvim, 2021, RB-4.1).

Carlos Roberto Barbosa lamenta a falta de “ousadia” do legislador para “inserir mais um inciso no art. 1.022, cuja fórmula fosse capaz de abrigar outras hipóteses merecedoras de correção célere, pelo próprio órgão prolator da decisão embargada. No ponto, o NCPC nasceu desatualizado”. (2019, p.3)

Diferentemente dos recursos de fundamentação livre – apelação e agravo de instrumento -, os embargos tem sua fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.022. Assim, no caso de o embargante opor vícios não previstos no artigo de referência, seu recurso não será conhecido e conseqüentemente não será provido.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Primeiramente, cabe referir que caberá embargos “contra qualquer decisão judicial”, em qualquer instância, para que juiz, desembargador ou ministro, se manifeste sobre a omissão, esclareça a questão que ficou obscura ou corrija a contradição ou o erro material apontado.<sup>11</sup>

As hipóteses de omissão e contradição são costumeiramente conhecidas. Porém vale referir o disposto no inciso II do parágrafo único, que considera omissa a decisão que não atentar ao disposto no §1º do artigo 489. Considerada como elemento essencial de qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário, a falta de fundamentação é hipótese de cabimento de embargos por omissão.

A contradição “se confunde com a incoerência interna da decisão, com a coexistência de elementos racionalmente inconciliáveis”. (Alvim, 2021, RB-4.1). Está presente quando o magistrado fundamenta seu raciocínio numa direção, mas acaba por decidir de forma oposta.

Antonio Carlos Araújo Cintra, ao explicar a obscuridade refere:

Pode-se admitir que a obscuridade da sentença decorra apenas de defeito na expressão do pensamento do juiz. Muitas vezes, porém, a obscuridade da sentença procede da incompleta formação do convencimento do juiz a respeito das questões de fato ou de direito submetidas à sua apreciação. Vale dizer, a dúvida provocada pela obscuridade da sentença refletirá apenas a dúvida que permanece no próprio espírito do juiz que a prolatou. Se o pensamento do magistrado hesita quanto à melhor solução a dar a uma determinada questão, a expressão do seu pensamento tende a refletir a sua vacilação. (1985, p.15).

O erro material é corrigível de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo. Não havendo impedimentos que o erro material seja suscitado por simples petição, ou até mesmo através de embargos de declaração<sup>12</sup>. É possível pensar, inclusive, que referida oposição veiculada através de embargos de declaração interpostos intempestivamente, seja conhecida e o vício seja sanado. (Alvim, 2021, RB-4.1).

Tema espinhoso referente ao recurso de embargos, diz respeito à aplicabilidade do princípio da duração razoável do processo, a justificar que o julgador, de ofício, possa condenar a parte

---

<sup>11</sup>“Os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (art. 1.022 do CPC/2015)” (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.629.580/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, T2 – Segunda Turma, DJe 01/12/2017)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022). 2. No caso, os aclaratórios merecem acolhimento para, corrigindo erro material, majorar os honorários advocatícios devidos ao embargante a partir do percentual efetivamente fixado pelas instâncias ordinárias. 3. Embargos de declaração acolhidos, para sanar erro material”. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1528378/CE, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 04.05.2020, DJe 18.05.2020).

<sup>12</sup> “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022). 2. No caso, os aclaratórios merecem acolhimento para, corrigindo erro material, majorar os honorários advocatícios devidos ao embargante a partir do percentual efetivamente fixado pelas instâncias ordinárias. 3. Embargos de declaração acolhidos, para sanar erro material”. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1528378/CE, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 04.05.2020, DJe 18.05.2020).

ao pagamento de multa, em reprimenda ao recurso de embargos considerado protelatório<sup>13</sup>, com o fito de impedir sua oposição infinita. (Pinho, 2023, p. 619).

O artigo 1.026, §2º refere que os embargos serão considerados protelatórios “Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.”.

A previsão legislativa não indica quais as situações podem gerar sua aplicação, deixando para a jurisprudência a definição no caso concreto. Nessa esteira, o STJ já decidiu que será considerado protelatório o recurso de embargos quando buscar rediscutir matéria da apreciada e decida pela Corte de origem que esteja em conformidade com súmula do STJ e do STF<sup>14</sup>. No que tange a multa, poderá ser cumulada com o disposto no artigo 80, VII e 81, §º do CPC, sem perder seu caráter de sanção administrativa<sup>15</sup>.

Por fim, mas não menos importante, em consonância com a norma processual o STJ admite o cabimento de embargos com efeitos modificativos, nos casos em que efetivamente houver a possibilidade de modificação do julgado “quando verificado que o Juiz ou Tribunal julgou a demanda com base em premissa equivocada, ou incorreu em omissão, contradição, obscuridade ou erro material”<sup>16</sup>. Contudo, deverá ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, para conferir efeitos infringentes ao recurso de embargos<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> “Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.”. (SÚMULA 98, CORTE ESPECIAL, julgado em 14/04/1994, DJ 25/04/1994, p. 9284)

<sup>14</sup> Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B do CPC. Se os embargos de declaração não buscam sanar omissão, contradição ou obscuridade do acórdão embargado - desbordando, pois, dos requisitos indispensáveis inscritos no art. 535 do CPC -, mas sim rediscutir matéria já apreciada e julgada, eles são protelatórios. Da mesma forma, quando o acórdão do Tribunal *a quo*, embargado, estiver perfeitamente ajustado à orientação pacífica do Tribunal *ad quem*, não haverá nenhuma possibilidade de sucesso de eventual recurso ao Tribunal *ad quem*. Dessarte, não se pode imaginar propósito de prequestionamento diante de recurso já manifestamente inviável para o Tribunal *ad quem*. Além disso, em casos assim, o sistemático cancelamento da multa por invocação da Súmula 98 do STJ incentiva a recorribilidade abusiva e frustra o elevado propósito de desestimular a interposição de recursos manifestamente inviáveis, seja perante o Tribunal *a quo*, seja perante o Tribunal *ad quem*. REsp 1.410.839-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 14/5/2014.

<sup>15</sup> “A multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC tem caráter eminentemente administrativo - punindo conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo -, sendo possível sua cumulação com a sanção prevista nos arts. 17, VII, e 18, § 2º, do CPC, de natureza reparatória. De fato, como bem anota a doutrina e demonstra a jurisprudência, os embargos de declaração, em que pese a sua imprescindibilidade como precioso instrumento para aprimoramento da prestação jurisdicional, sobressaem como o recurso com mais propensão à procrastinação, despertando a atenção do legislador [...] Com efeito, mostra-se possível a cumulação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC com a condenação a indenizar prevista nos arts. 17, VII, e 18, § 2º, do CPC, em caso de manejo de embargos de declaração com o intuito claramente protelatório. [...] REsp 1.250.739-PA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/12/2013.

<sup>16</sup> “3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em hipóteses excepcionais, a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração quando verificado que o Juiz ou Tribunal julgou a demanda com base em premissa equivocada, ou incorreu em omissão, contradição, obscuridade ou erro material.” Agint no REsp 1355426/MS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 08/08/2017..

<sup>17</sup> Enunciado 614 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Não tendo havido prévia intimação do embargado para apresentar contrarrazões aos embargos de declaração, se surgir divergência capaz de acarretar o

## 2. VÍCIOS DE ARGUMENTAÇÃO (OU MANEJO INADEQUADO DO RECURSO)

A par do referido no tópico anterior, identificam-se, portanto, as hipóteses de cabimento do recurso de embargos declaratórios no art. 1.022, do CPC. Considerando, ainda, o que exige o ônus da impugnação específica (também denominado de princípio da dialeticidade), incumbe ao recorrente apresentar fundamentação atual e pertinente da decisão impugnada.<sup>18</sup> É fundamental apontar que existem, essencialmente, dois erros a partir dos quais os recursos podem ser manejados e que devem ser claramente indicados pelo recorrente: Ou se trata de erro de procedimento (*error in procedendo*) ou de erro de julgamento (*error in iudicando*).

Os erros de julgamento se enquadram como “má apreciação da questão de direito (v.g., entendeu-se aplicável norma jurídica impertinente ao caso) ou de fato (v.g., passou despercebido um documento, interpretou-se mal o depoimento de uma testemunha), ou de ambas, pedindo-se em consequência a reforma da decisão, acoimada de injusta, de forma que o objeto do juízo de mérito no recurso identifica-se com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior da jurisdição”. (Barbosa Moreira, 2005, P. 267). Possuem, nessa lógica, uma natureza profundamente subjetiva. Sempre haverá alguém insatisfeito com a decisão atinente à questão de fundo, apontando que a lei foi erroneamente aplicada, que as provas não foram adequadamente interpretadas e assim em diante. Por isso se refere que “ele não deixa de estar também relacionado a determinado aspecto psicológico irremovível da parte, que é a insatisfação com a decisão prolatada”. (Reichelt, Forster, 2018, p. 71).

Os erros de procedimento, conforme leciona Barbosa Moreira (2005, p. 267), “implica(m) em vício de atividade (v.g., defeitos de estrutura formal da decisão, julgamento que se distancia do que foi pedido pela parte, impedimento do juiz, incompetência absoluta) e por isso se pleiteia neste caso a invalidação da decisão, averbada de ilegal, e o objeto do juízo de mérito no recurso é o próprio julgamento proferido no grau inferior.” Trata-se, portanto, de erro procedimental, violando a norma processual aplicável ao ato. A ausência ou a fundamentação deficiente na decisão judicial (como aquela que viola o disposto no art. 489, § 1º, do CPC), indica a ocorrência do *error in procedendo*. A valoração da prova que leva ao resultado indesejado é, de seu turno, erro de julgamento.

Considerando o prazo recursal de cinco dias, exclusivo dos embargos declaratórios, não parece haver sentido algum em buscar, nessa via, que o órgão prolator da decisão reformasse integralmente seu entendimento acerca da matéria que acabou de decidir. Por isso, é absolutamente pacífico na jurisprudência dos tribunais que somente são cabíveis os aclaratórios na presença e indicação, pelo recorrente, de erro de procedimento. O Superior Tribunal de Justiça

---

acolhimento com atribuição de efeito modificativo do recurso durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso para que seja o embargado intimado a manifestar-se no prazo do §2º do art. 1.023.

<sup>18</sup> Nesse sentido: “2. Não há como conhecer de recurso que não ataca os fundamentos da sentença, apontando *error in procedendo* ou o *error iudicando* do prolator. (Apelação Cível, Nº 70083668889, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 17-12-2020).”

afirmou, em julgamento de Agravo Interno, que “não há que se falar em cerceamento de defesa do recorrente, uma vez que a decisão se limitou exatamente à matéria passível da oposição dos embargos de declaração, não adentrando no mérito da decisão do agravo em recurso especial, até porque os aclaratórios traduzem recurso de impugnação restrita e limitada”. (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 954759/SP, j. 06.12.2016).

A matéria passível de impugnação na via dos embargos declaratórios não é ampla: ela se restringe às hipóteses do art. 1.022, do CPC, todas enquadráveis sob a espécie de *erro de procedimento*. Por isso, verifica-se iterativa jurisprudência entendendo que “os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada e estrita, possuindo a finalidade de suprir omissão, esclarecer obscuridades e/ou eliminar contradições, assim como corrigir erro material observados na sentença ou acórdão”. (TJRS, Apelação Cível nº 51004702320228210001, j. 30.08.2023). Nessa linha, como frisam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “entende o Superior Tribunal de Justiça que não cabem embargos de declaração quando a parte se limita a postular a reconsideração da decisão, ajuizando, na verdade, um pedido de reconsideração, sob o rótulo ou com o nome de embargos de declaração”. (2016, p. 249).

A amplitude de cabimento dos embargos para todas as decisões aliada à tímida aplicação de multa por litigância de má-fé por recursos protelatórios seguramente inspira um comportamento absolutamente indesejado de oposição do recurso, mesmo quando manifestamente descabido. O problema, portanto, na argumentação utilizada pelo recorrente reside na incompreensão da finalidade do recurso, que se destina à “obtenção do esclarecimento, integração (complementação) ou à correção material da decisão recorrida, a fim de que ela se torne completa e inteligível” (Wambier, Talamini, 2016, p. 573). Essa incompreensão pode até ocorrer por má técnica, mas não resta dúvida de que o abarrotamento do sistema recursal com os embargos declaratórios revela mau emprego intencional dessa via recursal, no intuito de retardamento do deslinde do feito. Isso acaba por gerar, sem sombra de dúvida, uma visão negativa do recurso como um todo, que prejudica seu julgamento de forma adequada mesmo quando evidentemente cabível.

### 3. VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO (OU JULGAMENTO INADEQUADO DO RECURSO)

O dever de fundamentação dos provimentos judiciais é integrante do feixe de direitos humanos de natureza processual que compõem o Processo Justo. Este direito a uma manifestação judicial fundamentada emerge implicitamente das garantias judiciais estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No plano nacional, o artigo 93, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentou a exigência de fundamentação de “todas as decisões, sob pena de nulidade”. O Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo as Normas Fundamentais do Processo

Civil, reproduziu no seu artigo 11, a previsão Constitucional de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

A importância conferida ao direito humano processual à decisão fundamentada pelo órgão judicial é corolário lógico de um Estado Democrático de Direito, decorrendo diretamente de sua previsão no artigo 1º da Constituição Federal, a despeito da necessidade de previsão expressa (Forster, 2017, p. 207). Constitui, ainda, elemento essencial ao caráter jurisdicional, sob pena de perder “a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais” (Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 666).

O dever de fundamentação está intrinsecamente relacionado com diversos outros direitos humanos de natureza processual assegurado às partes, sendo elemento basilar para o exercício daqueles. Exemplificativamente, a adequada fundamentação permite o exercício do *duplo grau de jurisdição*, mediante a apresentação de recurso adequado a impugnar “especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (artigo 932, inciso III, do CPC); o respeito ao *contraditório efetivo*, com a indicação da participação das partes na construção do provimento; e proteção do *direito à prova*, com a adequada valoração do acervo probatório e formação do convencimento judicial.

Tal exigência processual - repita-se, inerente ao Estado de Direito - decorre de dupla função: a endoprocessual e a exoprocessual (Cardoso, 2012, p. 99). A primeira delas - *função endoprocessual* - diz respeito ao atendimento da possibilidade dos atores processuais, como as partes, o Ministério Público e o órgão julgador *ad quem* compreendam as razões pelas quais foi adotada determinada decisão, permitindo a insurgência recursal e a reanálise, com a confirmação ou reforma. Por sua vez, a *função exoprocessual* relaciona-se ao exercício democrático do controle da atividade judicial por qualquer pessoa que tenha acesso à decisão proferida.

Ainda que sem inovar o ordenamento jurídico (Pironti; Ziliotto, 2017, p. 75), o vigente Código de Processo Civil estabeleceu, *a contrario sensu*, hipóteses nas quais a decisão judicial é considerada como **não fundamentada** e, portanto, apresenta vício a ser declarado. Tal previsão - meramente exemplificativa - encontra previsão no §1º, do artigo 498, *in verbis*:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Teresa Arruda Alvim defende expressamente que a deficiência ou insuficiência de fundamentação do provimento judicial são equivalentes à fundamentação inexistente. Inclusive, para a referida autora, “fundamentar em desconformidade com o art. 489, § 1º e seus incisos é igual a não fundamentar”. (Alvim, 2021, p. 290).

Neste passo, é importante observar que o Tema nº 339 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2010) estabeleceu tese no sentido de que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”. Não se trata de negativa de vigência do artigo 489, § 1º do CPC ou mesmo mitigação do direito processual à fundamentação, mas do estabelecimento da sua amplitude mínima exigível.

Efetivamente, como observado por Forster, o vigente Código de Processo Civil “não exige que todos os argumentos sejam rebatidos, mas limita o exame do magistrado àqueles argumentos que possam enfraquecer a decisão” (2017, p. 209). Vale observar que - no magistério de Marinoni e Mitidiero (2012, p. 668) - a adequada fundamentação exige, minimamente a seguinte construção:

(a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acerto das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta.

Em outras palavras, a observância de tal dever não exige individualizada análise de cada um dos fundamentos de fato e de direito ou elementos de prova produzidos no curso do trâmite processual. A fundamentação deve abarcar os fundamentos que sejam capazes de retirar a força - ou infirmar, na redação do CPC - da decisão proferida e aquelas provas que sejam hábeis a acolher ou refutar a tese apresentada. Aliás, consoante entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é “dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida” (a exemplo, AgInt no AREsp 2332348/RJ).

Esta observação permite afastar a necessidade de análise fundamentada das razões apresentadas para pedido formulado subsidiariamente (artigo 326 do CPC), quando acolhido o primeiro deles, por estar evidentemente prejudicado. O inverso, todavia, não é verdadeiro: havendo o estabelecimento de ordem dos pedidos subsidiários, o acolhimento do segundo (ou terceiro) exige a rejeição fundamentada de seus anteriores.

Todavia, como já alertado por Rui Portanova (2005, p. 249), “na história do Poder Judiciário, aqui e ali encontram-se maus exemplos que sonham a plena aplicação” do dever de fundamentação. E a prática tem demonstrado que os embargos de declaração se apresentam como campo propício para a verificação de maus exemplos.

Ainda que não se pretenda generalizar, não é incomum a prolação de decisões interlocutórias que analisam os embargos de declaração sob a fórmula genérica (com variações) de

“recebo os embargos, pois tempestivos. Deixo de acolher suas razões, porém, pela inexistência de qualquer obscuridade, contradição ou omissão, à luz do art. 1.022 do CPC”<sup>19</sup>. Decisões de tal conteúdo são nulas, por ausência de fundamentação, por pelo menos duas das hipóteses previstas no artigo 489, § 1º, do CPC: fundamentos hábeis a justificar qualquer outra decisão (inciso III) e ausência de enfrentamento, ainda que mínimo, dos argumentos deduzidos pelas partes (inciso IV).

Como já observado anteriormente, a decisão que analisa defeituosamente os embargos de declaração, por ausência de fundamentação, é passível de impugnação por novos aclaratórios, consoante o disposto no artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC. Ou seja, é possível a formação de situação peculiar na qual a prolação de sucessivas decisões como a exemplificada acima, enseje a interposição de sucessivos embargos de declaração por violação ao disposto no artigo 489, § 1º, do CPC.

Felizmente, a prática não tem contemplado esse *looping* sem fim de decisões defeituosas e embargos indefinidamente. Ao contrário, verificada a ausência de fundamentação a questão integra o recurso a ser interposto (p.ex. agravo de instrumento ou apelação), como preliminar de nulidade da decisão proferida. Inclusive, é possível verificar não raros decretos de nulidade das decisões correlatas pelas competentes instâncias recursais<sup>20</sup>.

Quando o vício de fundamentação ocorre em acórdão, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido Recurso Especial sob o fundamento de negativa de vigência ao próprio artigo 1.022 do CPC. A exemplo, aquela Corte já reconheceu que constatada omissão “sobre questão relevante apontada em embargos de declaração, tem-se por configurada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, devendo o recurso especial ser provido para que os autos retornem à origem, a fim de que seja suprido o vício verificado”. (AgInt no AgInt no REsp 1911324 / MT). Mesmo que ocorra eventual vício de argumentação (*vide* tópico anterior), o órgão julgador não está dispensado de fundamentar a decisão proferida, ainda que para justificar a inépcia dos aclaratórios ou seu desacolhimento por ausência do devido apontamento do vício embargado.

O problema, ao fim e ao cabo, poderia ser resumido na busca do *porquê* da aparente resistência na análise aprofundada dos embargos de declaração, reiteradamente observada na prática jurídica. Ainda que tal desvendar não seja o objetivo do presente estudo, é possível ventilar possibilidades que vão desde a resistência do reconhecimento da inconsistência da decisão embargada até efetiva desconsideração da importância dos aclaratórios.

De qualquer forma, o respeito ao direito humano processual da fundamentação das decisões é inegociável, demandando a completude motivacional dos provimentos judiciais que analisam os embargos de declaração, sob pena de nulidade. Esta exigência resulta na necessidade de

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, Lênio Streck (2023), ao analisar a questão sustenta que “há uma posição (repetida em vários outros) em acórdão assim: **‘Inexistente qualquer das hipóteses de embargos, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente’**. Mas sequer o que foi alegado nos embargos é discutido. Lendo o acórdão, não se sabe” (Grifado no original).

<sup>20</sup> A exemplo, o Agravo de Instrumento, Nº 52160606620238217000, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gláucia Dipp Dreher, Julgado em: 16-10-2023.

alteração da atenção conferida aos embargos declaratórios, qualificando a resposta devida a tal recurso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de o recurso de embargos de declaração caber de toda e qualquer *decisão* judicial lhe coloca, simultaneamente, no papel de indesejado (pelos Tribunais, por sua proliferação) e de incompreendido (pelas partes, pela suposta amplitude de seu cabimento). Ao referir esse amplo cabimento – que, como se viu, está atrelado à indicação clara de *erro de procedimento* – a parte acaba se valendo indevidamente desse remédio para veicular sua irrisignação.

É um tanto evidente que, pela peculiaridade de os embargos declaratórios serem um recurso que é julgado pelo mesmo juízo prolator da decisão recorrida bem como pelo fato de ser o único recurso cível com prazo de cinco dias, é inteiramente ilógico e absurdo se imaginar que se prestaria à correção de erros de julgamento, vale dizer, de que poderiam ser utilizados para a completa alteração do entendimento proferido pelo magistrado... há apenas cinco dias atrás. É fundamental que haja um resgate da boa técnica recursal na interposição do recurso, o que deve sensibilizar a advocacia para seu correto uso.

De outro lado, o emprego desmedido do recurso faz com que, mesmo quando é adequadamente oposto, encontre resistência nos Tribunais em espécie de jurisprudência defensiva. Verifica-se a reiterada rejeição dos embargos de declaração por decisões não fundamentadas, por violação a mais de uma das previsões do artigo 489, §1º do CPC. Não se pode conceber fundamentada a rejeição “porquanto o recurso não transita em qualquer das hipóteses do art. 1.022 do CPC”.

Assim como exige-se da parte a apresentação fundamentada dos embargos de declaração, apontando concretamente o vício que se busca sanar, incumbe ao órgão julgador a adequada fundamentação da decisão a ser proferida, ainda que para refutar adequadamente o defeito que é imputado à decisão. Em última análise, o que não pode ocorrer é a violação do direito humano e fundamento à tutela jurisdicional adequada e efetiva do jurisdicionado, solapando-lhe o devido exame das questões postas em juízo, que devem receber julgamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Embargos de Declaração: como se motiva uma decisão judicial?** 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 10 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de **Código de Processo Civil Anotado** [livro eletrônico]: dicas de prática jurídica. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos**

**Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 02 de out. de 2023.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V.5, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1911324/MT**. Autores: Ednei Paes Nantes e Marcelo Lincoln Alves Silva. Réu: Carlos de Oliveira Dias. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 20 de setembro de 2021. DJe. Brasília, 23 set. 2021.

Disponível

em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202003316000&dt\\_publicacao=23/09/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003316000&dt_publicacao=23/09/2021). Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 08 de novembro de 1992. Promulga a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF,

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791.292/PE**. Agravante: HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo. Agravado:

Fernando Soares de Lima. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de junho de 2010. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339>. Acesso em: 2 out. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. V.

CARDOSO, Oscar Valente. O aspecto quádruplo da motivação das decisões judiciais: princípio, dever, direito e garantia. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. III, p. 96-102, jun. 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Embargos de Declaração**. Revista dos Tribunais, v. 595. São Paulo, maio 1985.

DA COSTA, Moacyr R. Lobo. **Origem dos embargos no direito lusitano: pesquisa histórica** Imprensa: Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração [livro eletrônico]: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. Direito fundamental à motivação das decisões judiciais. In: DALL'ALBA, Felipe Camilo; FORSTER, João Paulo Kulczynski (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil: Volume 2 - Processo I**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Cap. 6.2.5. p. 205-210.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à motivação das decisões.. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4.10. p. 665-671.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, v. V. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os novos Embargos de Declaração**. In: Revista de Processo, vol. 287, 2019, versão online.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em:

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso

em: 02 de out. de 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo** [livro eletrônico] 5. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PIRONTI, Rodrigo; ZILIO, Mirela Miró. O novo CPC e a motivação como dever de todos os sujeitos processuais: uma análise do dever da boa-fé e do princípio da colaboração.

**Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 65-84, set./out. 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REICHEL, Luís Alberto, FORSTER, João Paulo K. **Primeiras Linhas**

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. São Paulo: Forense, 2010.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Embargos de Declaração: esse recurso tão maltratado. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-17/senso-incomum-embargos-declaracao-recurso-cao-maltratado>. Acesso em: 25 out. 2023

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016.



O DOMÍNIO ECONÔMICO E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA TRIBUTÁRIA<sup>1</sup>*THE ECONOMY AND THE PRINCIPLE OF FREE TAX COMPETITION*Marcos Egg Freire<sup>2</sup>Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo examinar os contornos do princípio da livre concorrência tributária estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mediante Emenda Constitucional promulgada em 2003, por meio da qual foi inserido no texto constitucional o enunciado prescritivo do artigo 146-A, que outorgou competência aos legisladores nacional e federal para intervir sobre o domínio econômico através da definição normativa de critérios especiais de tributação que tenham como objetivo prevenir desequilíbrios concorrenciais, privilegiando, portanto, a manutenção de um dos principais pilares de um sistema de livre mercado, qual seja, a concorrência. Para o exame do objeto proposto, adotou-se o método analítico, por meio de pesquisa doutrinária e legislativa crítica, sendo que, ao final, concluiu-se que os critérios especiais de tributação que tenham como objetivo prevenir desequilíbrios concorrenciais tanto mais satisfarão a livre concorrência quanto mais preservarem a neutralidade tributária e mais se distanciarem da extrafiscalidade tributária, haja vista que medidas extrafiscais são estimuladoras ou desestimuladoras fortes de comportamento.

**Palavras-chave:** Domínio econômico. Ordem Econômica. Livre concorrência. Neutralidade tributária. Extrafiscalidade tributária.

**Abstract:** This article aims to examine the principle of free tax competition established in the Brazilian Constitution, in which Section 146-A was inserted, which granted the legislator the power to intervene in the economy through the normative definition of special taxation criteria to prevent imbalances competitive, therefore prioritizing the maintenance of one of the main pillars of a free market system, the competition. To examine the proposed object, the analytical method was adopted, through critical doctrinal and legislative research, and, in the end, it was concluded that these criteria will satisfy free competition the more they preserve tax neutrality and the more they distance themselves from tax extrafiscality.

---

<sup>1</sup> Recebido em: 15/12/2023. Aprovado em: 29/12/2023.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Tributário pela UFMG. Mestre em Direito Tributário pelo IBET. Professor do curso de Especialização em Direito Tributário do IBET. Professor de cursos de Pós-Graduação (MBA) da PUC Minas. Advogado. Membro da Comissão de Direito Cooperativo da OAB/MG (Portarias/OAB/MG n.s 187/2020 e 298/2022). Membro da Comissão de Revisão do Projeto de Lei Complementar para Reforma do Código Tributário do Município de Ponta Porã/MS (Decreto/Ponta Porã n. 8.931/2021). Endereço eletrônico: marcoseggf@gmail.com

<sup>3</sup> Doutora em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG (2005). Atualmente é Advogada Sócia da Junqueira de Carvalho e Murgel Advogados Associados.

**Keywords:** Economy. Economic Legal Order. Free competition. Tax neutrality. Tax extrafiscality.

## INTRODUÇÃO

Por meio da Emenda Constitucional nº. 42/2003, inseriu-se no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o artigo 146-A, através do qual outorgou-se poder à União Federal para intervir sobre o domínio econômico, mediante a definição normativa de critérios especiais de tributação que tenham como objetivo prevenir desequilíbrios concorrenciais, privilegiando, portanto, a manutenção de um dos principais pilares de um sistema de livre mercado, a concorrência.

A livre concorrência, princípio próprio do direito constitucional econômico, tomado por empréstimo pelo Poder Constituinte derivado reformador para inseri-lo no sistema constitucional tributário é a meta da competência legislativa autorizada pelo referido artigo 146-A e se caracteriza menos como ideia de liberdade e mais como a de igualdade; não, porém, de igualdade entre os agentes econômicos, porque estes devem se diferenciar o máximo possível na escolha de suas atividades e no modo de desempenhá-las, mas de igualdade enquanto equilíbrio de suas forças econômicas, a proporcionar um ambiente competitivo harmônico entre os agentes, sem distorções que caracterizem poder de mercado de quaisquer destes.

A perfazer o princípio da livre concorrência está o princípio da neutralidade tributária, que não permite que imposições tributárias orientem, direta e intensamente, o comportamento dos agentes econômicos, influenciando-o. Influenciar comportamento ou induzir condutas é algo próprio de iniciativas estatais interventivas tributárias sobre o domínio econômico realizadas por meio de imposições marcadas pela extrafiscalidade.

O artigo 146-A, no entanto, está a seguir caminho oposto, “desejando” que finalidades ou funções extrafiscais de normas tributárias indutoras sejam afastadas, impedindo que a tributação imposta com fins alheios aos arrecadatórios gere turbulências em um ambiente cujo equilíbrio concorrencial é o alvo a ser conquistado e mantido sob forte proteção.

Por essa razão é que a extrafiscalidade tributária, conformada por medidas estimuladoras ou desestimuladoras fortes de comportamento jamais poderá ser empregada como mecanismo de realização da livre concorrência. Em verdade, é a livre concorrência, enquanto princípio constitucional, que estará a balizar as imposições tributárias extrafiscais, tal qual limite objetivo à atividade nomogenética de natureza tributária com finalidade ou função indutora extra-arrecadatória, permitindo a aferição da adequabilidade, necessidade e proporcionalidade de norma produzida que estará a desigualar, tributariamente, agentes para o atingimento de um determinado objetivo.

Em outras palavras, a extrafiscalidade tributária não satisfaz o equilíbrio concorrencial, antes, o atormenta, não se prestando como mecanismo delineador de critério especial de tributação a satisfazer o disposto no mencionado artigo 146-A.

Na prática legislativa, portanto, a União Federal, seja como legisladora nacional ou federal, jamais poderá tomar emprestadas medidas como concessão de isenções, reduções de base de cálculo, concessão de crédito presumido, de anistia, de remissão, de incentivos fiscais, de benefícios fiscais, fixação da alíquota e fixação da base de cálculo, definição de substitutos tributários ou de responsáveis tributários como “critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência”. Essas medidas potencialmente favorecem o desequilíbrio concorrencial no domínio econômico.

Observado o acima exposto e tendo em mente a meta traçada para este artigo – a de examinar os contornos do princípio da livre concorrência tributária inserido no texto constitucional por meio do enunciado prescritivo do artigo 146-A – o tema será analisado a partir do seguinte percurso:

Inicialmente, será apresentado o panorama histórico-constitucional brasileiro da intervenção estatal e da livre concorrência.

Em seguida, serão examinadas a intervenção estatal e a livre concorrência no contexto da Ordem Econômica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em terceiro lugar, serão analisados os contornos do princípio da livre concorrência tributária a partir do enunciado prescritivo do artigo 146-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, serão apresentadas as razões pelas quais referido princípio, refletido nos “critérios especiais de tributação” do mencionado artigo 146-A a serem estabelecidos pelo legislador, tanto mais será satisfeito quanto mais tais critérios preservarem a neutralidade tributária e mais se distanciarem da extrafiscalidade tributária.

## I. UM PANORAMA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA INTERVENÇÃO ESTATAL E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Proclamada a República Federativa do Brasil, em 15 de novembro de 1889, o Congresso Nacional Constituinte, reunindo-se na cidade do Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1891, promulgou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, organizando um “regime livre e democrático”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891) – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)

De tendência liberal<sup>5</sup>, sob a influência norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 inaugurou o período brasileiro historicamente conhecido como República Velha<sup>6</sup>.

Em que pese a incipiência da primeira constituição republicana, já ali se notavam alguns raios de luz sobre direitos que viriam a ser, posteriormente, mais bem propagados e protegidos e que configuravam marcas próprias de nações ditas defensoras do liberalismo, quais sejam, os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência econômica, que não deveriam ser violados, especialmente, pelas imposições fiscais-tributárias advindas da competência atribuída aos entes federativos, a ver pelo disposto nos artigos 7º, § 2º, II, 1º, 35, 2º e 72, § 24 da referida constituição, à guisa de exemplo.

No entanto, o final dos anos 20 e o início dos anos 30 do século XX no Brasil foram marcados por uma crise generalizada e agravada pela Grande Depressão decorrente do *crash* da Bolsa de Valores de Nova York, que impactou diretamente a economia (cafeira e dependente do mercado externo) do país.

Em meio à crise, assumiu a Presidência da República o Sr. Getúlio Dornelles Vargas, que governou o país pelo período de 1930 a 1945<sup>7</sup>.

A Era Vargas, marcada pelo nacionalismo e pelas políticas trabalhista<sup>8</sup> e industrial, a ver pela criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 26 de novembro de 1930<sup>9</sup>, teve o seu início sublinhado pela instituição do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil e pela substituição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 pelo Decreto nº. 19.398/30, que dava ao Presidente as funções e atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo “até que eleita a Assembléia Constituinte”, que “estabeleça [estabelecesse] a reorganização constitucional do país”<sup>10</sup>.

Aqueles anos experimentaram uma política desenvolvimentista, embora grandemente intervencionista, marcada pela “criação de diversos mecanismos com o propósito de conciliar esforços entre setores sociais do setor privado e da burocracia estatal” (SANTI, 2008, p. 248), principalmente, para o fomento da economia, como atesta, por exemplo, a criação do Conselho Nacional do Café, do Departamento Nacional do Café, dos Institutos do Cacau, do Açúcar e Álcool, do Mate, do Sal e do Pinho, da Companhia Siderúrgica Nacional, da Companhia Vale do Rio Doce e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

---

<sup>5</sup> Por liberal, entenda-se a sociedade composta por indivíduos autônomos, defensores da liberdade individual, dentre outros, no campo econômico, cujos interesses eram conciliados pela “mão invisível” do mercado.

<sup>6</sup> “No círculo civil, as divergências ocorriam no campo ideológico, onde três correntes disputavam a definição da natureza do novo regime: o liberalismo de influência norte-americana, o jacobinismo e o positivismo. As discussões a respeito das três tendências foram acirradas até a promulgação da primeira Constituição do período republicano, em 24 de fevereiro de 1891. Esta Constituição deu a vitória aos defensores do liberalismo de influência norte-americana” (MOTA, BRAICK, 1997, p. 433).

<sup>7</sup> E, posteriormente, de 1951 a 1954.

<sup>8</sup> Em 1º de maio de 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>9</sup> <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/MinisterioTrabalho>

<sup>10</sup> Artigo 1º do Decreto nº. 19.398/30 – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm)

Também prova desse clima de necessidade de desenvolvimento econômico foi a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16 de julho de 1934, a partir da Assembleia Nacional Constituinte presidida pelo Sr. Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, cujo texto revelava, já em suas Disposições Transitórias, a necessidade maior do país à época, observe-se: “Art 16 - Será imediatamente elaborado um plano de reconstrução econômica nacional.”

Nesse sentido, foi inaugurada no texto constitucional a Ordem Econômica e Social (artigos 115/143), que pregava, dentre outros, a garantia da liberdade econômica, expressão não cunhada na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, ao mesmo tempo em que admitia, paradoxalmente, a intervenção estatal (da União Federal) para o monopólio de “determinada indústria ou atividade econômica”<sup>11</sup>. Ou seja, admitia-se uma liberdade econômica, desde que fosse aquela intentada pelo Estado para a promoção do “bem-estar social e econômico”<sup>12</sup>.

Como meio de incrementar as receitas públicas para atender aos propósitos econômicos, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 organizou a repartição de competências tributárias de forma mais clara e precisa entre a União Federal, os Estados e os Municípios, sendo que estes passaram a ter também competência para instituir os seus impostos e taxas.

Durou pouco a vigência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Em 10 de novembro de 1937, o Presidente Getúlio Vargas, “atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista”<sup>13</sup> – Plano Cohen<sup>14</sup> – dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado Federal<sup>15</sup> e decretou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, mantendo, porém, o país organizado como uma República (artigo 1º) e como Estado Federal (artigo 3º). O período de 1937 a 1945 da Era Vargas ficou conhecido como Estado Novo e foi marcado pelo autoritarismo e intervencionismo delineados pelo movimento e regime fascista italiano<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.”

“Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”

<sup>12</sup> Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934) – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)

<sup>13</sup> Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937) – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)

<sup>14</sup> O Presidente Getúlio Vargas descobriu, em setembro de 1937, um plano de insurreição comunista, que ficou conhecido como Plano Cohen, “pois, de acordo com as fontes oficiais, trazia a assinatura de um certo Cohen – militante comunista e judeu” (MOTA, BRAICK, 1997, p. 501).

<sup>15</sup> Na Constituição de 1937, o Poder Legislativo passou a ser exercido pelo Parlamento Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República (artigo 38).

<sup>16</sup> “A Itália foi o primeiro país a conhecer o fascismo como movimento e como regime. A palavra fascismo é de origem italiana e provém de ‘fascio’, o feixe dos litores romanos; segundo Mussolini, ‘símbolo da unidade, da força e da justiça’, mas na linguagem corrente o termo fascismo designa não apenas a doutrina da Itália fascista, mas também a da Alemanha hitlerista e a de todos os regimes de inspiração mais ou menos análoga” (AQUINO, 1995, p. 282).

Por outro lado, as modificações no domínio econômico na Era Vargas, a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, foram significativas e o caráter intervencionista do Estado ficou patente, principalmente, com a criação, no texto constitucional decretado, do Conselho da Economia Nacional (artigo 57), que tinha como atribuições, dentre outras bem mais regulatórias, “emitir parecer sobre todos os projetos (...) que interessem diretamente à produção nacional” e “organizar (...) inquéritos sobre as condições do trabalho, da agricultura, da indústria, do comércio, dos transportes e do crédito com o fim de incrementar, coordenar e aperfeiçoar a produção nacional” (artigo 61).

O então Presidente manteve na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 espaço reservado à Ordem Econômica (artigos 135/155), reforçando o caráter intervencionista do seu governo ao admitir essa possibilidade (artigo 135):

(...) para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

Em que pese a pouca alteração no cenário tributário a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, é fato que o caráter intervencionista do Estado na política social e econômica marcaram o Brasil significativamente, a ponto de refletir-se, cinquenta anos depois, na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o início da Segunda Guerra Mundial e a inserção do Brasil no quadro das relações internacionais bélicas em apoio ao bloco aliado, o regime de 1937 experimentou o início de sua falência. Os movimentos e as manifestações sociais internas, impulsionadas pela política externa, espalharam o ideal de oposição à ditadura do Presidente Getúlio Vargas e de democratização do país, o que levou ao fim a Era Vargas, em 1945.

Em 18 de setembro de 1946, a Mesa da Assembleia Constituinte, reunida na cidade do Rio de Janeiro, promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil “para organizar um regime democrático”<sup>17</sup>.

Na parte reservada à Ordem Econômica e Social, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 previu pela primeira vez na história constitucional-republicana do país o termo “concorrência”, estabelecendo que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico (...) que tenham por fim (...) eliminar a concorrência” (artigo 148).

Em 1964, o então Presidente da República, Sr. João Belchior Marques Goulart, foi afastado e o Congresso Nacional conduziu à Presidência da República o general, Sr. Humberto de Alencar Castelo Branco, dando início aos Governos Militares no Brasil, que perduraram até 1985.

---

<sup>17</sup> Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946) – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)

Em 24 de janeiro de 1967, o Congresso Nacional promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, que passou a vigor a partir de 15 de março daquele ano.

A grande mudança no cenário tributário do país nesse período, além da sistematização da tributação, com o aprimoramento das regras constitucionais outrora previstas sobre o tema, foi também a fixação de critérios que permitiam ao Poder Executivo utilizar-se dos impostos como medida extrafiscal, especialmente, no ajuste da política cambial, de comércio exterior e monetária, além da atribuição de competência à União Federal para intervir no domínio econômico instituindo contribuições, tal como revelam os artigos 22, § 2º e 157, §§ 8º e 9º.

No referido artigo 157, foram elevados à condição de princípios da ordem econômica a liberdade de iniciativa, o desenvolvimento econômico e a repressão ao abuso do poder econômico decorrente da eliminação da concorrência, dentre outros<sup>18</sup>.

Alterada, em 1969, pela Emenda Constitucional nº. 1, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi mantida durante todo o período dos Governos Militares até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte presidida pelo Sr. Ulysses Silveira Guimarães.

A Constituição Cidadã, como também ficou conhecida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar acerca da atividade econômica, indicou, como traço histórico marcante, que esta poderá sofrer interferências diretas (participativas) e indiretas (normativas) do Estado, tal como preceituado em seus artigos 173 e 174<sup>19</sup>, ao mesmo tempo em que estabeleceu como um novo princípio da ordem econômica a livre concorrência (artigo 170, IV).

É fato que, ao cabo desse breve panorama histórico-constitucional relacionado a temas do direito econômico, percebe-se que o caráter intervencionista (indireto ou normativo) presente nas várias constituições citadas e na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reflexo de toda a evolução histórico-legislativa acima esboçada, não significa, necessariamente, “a intromissão [do Estado] no mercado para evitar seus avanços”, mas, sob outra ótica, a preocupação em se estabelecer formas de intervenção que possibilitem a correção “das irregularidades ocorridas no decorrer das atividades econômicas (...) para auxiliar o seu desenvolvimento” (MARINHO, 2011, p. III).

---

<sup>18</sup> “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

<sup>19</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

## 2. O DOMÍNIO ECONÔMICO E A INTERVENÇÃO ESTATAL

A atividade econômica está inserida no contexto do sistema econômico<sup>20</sup>, sendo uma expressão que possui várias acepções.

De um ponto de vista econômico objetivo, por exemplo, a atividade econômica se traduz como sendo a produção e a comercialização de bens e a prestação de serviços em determinado mercado.

Sob a ótica do direito econômico, a expressão ganha novo contorno, como sugeriu PAULO HENRIQUE ROCHA SCOTT (2000, p. 29-30): “(...) determinada ação ou soma de ações que (...) processam-se num espaço limitado a fenômenos de natureza econômica, relacionado à produção, industrialização, transformação, comercialização e consumo de bens e riquezas”.

De um ponto de vista metodológico subordinado à Filosofia da Linguagem e à Semiótica, RODRIGO CÉSAR DE OLIVEIRA MARINHO (2011, p. 85) definiu a expressão como sendo “o signo linguístico representativo das relações próprias do sistema econômico”.

Nesse sentido, a atividade econômica está inserida em um conjunto ou sistema designado como domínio econômico, cujos elementos e estruturas comunicacionais representam as relações sociais econômicas, domínio este considerado “precisamente o campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado” (GRAU, 2010, p. 146) ou, como enfatizado por TÁCIO LACERDA GAMA (2008, p. 191) ao desenvolver o conceito de domínio econômico a partir do plano da linguagem social, o “estrato de linguagem descritiva das relações sociais diretamente relacionadas às atividades de produção, circulação de bens e prestação de serviços”.

Enquanto o domínio econômico reflete o plano da realidade social econômica, ou seja, as atividades econômicas desenvolvidas pelos agentes (privados) da economia, a ordem econômica diz respeito ao conjunto de normas jurídicas que regulam essas atividades.

Com peculiar propriedade, EROS ROBERTO GRAU (2010, p. 68 e 70), diferenciando a ordem (geral) econômica nos mundos do ser (domínio econômico) e do dever-ser (ordem econômica), afirmou, sob este último prisma, que tal ordem é qualificada “como parcela da ordem jurídica” ou mesmo como “um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico”, definição esta que, mais adiante, ele aperfeiçoou para “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica” ou “de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”.

Em outras palavras, para o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, a ordem econômica traduz-se no sistema de normas jurídicas que estabelecem o domínio econômico.

---

<sup>20</sup> Sistema pode ser compreendido como o conjunto ou classe que não apenas reúne os elementos que apresentam características comuns, mas que possui uma estruturação interna que permite a relação coordenada e subordinada entre esses termos. Exemplos: sistema social, sistema econômico e sistema do direito positivo.

Muito embora o domínio econômico corresponda à esfera de atuação dos agentes privados, o Estado, enquanto agente público participante das relações econômicas (privadas), pode atuar diretamente nesse sistema, em caráter excepcional, produzindo e distribuindo bens e serviços. É a chamada intervenção direta ou intervenção *no* domínio econômico, por meio da qual o Estado atua na exploração da atividade econômica enquanto agente participante dessa atividade.

Ressalte-se, por oportuno, que, quando o Estado atua na esfera do público, prestando serviços públicos, a sua atuação não se caracteriza como sendo uma intervenção, mas como uma ação estatal. O Estado não intervém quando presta um serviço público ou quando regula a sua prestação. Nesse caso, atua “em área de sua própria titularidade, na esfera pública” (GRAU, 2010, p. 91).

Por outro lado, quando a ação do Estado ocorre em área de titularidade do setor privado, das relações econômicas privadas, do domínio econômico – “habitat cultural” de outros agentes – configura-se a intervenção estatal. Não por outra razão, EROS ROBERTO GRAU traçou a ideia de que a intervenção estatal seria a ação ou atuação do Estado na esfera da atividade econômica *stricto sensu*, referindo-se, outras formas de ação ou atuação estatal, ao campo da atividade econômica *lato sensu*, observe-se:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo (GRAU, 2010, p. 92).

Assim, ao executar serviços públicos, o Estado está a praticar um tipo de atividade econômica *lato sensu* que lhe compete, inclusive, em ordem de preferência, à luz do disposto no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, (...) a prestação de serviços públicos”.

Lado outro, quando está a explorar atividade própria do setor privado, o Estado intervém no domínio econômico, praticando atividade econômica *stricto sensu*, em caráter excepcional, como admitido, por exemplo, pelo já citado artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que sublinha a anormalidade dessa ação estatal ao limitá-la apenas às situações em que for “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Nesse contexto, o Estado age intervindo no domínio econômico como agente explorador da economia em ambiente próprio do setor privado, como confirmou EROS ROBERTO GRAU:

Desejo insistir neste ponto: o art. 173 evidentemente respeita à exploração da atividade econômica em sentido estrito, pois permite ao Estado empreender uma determinada atividade. O Estado não necessita de permissão, autorização, para

prestar serviço público. A prestação de serviços públicos é dever do Estado. De mais a mais, segurança nacional e relevante interesse coletivo não justificariam a prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito. Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos. Um determinado aspecto deve, porém, ser desde logo sublinhado: a Constituição autoriza o Estado a explorar diretamente a atividade econômica exclusivamente nas hipóteses expressamente por ela previstas e quando essa exploração se impuser como necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, “conforme definidos em lei” (GRAU, 2010, p. 127-128).

Da mesma forma, o Estado está a praticar atividade econômica *stricto sensu* quando a sua atuação se dá em regime de monopólio, tal como preceituam os artigos 21, XXIII e 177 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>21</sup>.

Nessas hipóteses, o Estado não age em seu campo de ação próprio, na esfera dos serviços públicos, mas no domínio econômico, intervindo em seu contexto mediante o exercício exclusivo de atividades econômicas em sentido estrito, exclusividade esta que não foi conquistada por uma atitude de voraz açambarcamento, mas que lhe foi garantida pelo texto constitucional.

Esse tipo de intervenção direta ou no domínio econômico, porém, é excepcional, sendo mais comum que o Estado atue como agente normativo, regulando as relações econômicas (as condutas dos agentes econômicos), mediante a edição de normas jurídicas e a fiscalização do seu cumprimento, configurando-se o que se entende por intervenção indireta ou intervenção *sobre* o domínio econômico, que, sob a ordem jurídica constitucional brasileira de 1988, é concebida como um “intervencionismo programado, no sentido de outorga de competência para a intervenção, inclusive por normas tributárias, dentro de limites programados pelo próprio texto constitucional” (BOMFIM, 2014, p. 76).

No plano da edição de normas jurídicas, a intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico ocorre através do planejamento da atividade econômica, como determina o artigo 174, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou mediante a criação de

---

<sup>21</sup> “Art. 21. Compete à União:  
(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...).”

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº. 9, de 1995)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 49, de 2006)”

incentivos dessa atividade, almejando o seu desenvolvimento<sup>22</sup>. TÁCIO LACERDA GAMA (2008, p. 202) chamou isso de “atuação positiva de órgão estatal no sentido de implementar as normas gerais e abstratas de direito econômico”.

Exemplo de intervenção indireta do Estado para incentivar determinado setor da atividade econômica são as contribuições de intervenção no (sobre o) domínio econômico previstas no artigo 149 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>23</sup>, as quais possuem nítido caráter extrafiscal<sup>24</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também admite a possibilidade de outras formas de intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico, além da criação de contribuições interventivas, como, por exemplo, a concessão dos incentivos fiscais previstos nos artigos 151 e 40, este último presente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>25</sup>.

Por outro lado, no plano fiscalizatório, a intervenção indireta do Estado ganha contornos de verificação se algo ocorre, sob a motivação de fazer com que ocorra ou não, provendo “a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica [em sentido estrito]” (GRAU, 2010, p. 307).

Diante desse espectro de possibilidades interventivas pelo Estado, EROS ROBERTO GRAU (2010, p. 147) as classificou em três modalidades e, com essa classificação, é possível sintetizar o acima exposto:

- a) Intervenção por absorção e participação: na primeira, o Estado assume o controle dos meios de produção em determinado setor do domínio econômico (monopólio), enquanto que, na segunda, assume o controle de parte desses meios (competição);

---

<sup>22</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.”

<sup>23</sup> “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

<sup>24</sup> “A extrafiscalidade, diluída na fiscalidade, exerce variadíssimas tarefas de política econômica, competindo-lhe, entre outras: (a) a melhoria do nível de vida do povo, sem a criação de obstáculos ao livre jogo da economia; (b) a manutenção do pleno emprego; (c) a coibição de atividades prejudiciais à higiene ou à segurança, bem assim o desestímulo ao consumo de certos bens (...); (d) o incentivo ao consumo de certas mercadorias (...); (e) o combate à inflação e a estabilização econômica; (f) a proteção ao patrimônio cultural.” (SANTI, 2008, p. 257-258)

<sup>25</sup> “Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;”

“Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.”

b) Intervenção por direção: o Estado interfere sobre o domínio econômico, como agente regulador da atividade econômica, “estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório” (GRAU, 2010, p. 147) para os agentes da economia, cabendo o alerta de LUÍS EDUARDO SCHOUERI (2005, p. 46) no sentido de que “não se poderia cogitar de direção por meio de normas tributárias, que pressupõem, necessariamente, a possibilidade de o contribuinte incorrer ou não no fato gerador”;

c) Intervenção por indução: o Estado interfere sobre o domínio econômico, como agente regulador da atividade econômica, manipulando “os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (GRAU, 2010, p. 147).

Tomando-se por empréstimo essa classificação, não parece haver dúvidas de que o tipo de intervenção estatal admitida pelo artigo 146-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está inserido no contexto das intervenções do modelo por indução, haja vista que referido dispositivo outorgou poder à União Federal para intervir sobre o domínio econômico, mediante a definição normativa de critérios especiais de tributação que tenham como objetivo prevenir desequilíbrios concorrenciais.

### 3. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA TRIBUTÁRIA

#### 3.1. A livre concorrência no domínio econômico e na Ordem Econômica

Um sistema de economia de livre mercado carrega o traço marcante da livre iniciativa, ou seja, a liberdade que os agentes econômicos possuem para decidir ou mesmo criar o objeto de sua atividade empresarial, por meio da construção da qual objetivam a prosperidade, a produção de riquezas, o lucro; e isso sem que haja qualquer impedimento ou controle estatal para o início do empreendimento econômico, o qual, por certo, estará sujeito, como outra atividade qualquer, a limitações legislativas, próprias de um Estado de direito, a balizar o seu exercício.

Em outras palavras, a livre iniciativa permite aos agentes do domínio econômico a escolha de desenvolver esta ou aquela atividade sem que necessitem de autorização ou aprovação estatal, refletindo a máxima de que, em um sistema de livre mercado, a estrutura do domínio econômico está vinculada aos agentes da economia e, não, ao Estado.

A perseguir a livre iniciativa, base da ordem constitucional econômica brasileira (artigo 170), prestigiando-a, está a livre concorrência, como princípio dessa mesma ordem (artigo 170, IV), além de elemento constitutivo de uma economia de livre mercado. Enquanto por meio da primeira “liberdade” o que se busca é proteger e consagrar o direito dos agentes da economia de escolher quais atividades empresariais desenvolver, segundo a sua própria iniciativa, sem amarras estatais, através da

segunda “liberdade” o que se pretende é proteger as condições de competitividade no domínio econômico, a fim de que sejam e de que se mantenham equilibradas.

Assim, a ideia da livre concorrência é menos de liberdade e mais de igualdade; não, porém, de igualdade entre os agentes econômicos, porque estes devem se diferenciar o máximo possível na escolha de suas atividades e no modo de desempenhá-las, mas de igualdade enquanto equilíbrio de suas forças econômicas, a proporcionar um ambiente competitivo harmônico entre os agentes, sem distorções que caracterizem poder de mercado de quaisquer destes.

No sistema econômico prevalece a lógica de que a competição, que se caracteriza como sendo a disputa entre os agentes da economia para vender os seus produtos ou serviços para o maior número de pessoas possível, é o principal mecanismo do domínio econômico para garantir o seu bom funcionamento.

Sobre o tema e enfatizando o aspecto salutar e necessário da competição no domínio econômico, ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI ensinaram que, para que haja concorrência, nem vendedores nem compradores podem ter poder de mercado, observe-se:

No longo prazo, a disputa entre as empresas em um mercado competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e dinâmica (entendida esta como resultante do progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo de bem-estar social.

Para que haja concorrência, é necessário que o mercado tenha um número suficientemente grande de produtores e consumidores de tamanhos não muito diferentes, agindo de forma independente. Isso faz com que nem vendedores nem compradores tenham poder de mercado, não sendo capazes de determinar de forma unilateral ou coordenada, as condições com que bens e serviços são comercializados no mercado – em termos de preço, qualidade dos produtos e condições de venda, por exemplo (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 355).

Conjugando-se as informações ora expostas, é possível definir um conceito de concorrência (no domínio econômico) como sendo a rivalidade (a disputa) entre produtores, fabricantes, empresários e comerciantes (os agentes da economia) na exploração de oportunidades de mercado (comercialização de seus produtos ou serviços para o maior número de consumidores), a ponto de tanto mais saudável ou equilibrada ser essa competição quanto mais amplo for o processo de seleção social dos agentes econômicos e menor for o poder de mercado destes (monopólio) ou dos consumidores de seus produtos ou serviços (monopsônio).

É dizer que a concorrência no domínio econômico (de um sistema de livre mercado) é uma realidade; a mesma concorrência, porém, equilibrada, um anseio constante.

Isto porque, o equilíbrio (igualdade de forças diferentes em uma condição de constância) em um mercado competitivo em que o melhor resultado ocorre quando cada um dos competidores e todos eles vencem a competição, ou seja, prosperam – é lembrar o que motivou Adam Smith a cunhar a expressão “*invisible hand*” – depende da concorrência de inúmeros fatores, os quais, por vezes, fogem ao controle de quem compete e do ambiente, do terreno da competição, daí a necessidade de haver a regulação (o estabelecimento de regras) desse domínio para equilibrá-lo.

Afinal, o sonho de qualquer liberal ou neoliberal, qual seja, a concorrência pura ou perfeita<sup>26</sup>, é apenas um sonho.

Antes de mais, deve restar claro que o fato de o ambiente econômico ser competitivo, concorrencial, disputado, não significa a inexistência de cooperação voluntária entre os agentes da economia. Concorrência e cooperação voluntária no sistema econômico de livre mercado são como o verso e o averso de uma mesma moeda, afinal de contas “ninguém no mercado de hoje pode ser bem-sucedido – isto é (...) verdadeiramente competitivo – sem a cooperação voluntária de muitas pessoas” (GRUDEM; ASMUS, 2016, p. 192).

Percebe-se, assim, que o ambiente competitivo da atividade econômica não anula a cooperação voluntária entre os seus agentes econômicos, que se alternam, frequentemente, entre as posições de produtores e consumidores de bens e serviços.

Mas, retornando-se à questão do equilíbrio, da dificuldade de conquista ou manutenção de um ambiente concorrencial equilibrado, percebe-se que essa dificuldade existe pelo fato de o sistema econômico de livre mercado girar em torno dos fins que pretende alcançar, quais sejam, a geração de riqueza ou lucro a partir da produção de bens e serviços, e, por vezes, essa motivação entre os agentes da economia acarreta comportamentos desvirtuados, que, se não combatidos, tenderão a produzir efeitos no mercado considerados como sendo abusivos do poder econômico.

A repressão ao abuso do poder econômico foi tema que despertou a atenção do Poder Constituinte originário, que fez constar no texto constitucional o parágrafo quarto do artigo 173, estabelecendo que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, definindo, assim, três tipos de infrações que caracterizam tal abuso.

Na esteira da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador ordinário enunciou e fez publicar, em 1994, a Lei nº. 8.884, atualmente revogada pela Lei nº. 12.529/2011, ecoando as mesmas infrações (artigo 20), mas com mais detalhes, de modo que a ordem econômica restaria violada caso os agentes da economia atuassem com o objetivo de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” ou “exercer de forma abusiva posição dominante”.

Logo, pelo fato de ser perceptível a ocorrência de abuso do poder econômico por parte dos agentes do domínio econômico e a impossibilidade de que as próprias regras econômicas de mercado impeçam o seu surgimento e o surgimento dos desequilíbrios concorrenciais deste

---

<sup>26</sup> No sistema econômico, a concorrência pura ou perfeita é caracterizada como sendo, basicamente, aquela em que se verifica (i) um número suficiente de produtores e consumidores a ponto de não ser possível que nenhum deles, sozinho, influencie o seu equilíbrio, que é verificado a partir da fixação de preços tão-somente pela regra de oferta e demanda, (ii) a similaridade de produtos e serviços oferecidos pelos agentes da economia, (iii) a abertura do mercado à entrada de qualquer concorrente e (iv) o livre acesso às informações econômicas dos agentes.

decorrentes, é que torna-se necessário que o Estado, figura representativa do poder soberano, esteja autorizado a introduzir normas no sistema do direito econômico para coibir essa prática, a concretizar, com isso, o princípio da livre concorrência.

A livre concorrência ou concorrência equilibrada ou competição econômica que revele igualdade de forças diferentes em uma condição de estabilidade é, além de um elemento formador do sistema econômico de livre mercado, uma baliza contra iniciativas de agentes econômicos que possam acarretar, direta ou indiretamente, o abuso do poder econômico.

Finalmente, deve-se registrar que, como não poderia deixar de ser, o princípio da livre concorrência foi observado acima como algo próprio do sistema do direito econômico, uma vez que diz respeito a matéria típica do domínio econômico. E a observação do referido princípio nos limites da esfera do direito econômico foi importante, porque o sistema do direito (constitucional) tributário dele se apropriou quando foi enunciado o artigo 146-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que os contornos que definem o seu conceito devem ser preservados.

Nesse sentido, em 2003, quando o Poder Constituinte derivado reformador fez uso da expressão “desequilíbrios da concorrência” ao enunciar o citado artigo 146-A, ele não criou algo novo, mas, ainda que às avessas, visto tratá-lo de forma negativa (não-equilíbrio ou desequilíbrio), estava a enunciar o sabido princípio da livre concorrência ou da concorrência equilibrada, próprio do direito constitucional econômico de 1988, como o fim, o alvo a ser atingido a partir de novas competências tributárias outorgadas à União Federal.

### 3.2. A livre concorrência e a neutralidade tributária

É desnecessário dizer que observou-se, no domínio econômico, que iniciativas e movimentos realizados pelos agentes da economia eram executados em decorrência de fenômenos tributários, especialmente, daqueles relacionados à incidência tributária, o que, em um plano ideal de mercado, não deveria ocorrer, visto que o tributo, a tributação ou a carga tributária não deveriam ser elementos definidores de comportamentos econômicos, ainda mais em sistemas de livre mercado.

No entanto, tal realidade é inegável, como inegável é a imperfeição das relações econômicas a ponto de haver, como visto, a configuração do poder de mercado ou mesmo o abuso do poder econômico, a merecer combate e correção pelo direito econômico.

Assim, um ambiente econômico de tributação neutra, no sentido de ausência de qualquer influência da tributação na atividade econômica desenvolvida, é tão distante quanto o ambiente econômico de concorrência pura ou perfeita, a ver que, tal como pontou HUMBERTO ÁVILA (2015, p. 102), pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que “tanto os tributos com finalidade fiscal, quanto aqueles com finalidade extrafiscal influem no comportamento dos contribuintes”.

A confirmar o mesmo entendimento, LUÍS EDUARDO SCHOUERI (2005, p. 3) considerou que, sob a ordem constitucional de 1988, não existem “finanças neutras, que pretendem deixar a estrutura social como a encontraram”, mas “finanças funcionais, que se propõem a intervir no campo sócio-econômico”, sendo as normas tributárias instrumentos úteis à atuação estatal sobre as realidades social e econômica.

De fato, a incidência tributária, por si só, encoraja comportamentos ou arrefece iniciativas, mas, quando acompanhada de finalidade extrafiscal, não há dúvidas, orienta diretamente comportamentos.

Logo, a neutralidade tributária comentada tem menos de ausência de influência tributária no comportamento econômico dos agentes de mercado e mais de “mecanismo de garantia de um ambiente de igualdade de condições competitivas” (MORETI, 2017, p. 149), o que aproxima o instituto do princípio da livre concorrência, permitindo àquele que observa o domínio econômico verificar que os fenômenos tributários não somente afetam o comportamento, em geral, dos agentes da economia, como afetam diretamente o equilíbrio concorrencial.

Foi que notou OSVALDO SANTOS DE CARVALHO (2013, p. 60) ao verificar que desequilíbrios concorrenciais eram gerados no domínio econômico a partir, por exemplo, de regimes especiais relacionados ao ICMS, concedidos unilateralmente pelos Estados e pelo Distrito Federal, sem a autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária.

Ora, sendo a competitividade algo próprio de um sistema econômico de livre mercado e um valor constitucionalmente protegido pela ordem econômica, a sua relação com as normas tributárias deve ser a mais tensionada possível; e a contribuir para a manutenção desse estado de tensão está o princípio da neutralidade tributária, cuja função é justamente a de minimizar os reflexos da tributação sobre os movimentos dos agentes econômicos no campo da atividade econômica, mantendo a estabilidade da competição, de modo que, tal como registrado por ANDRÉ MENDES MOREIRA (2018, p. 90-91) no contexto do exame do Imposto sobre Valor Agregado, a concorrência no mercado seja “determinada tão somente pelos fatores eficiência, custo e qualidade, não sendo afetada pela tributação”.

A neutralidade tributária encontra arrimo no princípio da igualdade tributária estabelecido no artigo 150, II da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, e a equivalência, no contexto ora examinado, estaria não em igualdade de condições individuais de cada agente econômico, mas na condição geral de todos estes como agentes do domínio econômico delineado pela concorrência equilibrada.

Contudo, embora fundamentada no princípio da igualdade tributária, comum, em geral, a todos os contribuintes, a neutralidade tributária não tem os seus raios de luz dispersos sobre todas as relações jurídicas de natureza tributária, porém, concentrados mais diretamente naquelas que

afetam os agentes do domínio econômico no exercício de suas atividades, a proporcionar a igualdade de condições de competição econômica pela neutralização de efeitos tributários que atinjam ou tendam a atingir a livre concorrência.

Ou seja, é preservar o equilíbrio concorrencial ou evitar desequilíbrios de mesma ordem mediante a neutralização de impactos tributários antevistos ou percebidos, de modo que, como sustentou OSVALDO SANTOS DE CARVALHO (2013, p. 59), “a livre concorrência será tanto mais alcançada se obedecida a fluidez da neutralidade tributária”.

No mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA (2015, p. 103-104) afirmou que “a neutralidade melhor representa uma manifestação estipulada da própria igualdade na sua conexão com o princípio da liberdade de concorrência”, concluindo que o princípio “evidencia o dever de atuação ou abstenção estatal (...) relativamente aos efeitos que a tributação provoca quando recai sobre bens jurídicos essenciais à realização do princípio da liberdade de concorrência”.

Sob essa ótica, neutra será a tributação que, em um ambiente de desequilíbrio concorrencial causado por fenômenos tributários, restaure os elementos necessários ao exercício da livre concorrência, ao mesmo tempo em que, em um ambiente econômico competitivamente equilibrado pelos mesmos fenômenos, seja mantida, estabilizando a livre concorrência.

Poeticamente, é pensar na neutralidade tributária qual viração em oceano, a manter baixas e estáveis as marolas, a fim de que as embarcações que estão a singrar o mar não sejam agitadas, cada uma ao seu modo, em seus percursos; ou quais ventos contrários aos impetuosos vagalhões, a acalmar o seu furor e restabelecer, forçosamente, a bonança, permitindo aos atribulados marujos a retomada de suas rotas sem as irregulares interferências causadas pelo mal tempo.

Juridicamente, que é o que interessa, é reforçar o já dito com as considerações de DIEGO MARCEL COSTA BOMFIM, que foi categórico ao considerar:

(...) a existência de uma acepção específica para o termo neutralidade tributária, tomado como uma norma que impõe um tratamento tributário pelo Estado em igualdade de condições, retirando-se fundamento para tanto na neutralidade concorrencial do Estado que (...) é um dos sentidos de alcance do princípio da livre concorrência (BOMFIM, 2014, p. 82).

Resta claro, então, que a neutralidade tributária se apoia no princípio da igualdade tributária para a realização do princípio da livre concorrência.

Entretanto, não deve passar despercebido que a livre concorrência terá contornos diferenciados em contextos de exercício de competências tributárias com finalidades fiscais e em contextos de exercício de competências tributárias com finalidades extrafiscais.

### 3.3. Neutralidade tributária, fiscalidade e extrafiscalidade

O exercício da competência legislativa tributária instituidora de tributos é atividade motivada (exclusivamente) pelos fins que pretende alcançar, como, com o tom provocativo que lhe é próprio, afirmou SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (2020, p. 79): “o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins (...) quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo”.

Terá fins fiscais a instituição de tributo que esteja voltado apenas ao abastecimento dos cofres públicos, ao seu incremento financeiro, sem que haja qualquer interferência político-social ou econômica no direcionamento do exercício do poder tributário.

Por outro lado, caso os elementos jurídicos de conformação do tributo instituído sejam manipulados com vistas a perseguir objetivos diversos daqueles arrecadatórios, pautados por políticas econômicas, sociais, culturais, dentre outros, a sua instituição terá fins extrafiscais ou “objetivos não fiscais, mas ordinatórios” (ATALIBA, 1968, p. 150).

A tentar ultrapassar o exame da matéria pelo aspecto teleológico da instituição de um tributo, LUÍS EDUARDO SCHOUERI (2005, p. 27)<sup>27</sup> a examinou sob a ótica da função da norma tributária, que, prioritariamente, é arrecadatória, mas que também poderá se manifestar como distributiva, indutora ou simplificadora, para concluir que a função indutora caracterizaria as normas tributárias indutoras como instrumentos de intervenção sobre o domínio econômico.

Seja pelo aspecto funcional, seja pelo finalístico, percebe-se, assim, que este ou aquele tributo não carrega em si a marca da fiscalidade ou da extrafiscalidade em razão do seu tipo ou espécie, bem como que não há tributos que sejam apenas fiscais ou somente extrafiscais, visto que os rastros arrecadatórios e de influência comportamental são comuns a todos.

Fato é, no entanto, que nesta ou naquela atividade instituidora de tributos predominará contornos que exaltarão, ora o aspecto fiscal do tributo instituído, ora o seu aspecto extrafiscal<sup>28</sup>.

Dando contornos ao poder tributário extrafiscal, PAULO DE BARROS CARVALHO (2008, p. 241) assumiu consistir, “a extrafiscalidade [,] no uso de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários”, como, por exemplo, o estímulo ou o desestímulo de comportamentos dos particulares.

Aplicando outras cores sobre o mesmo esboço, SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO apontou que:

---

<sup>27</sup> Fazendo uso das lições de Klaus Vogel.

<sup>28</sup> “Ambos coexistirão”, como alertou Alfredo Augusto Becker; “apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo” (BECKER, 2010, p. 630).

A configuração dos fins extrafiscais nas normas de tributação nada mais é que a tradução, em termos finalísticos, dos critérios de ordem político-social na avaliação das situações jurígenas. Estes critérios estão sujeitos a variações frequentes, expressão dos mutáveis objetivos políticos, econômicos e sociais (COELHO, 2020, p. 204).

Antes de mais, um ponto deve estar claro: fiscalidade e extrafiscalidade são aspectos próprios da tributação, das normas de tributação, da imposição tributária, da atividade instituidora de tributos. Quer-se com isso dizer que não há que se falar em fiscalidade e extrafiscalidade fora dessa “redoma”; a extrafiscalidade é aspecto perceptível no tributo instituído, nas normas próprias da tributação, a partir da presença de finalidade (ou preponderância de finalidade) alheia à arrecadação quando de sua instituição.

A extrafiscalidade sempre associada ao tributo ou à sua construção também foi registrada por ALFREDO AUGUSTO BECKER (2010, p. 629-630): “a primeira finalidade de muitos tributos (...) não será a de um instrumento de arrecadação (...) mas de intervenção estatal no meio social e na economia privada”, de modo que “na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal”.

Além disso, por se tratar de aspecto ligado à instituição tributária, atividade pautada pela observância do princípio da igualdade tributária, a extrafiscalidade deve ser considerada como uma espécie de autorização para o tratamento desigual entre contribuintes (COELHO, 2020, p. 287). Se assim não fosse, não haveria espaço para a prática da extrafiscalidade tributária, como alertou DIEGO MARCEL COSTA BOMFIM:

Na tributação funcionalmente identificada com a fiscalidade, como foi apresentado, as normas tributárias têm a finalidade de angariar recursos via distribuição igualitária da carga tributária, discriminando-se os contribuintes em vista de critérios gerais, sem que fins externos à igualitária distribuição da carga tributária (extrafiscais) sejam levados em consideração. No manejo de normas tributárias extrafiscais, todavia, existem outras finalidades (externas) que não a mera arrecadação via igualitária distribuição da carga tributária, passando a tributação a funcionar como instrumento de atuação estatal no domínio econômico e social. Manter a discriminação entre os contribuintes apenas com base no princípio da capacidade contributiva importaria, por via reflexa, uma impossibilidade prática da própria extrafiscalidade (BOMFIM, 2014, p. 33).

Ora, se se disse anteriormente que a neutralidade tributária se apoia no princípio da igualdade tributária para a realização do princípio da livre concorrência, considerar que a extrafiscalidade permite a desigualdade é entender que neutralidade tributária e extrafiscalidade são institutos que não podem ser amalgamados.

Em outras palavras, a extrafiscalidade tributária, quando caracterizada, estará a desigualar contribuintes para o atingimento de um determinado fim, ao mesmo tempo em que se submeterá ao controle da proporcionalidade, visto que “o distanciamento da igualdade exige que a medida [extrafiscal] seja adequada, necessária e proporcional” (ÁVILA, 2015, p. 167). É dizer que, se a

igualdade tributária é a regra, a sua inobservância autorizada deve ser justificada pela proporcionalidade da medida extrafiscal adotada.

Por outro lado, com a neutralidade tributária imposta pela necessidade de realização da livre concorrência o que se pretende é justamente o contrário, ou seja, é a aproximação do princípio da igualdade, de modo que a tributação não seja motivo de distorções concorrenciais no domínio econômico.

Logo, o equilíbrio concorrencial no domínio econômico impõe a neutralidade tributária, que, pelo exposto acima, será alcançada através dos tributos cuja instituição tenha finalidade fiscal, ao passo que o mesmo equilíbrio servirá de baliza, de limite à instituição de tributos extrafiscais.

Assim, enquanto a livre concorrência realiza-se com a neutralidade tributária, aquela torna-se padrão para a adoção da extrafiscalidade, de modo a orientá-la como medida adequada, necessária e proporcional a justificar o distanciamento da igualdade, em regra, exigida.

Portanto, é ressaltar que a neutralidade tributária se alcança com a operacionalidade de tributos que tenham fins fiscais e, baseada que está na igualdade, proporcionará o equilíbrio concorrencial ou o restabelecerá, caso desvirtuado, enquanto que a própria necessidade de manutenção desse equilíbrio deverá nortear a instituição de tributos que tenham fins extrafiscais, fundamentando-a.

## CONCLUSÃO

A concorrência no domínio econômico será tanto mais livre quanto mais equilibrada for a disputa entre os agentes da economia na exploração de oportunidades de mercado, ou seja, quanto mais amplo for o processo de seleção social dos agentes econômicos e menor for o poder de mercado destes ou dos consumidores de seus produtos ou serviços. Em síntese, o equilíbrio concorrencial é a igualdade de forças diferentes em uma condição de constância em um mercado competitivo. Desequilíbrios concorrenciais se revelam quando essa condição de igualdade é desfeita, inclusive, por medidas tributárias.

Ora, se o equilíbrio concorrencial é a igualdade de forças diferentes em uma condição de constância em um mercado competitivo, a imposição tributária não deve ser fator motivador da desigualdade, salvo exceções previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as quais, no entanto, serão balizadas, limitadas, em sua excepcionalidade, pelo princípio da livre concorrência (princípio como limite objetivo à atividade nomogênica tributária). Nas demais situações, a imposição tributária deve ser neutra, não-indutora forte de comportamento econômico, de modo a perfazer a livre concorrência.

Assim, estão a configurar os desequilíbrios da concorrência as imposições tributárias caracterizadas pela extrafiscalidade. Essas medidas, por característica própria – indução

tributária do comportamento econômico, no caso – promovem o desequilíbrio da concorrência, ainda que sob justificativa constitucional ou legal.

Por isso é que a extrafiscalidade tributária jamais poderia ser considerada para fins de satisfação da livre concorrência, fato, inclusive, confirmado, ainda que indiretamente, pelos que a defendem como mecanismo de atendimento aos anseios do disposto no artigo 146-A, quando não deixam de pontuar, com cores fortes, o efeito adverso que pode causar ao equilíbrio concorrencial. Por exemplo, SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (2020, p. 148-149) considera que os tributos extrafiscais favorecem o que ele denomina “concorrência tributária”, ou seja, a tributação diferenciada (desigual em favor de um fim) como fator de interferência no domínio econômico, influenciando, negativamente, o seu equilíbrio ao atrair os agentes da economia para determinado espaço de atividade apenas pela sedução tributária.

Por sua vez, LUÍS EDUARDO SCHOUERI (2019, p. 377-380) depois de exemplificar determinados critérios de tributação<sup>29</sup>, que, em sua maioria, configuram-se como típicas medidas extrafiscais tributárias, indicou que a sua implementação poderia promover o efeito contrário, ou seja, o desequilíbrio concorrencial.

Por fim, vale o destaque das considerações apresentadas por DIEGO MARCEL COSTA BOMFIM (2014, p. 92) quando, depois de afirmar que a livre concorrência se comportaria como um “vetor negativo ao emprego das normas tributárias extrafiscais”, entendeu que o mesmo princípio poderia “justificar positivamente” a sua criação. Contudo, em seguida, afirmou que “a justificação de normas tributárias extrafiscais em prol de fortalecimento do princípio da livre concorrência enfrenta importantes limites”.

O que se deseja demonstrar citando esses juristas de renome é a grande dificuldade que encontraram para conjugar a extrafiscalidade tributária como mecanismo de proteção ou de favorecimento da livre concorrência no domínio econômico, a possibilitar o seu enquadramento dentro dos imaginados “critérios especiais de tributação” previstos no artigo 146-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O mesmo se pode dizer dos Projetos de Lei Complementar (CD) nº.s 73/2007, 493/2009 e 121/2011 e do Projeto de Lei (SF) nº. 284/2017, apresentados no âmbito do Congresso Nacional com esteio no artigo 146-A. Em todos, os critérios de tributação sugeridos pelos parlamentares contrariam o equilíbrio concorrencial, visto que caracterizados pela extrafiscalidade. É ver, apenas de forma ilustrativa:

- 1) No PLC nº. 73/2007 os critérios especiais de tributação se resumiram à instituição de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

---

<sup>29</sup> O autor sugeriu a substituição tributária, a fixação de alíquotas, a criação de obrigações acessórias e a adoção do regime de destino para o ICMS como possíveis critérios (SCHOUERI, 2019, p. 377).

2) No PLC nº. 493/2009 restaram estabelecidos como critérios especiais de tributação a concessão de isenções tributárias e o diferimento do Imposto sobre a Renda em determinadas circunstâncias.

3) O PLC nº. 121/2011 esteve a definir como critério especial de tributação, dentre outros, a criação de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

4) O PL nº. 284/2017, por sua vez, estabeleceu como critérios especiais de tributação, dentre outros: “(...) antecipação ou postergação do fato gerador; concentração da incidência do tributo em determinada fase do ciclo econômico; adoção de alíquota específica, por unidade de medida, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; adoção de regime de estimativa, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório”.

Assim, não restam dúvidas de que o princípio da livre concorrência tributária, refletido nos “critérios especiais de tributação” do mencionado artigo 146-A a serem estabelecidos pelo legislador, tanto mais será satisfeito quanto mais tais critérios preservarem a neutralidade tributária e mais se distanciarem da extrafiscalidade tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de. História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais. 32. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995.

ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. Teoria da igualdade tributária. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BOMFIM, Diego Marcel. Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; Grupo Editorial Nacional, 2020.

GAMA, Tácio Lacerda. Ordem econômica e tributação. In. Direito tributário em questão: Revista da FESDT / Fundação Escola Superior de Direito Tributário. v. 1, n. 2. Porto Alegre: FESDT, 2008.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica). 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRUDEN, Wayne; ASMUS, Barry. A pobreza das nações: uma solução sustentável. São Paulo: Vida Nova, 2016.

MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. Intervenção sobre o domínio econômico: a contribuição e seu perfil constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2018.

MORETI, Daniel Clayton. Regime especial de controle e fiscalização e a livre-concorrência. São Paulo: Noeses, 2017.

MOTA, Myrian Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. História: das cavernas ao terceiro milênio: volume único. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar Pinheiro; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Curso de direito tributário e finanças públicas. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito econômico: estado e normatização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

O *DISPUTE ADJUDICATION BOARD* EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: O CASO DO  
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO<sup>1</sup>

*THE DISPUTE ADJUDICATION BOARD IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS: THE CASE  
OF MUNICIPALITY OF SÃO PAULO*

Randal Juliano Espanhol<sup>2</sup>

Patricia Ayub da Costa<sup>3</sup>

Nathalia Dalbianco<sup>4</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se dedica a examinar precipuamente a viabilidade de utilização dos *dispute adjudication boards* nos contratos administrativos típicos, bem como os aspectos práticos de sua aplicação no Município de São Paulo. A relevância da discussão do tema decorre, sobretudo, do aparente conflito existente entre decisões vinculantes dos comitês e o regime jurídico administrativo, caracterizado pelas prerrogativas da Administração Pública e a indisponibilidade do interesse público. Para tanto, estabelece as premissas conceituais e epistemológicas acerca dos *dispute boards*, com destaque à modalidade objeto deste estudo: *dispute adjudication boards*. Após, aborda as especificidades dos contratos administrativos típicos, essencialmente, aquelas relacionadas às cláusulas exorbitantes ou de privilégio. Demonstra a compatibilidade dos *dispute adjudication boards* com contratos administrativos típicos. Analisa a legislação do Município de São Paulo, por ser a pioneira sobre o tema no país. Estabelece relações entre a Lei Municipal referida e as limitações impostas pelo Decreto nº 60.067/2021. Elenca os efeitos da previsão legislativa na utilização prática dos *dispute boards*, por meio do levantamento de dados junto aos arquivos do Município de São Paulo. Discute criticamente a experiência do Município de São Paulo com relação à baixa utilização dos *dispute boards* em seus contratos administrativos. Conclui que o Decreto nº 60/067/21 estreitou a

<sup>1</sup> Recebido em: 06/10/2023. Aprovado em: 15/12/2023.

<sup>2</sup> Possui especialização em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2023), em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Londrina (2016), curso ofertado pelo Programa Nacional de Formação em Administração Pública (PNAP), e graduação em Ciências Contábeis pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2010). Atualmente é servidor público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lotado no 1 Ofício da Família e Sucessões da Comarca de Santos. Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Gestão Pública e na área de Direito, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos.

<sup>3</sup> Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2021). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2010). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2004). Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito do Estado da UEL. Supervisora da Equipe de competições acadêmicas de arbitragem da UEL - ArbUEL. Advogada.

<sup>4</sup> Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro do programa New-Gen do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Desenvolve pesquisas nas áreas de Métodos Adequados de Solução de Conflitos, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

utilização dos *dispute adjudication boards* nos contratos administrativos do Município de São Paulo. Defende a necessidade de estudos contínuos sobre o tema, a fim de que futuras previsões legislativas não obstaculizem o uso e a potencialidade dos *dispute boards* na Administração Pública. Trata-se de pesquisa estruturada a partir de revisão bibliográfica e da utilização do método dedutivo, que parte de conceitos gerais para delimitar o campo investigativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comitês de Prevenção e Solução de Disputas. Contratos administrativos. *Dispute adjudication board*. Vinculação. Município de São Paulo.

**ABSTRACT:** This article is primarily dedicated to examining the feasibility of using dispute adjudication boards in typical administrative contracts, as well as the practical aspects of their application in the Municipality of São Paulo. The relevance of the discussion of the subject stems above all from the apparent conflict between the binding decisions of the committees and the administrative legal regime, characterized by the prerogatives of the Public Administration and the unavailability of the public interest. To this end, it establishes the conceptual and epistemological premises about dispute boards, with emphasis on the modality that is the subject of this study: dispute adjudication boards. It then addresses the specificities of typical administrative contracts, essentially those related to exorbitant or privilege clauses. It demonstrates the compatibility of dispute adjudication boards with typical administrative contracts. It analyzes the legislation of the Municipality of São Paulo, as it is the pioneer on the subject in the country. It establishes relationships between the Municipal Law referred to and the limitations imposed by Decree 60.067/2021. It lists the effects of the legislative provision on the practical use of dispute boards, by collecting data from the archives of the Municipality of São Paulo. It critically discusses the experience of the Municipality of São Paulo in relation to the low use of dispute boards in its administrative contracts. It concludes that Decree 60/067/21 has restricted the use of dispute adjudication boards in administrative contracts in the Municipality of São Paulo. It advocates the need for ongoing studies on the subject, so that future legislative provisions do not hinder the use and potential of dispute boards in the Public Administration. This research is structured on the basis of a literature review and the use of the deductive method, which starts from general concepts to delimit the field of investigation.

**KEYWORDS:** Dispute Prevention and Resolution Committees. Administrative contracts. Dispute adjudication board; binding. Municipality of São Paulo.

## 1 INTRODUÇÃO

Os *dispute resolution boards* ou Comitês de Prevenção e Solução de Disputas são métodos adequados para resolução de controvérsias amplamente utilizados em contratos privados com o objetivo de prevenir e dirimir conflitos surgidos entre as partes quando de sua execução. A principal vantagem desse mecanismo é, sem dúvida, a celeridade e assertividade na solução dos

litígios, eis que a indicação dos membros dos comitês cabe às partes, recaindo sobre pessoas com capacidade técnica para análise e acompanhamento em tempo real do objeto do ajuste. Assim, a decisão pela previsão e instalação dos *dispute boards* nasce da vontade das partes, consubstanciada num contrato em que os contratantes figuram com paridade de armas.

No entanto, nos contratos administrativos prevalece um maior formalismo, ante a proteção ao interesse público que a Administração deve sempre perseguir. Prova disso são as chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio, que conferem poderes especiais ao ente público quando parte da avença, ficando o particular obrigado a aceitar tais prerrogativas caso queira contratar com o poder público. No caso dos *dispute adjudication boards*, ou seja, aquela espécie de *dispute board* que emite pareceres vinculantes, de observância obrigatória pelas partes, poderia haver algum óbice na sua previsão em contratos administrativos típicos, diante das já citadas prerrogativas especiais da Administração Pública.

Em vista disso, o presente artigo buscou analisar a viabilidade de aplicação do *dispute adjudication board* em contratos administrativos, a partir da análise e discussão do referencial teórico relacionado ao tema. Secundariamente, buscou-se, ainda, analisar a legislação acerca dos *dispute boards* no Município de São Paulo, bem como examinar a experiência desse no uso do *dispute adjudication boards* em contratos administrativos por intermédio de informações colhidas no Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão daquele município.

## 2 CONHECENDO O *DISPUTE RESOLUTION BOARD*

O primeiro registro<sup>5</sup> que se tem da utilização do *dispute resolution board* foi em 1975 durante a construção da segunda parte do Túnel Eisenhower no estado norte-americano do Colorado (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 37). Não por acaso o setor de construções foi o precursor<sup>6</sup> no uso desse método de resolução de conflitos.

Diante da crescente competição entre os construtores e o aumento da complexidade desses contratos, que se viu, principalmente após a Segunda Guerra Mundial (WALD, 2011, p. 141; SKITNEVSKY, 2016, p. 11), houve a emergência de que a resolução de litígios na execução

---

<sup>5</sup> Muito embora este seja o primeiro registro oficial da utilização dos *dispute boards*, há de se destacar que o mecanismo já passava por experiências embrionárias desde a década de 60. Naquela ocasião, durante o processo de construção da *Boundary Dam*, em Washington, um grupo de profissionais, a pedido das partes envolvidas na obra, formou um comitê, denominado de “*Joint Consulting Board*”, a fim de auxiliar na execução do contrato e na solução de questões técnicas da obra (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 37). O sucesso do projeto e do acompanhamento pelos profissionais permitiu que o mecanismo fosse ainda mais aperfeiçoado (CHERN, 2015, ONLINE; SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 37), culminando nos *dispute boards*, cujo primeiro registro oficial se deu em 1975.

<sup>6</sup> A história do *dispute boards* foi inaugurada a partir das necessidades do setor da construção civil. Atualmente a gama de possibilidades para a utilização do DB se ampliou consideravelmente, sendo indicado aos contratos complexos, de execução continuada, nas mais variadas áreas, como o agronegócio, a tecnologia da informação, relações desportivas, societárias, entre outras.

desses fosse realizada, não apenas pelos detentores do conhecimento técnico, engenheiros e arquitetos, como se fazia anteriormente, mas também por profissionais de outras áreas, aptos a lidarem com questões ambientais, legais e até socioeconômicas. Ademais, a judicialização desses conflitos, além de demorada e custosa, era decidida por autoridades que, na grande maioria das vezes, pouco conheciam daquele campo, além desse tipo de contencioso criar rugas entre as partes, impedindo futuros negócios (WALD, 2011, p. 141).

Na esteira desse movimento, foi então criada, em 1996, a *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)*, instituição destinada à promoção dos *dispute boards*, bem como a servir de fonte segura de informações para contratantes, contratados e membros de painéis (DRBF, 2019, online).

Além da DRBF, outras instituições se destacaram<sup>7</sup> – e seguem em evidência – na elaboração de preceitos voltados ao efetivo uso dos *boards* em contratos de diversos setores. Como exemplos de sólida atuação em magnitude internacional, tem-se a Câmara de Comércio Internacional (ICC) que introduziu seu Regulamento sobre *Dispute Boards* em 2004 e o *Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)*, cujo regulamento, *Dispute Board Rules*, foi apresentado à comunidade empresarial em 2014.

Nesse ponto, considerando a diversidade de regimentos acerca dos *dispute boards*, propor-se-á uma definição, assim como a caracterização, congregando as diferentes visões das instituições antes mencionadas, DRBF, ICC e CI Arb.

Deste modo, objetivamente, pode-se entender um *dispute board* como um comitê, órgão ou painel que tem como objetivo principal a prevenção ou a resolução de controvérsias surgidas entre partes quando da execução de um contrato, ficando essas partes, a depender da natureza das conclusões ou decisões emitidas, vinculadas a seu cumprimento, sendo tal obrigação decorrente da própria disposição contratual firmada pelos envolvidos.

Na mesma toada, Gilberto José Vaz (2006, p. 166) define os *dispute boards* da seguinte forma:

Uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de *Dispute Board* adotado, uma equação diferenciada pela obrigatoriedade das partes.

Complementando o conceito acima proposto, Leonardo Toledo da Silva e João Paulo Pessoa (2021, p. 425) vão além e reforçam a importância do *dispute boards* não só como mecanismo de solução de conflitos, mas, sobretudo, como ferramenta de gestão contratual:

---

<sup>7</sup> Além da Câmara de Comércio Internacional (ICC) e do *Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)*, instituições de grande relevância internacional e utilizadas pelo recorte metodológico do presente estudo, convém esclarecer que não são as únicas destinadas à administração de procedimentos de *dispute boards*. Ainda a título de exemplo, sem pretender exaurir as possibilidades, destaca-se a relevância exercida na propagação dos DB pela Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB), bem como pelo Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

Os *Dispute Boards* são uma ferramenta de estabilização da relação contratual, sobretudo em situações de grande complexidade, em que existe uma clara tendência a comportamentos adversariais, nos quais há grandes chances de o projeto acabar sendo deixado em segundo plano pelas próprias partes, em prejuízo de sua execução. Nessas hipóteses, os *Dispute Boards* acabam funcionando como uma espécie de válvula de descompressão do projeto, permitindo que as partes voltem seu foco ao que realmente importa, ou seja, ao andamento do projeto.

Feitas essas conceituações preliminares, passa-se agora a discorrer no que diz respeito às características dos *dispute boards*.

Quanto ao momento da constituição, os regulamentos são unânicos em afirmarem que o momento ideal para sua constituição é na entrada em vigor do contrato ou antes do início de sua execução. Esse acompanhamento permanente do contrato faz com que o *board* se traduza em um “mecanismo eficaz de resolução de disputas com valor em tempo real” (CIArb, 2014, p. 5, tradução nossa).

Não obstante tal sugestão, não se olvida a possibilidade de uma constituição posterior com o contrato em andamento, desde que, evidentemente, seja a vontade das partes e haja a incorporação de cláusula de previsão. Nesse caso, seria, então, um *board ad hoc*, conforme menciona o *Dispute Board Manual* (DRBF, 2019, p. 54). Contudo, uma importante ressalva deve ser tecida neste ponto, tendo em vista que a modalidade *ad hoc*, embora demande custos menores em comparação com a modalidade permanente, acaba por atenuar a potencialidade e as vantagens do mecanismo.

Para Karin Hlavnicka Skitnevsky (2016, p. 39), o *board ad hoc* promove o enfraquecimento da legitimidade de seus membros, pois o acompanhamento minucioso dos profissionais em toda a execução do contrato, característica motriz do mecanismo, não ocorre. Sob a ótica da autora, tal situação tornaria a atuação do *board* mais pragmática, inclusive aumentando o risco de que os seus membros cometam equívocos decisórios (SKITNEVSKY, 2016, p. 39). Na mesma linha, Igor Gimenes Alvarenga Domingues (2023, p. 37), destaca que a modalidade *ad hoc* faz com que o *board* perca sua característica de governança contratual, limitando-se a método de solução de controvérsias.

Já no que toca ao gênero das disputas, para a ICC existem duas espécies de disputas oriundas ou relacionadas a um contrato: desacordos e litígios. Considera-se desacordos, as desavenças que ainda não se tornaram um litígio, ou seja, ainda não foram submetidas a um *dispute board* para fins de emissão de uma conclusão (ICC, 2019, p. 15). Tal distinção formulada pela ICC não é acompanhada pelas demais instituições, mas traduz a dinamicidade do mecanismo.

Referente às modalidades de *dispute boards*, o regulamento da ICC contempla a estruturação de três: *dispute review boards*, cujos pronunciamentos não são de cunho vinculante, *dispute adjudication boards*, que, a *contrario sensu* do anterior, possuem caráter vinculante e os *combined dispute boards*, que, como o nome sugere, podem emitir decisão vinculante ou apenas recomendações de cumprimento facultativo pelas partes. Vale mencionar que esse tipo combinado de *board* não foi considerado pelo regulamento do CIArb, que aborda apenas os dois primeiros.

De modo completamente diverso, o DRBF sugere uma tipologia que diferencia os *dispute boards* com base em sua função principal dentro de um projeto (prevenção ou resolução de disputas), o número de membros (um ou três), a duração (permanente ou *ad hoc*) e a natureza das regras ou procedimentos sob os quais opera (DRBF, 2019, p. 51-54).

Como se verá mais adiante, muitas das disposições contidas em tais regramentos acabaram sendo incorporadas pelas legislações que tratam dos *dispute boards* no âmbito do setor público, principalmente no que toca ao momento de sua constituição, bem como ao tipo ou natureza dos comitês, o que demonstra, uma vez mais, a relevância do trabalho desempenhado pelas instituições privadas e especializadas no mecanismo.

### 3 O DISPUTE BOARD E A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES

A principal característica que distingue o *dispute adjudication board* dos outros tipos ou modalidades de *dispute resolution board* é, sem dúvida, a condição vinculante de suas decisões, sendo, portanto, de observância obrigatória pelas partes do ajuste. No entanto, cabe ressaltar que essa obrigatoriedade e vinculatividade têm origem na autonomia privada das partes quando da opção de utilização desse meio de prevenção e resolução de controvérsias. Vale dizer, portanto, que a obrigação de cumprimento das decisões proferidas pelo *board* é, puramente, contratual (RAVAGNANI; NAKAMURA; LONGA, 2020, p. 350). Exatamente por essa razão, Peter H. J. Chapman (2015, p. 220) destaca que os *dispute boards* são “criaturas do contrato”.

O regulamento do CI Arb, em seu artigo 3<sup>o</sup>, prevê que as partes, quando da emissão de decisões por parte do comitê, deverão expressar manifestação por escrito, de concordância ou não, em um prazo de 21 dias do recebimento. Daí, pode-se concluir que a exigibilidade das decisões dar-se-á, tão somente, a partir do momento em que as partes tomaram ciência formal de seu conteúdo. De modo diverso, o regulamento da ICC, artigo 4<sup>o</sup>, prevê uma espécie de concordância tácita, uma vez que se não houver manifestação de qualquer das partes no prazo de 30 dias, a decisão emitida pelo comitê torna-se definitiva, impedindo, inclusive, se assim estabelecido contratualmente, sua contestação nas instâncias arbitral e judicial.

A respeito desse ponto, todavia, cabe esclarecer que um comitê de natureza adjudicatória não exerce função jurisdicional (SILVA NETO; SALLA, 2021, p. 74), sendo a decisão

---

<sup>8</sup> CI Arb Dispute Boards Rules – Article 3 – If the DRB has issued a Recommendation in accordance with Article 15, each Party shall submit its written acceptance or rejection of the Recommendation to the other Party and the DRB within 21 days of receipt of the Recommendation. (CIARB, 2014, online).

<sup>9</sup> ICC Dispute Boards Rules – Article 4 - If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DRB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Recommendation, when required to do so, shall not raise any issue as to the merits of the Recommendation as a defence to its failure to comply without delay with the Recommendation. (ICC, 2019, online).

final acerca de determinada controvérsia proferida pela jurisdição estatal ou arbitral. Portanto, as partes assumem a obrigação condicional de darem cumprimento à decisão do comitê, nos termos do estipulado contratualmente, enquanto não sobrevier uma decisão jurisdicional diversa (DOMINGUES, 2022, p. 103).

Ademais, é certo que, segundo os regulamentos da ICC e do CIArb, das decisões proferidas pelo comitê admite-se a interposição de recurso, no entanto, a irrisignação de qualquer das partes, *per ipsum*, não impede a exigibilidade de seu cumprimento. Desse modo, pode-se depreender que um efeito suspensivo para as decisões poderia ser conferido apenas por um juízo arbitral ou judicial. É o que se extrai da leitura dos itens 3 e 5 do artigo 4 do regulamento do CIArb<sup>10</sup>.

Outro aspecto relevante dos *dispute adjudication board* é a admissibilidade de suas decisões no âmbito de um processo arbitral ou judicial que, porventura, seja instaurado em caso de discordância ou descumprimento dessas por qualquer das partes. Isso porque, como dito noutra parte, as decisões vinculantes emitidas pelos *boards* possuem cunho meramente obrigacional, constituindo-se verdadeiramente um negócio jurídico entabulado entre as partes (DANTAS, R.; DANTAS, D., 2017, p. 14).

Há que se ressaltar que não obstante os juízos estatal e arbitral não estarem obrigados a seguirem as decisões emitidas pelos *boards*, podendo afastá-las diante de provas técnicas em sentido contrário ou vícios identificados, exceto nesses casos seria aconselhável que o Poder Judiciário ou juízo arbitral respeitasse as disposições daquelas, garantindo, assim, a solução privada negociada pelas partes, sob pena de ineficácia e desestímulo à utilização desse método de prevenção e resolução de controvérsias (DANTAS, R.; DANTAS, D., 2017, p. 13-14).

Não por acaso, segundo estatísticas da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato gerenciado pelos *dispute boards* são resolvidas em seu próprio âmbito. Significa dizer que, ainda de acordo com a DRBF, pouco mais de 2% das decisões proferidas pelo comitê são levadas posteriormente à arbitragem e apenas 1% é revertida pelo Tribunal Arbitral, o que corrobora a própria legitimidade do *board* (DRBF, 2019, online).

Portanto, conclui-se que as decisões proferidas por um *dispute adjudication board* são:

- a) vinculantes e obrigatórias, sendo que tais características decorrem da autonomia privada das partes, sendo, portanto, de natureza contratual;
- b) exigíveis a partir da ciência pelas partes da avença;
- c) passíveis de contestação ao próprio comitê que as emitiu; e
- d) admissíveis em processos subsequentes instaurados nas instâncias arbitral ou judicial.

---

<sup>10</sup> CIArb Dispute Boards Rules – Article 4 – Dispute Adjudication Boards: [...] 3. A Decision is binding on the Parties upon its receipt and the Parties shall comply with it without delay. The Decision shall be enforceable and will stand unless superseded by agreement, arbitration or a judgment by the courts. [...] 5. If one Party rejects the Decision or fails to comply with it, either Party may submit the Dispute to arbitration for summary or other expedited relief, if the Parties have so agreed, or the courts, without prejudice to any other rights it may have. Pending a ruling by the arbitral tribunal or the court, the Parties must comply with the Decision. (CIARB, 2014, online).

#### 4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E *DISPUTE ADJUDICATION BOARD*: COEXISTÊNCIA POSSÍVEL?

Como visto em tópico precedente, o ponto principal de distinção entre os *dispute adjudication board* e as outras modalidades de *dispute resolution board* é a sujeição obrigatória das partes às suas decisões. Em um contrato privado, em que as partes atuam em situação de igualdade, tal característica não seria um problema, eis que entre elas há um pacto de livre vontade. No entanto, quando se considera um contrato administrativo típico, uma das partes é sempre a Administração Pública e essa atua com *ius imperii*. Em outras palavras, o Poder Público vê-se constantemente obrigado a perseguir o interesse público. Nesse contexto, uma questão surge: haveria alguma incompatibilidade na previsão de comitês de resolução de disputas de caráter adjudicatório nos contratos administrativos típicos?

##### 4.1 Caracterização dos contratos administrativos

Quando se consideram os contratos em que a Administração Pública figura como parte, convencionou-se classificá-los em duas categorias: os contratos administrativos, incidindo normas que compõem o regime jurídico de direito público, derogatórias, portanto, do direito comum, e, de outro ângulo, aqueles ajustes privados da Administração, quando esta se coloca em posição de igualdade com o particular, ajustes esses regidos, prioritariamente, por normas de direito privado (CARVALHO FILHO, 2023, p. 195).

Considerando os objetivos desta pesquisa, o estudo recairá apenas sobre os contratos administrativos, vez que nesses estão presentes prerrogativas ou poderes especiais de que o Poder Público se vale frente ao particular contratado. Prerrogativas essas que poderiam, numa análise preliminar, obstaculizar o pleno emprego de comitês adjudicatórios. Assim, antes de discorrer acerca de tais poderes especiais conferidos à Administração Pública e presentes em contratos administrativos, importa rememorar a sua origem.

A fonte das prerrogativas especiais outorgadas à Administração Pública é o denominado regime jurídico administrativo. Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2023, p. 101-103), o citado regime circunscreve um conjunto de traços e conotações que caracterizam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada na relação jurídica-administrativa. Tais prerrogativas e privilégios justificam-se em virtude da necessidade de satisfação do interesse público.

Assim, assegura-se autoridade ao Poder Público para a consecução de seus fins através da outorga de poderes especiais ante o particular. Ou seja, é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Trazendo a discussão para a seara dos contratos administrativos, José dos

Santos Carvalho Filho (2023, p. 151) assevera que dentre os traços particulares que os distinguem, antes do sujeito ou objeto, o regime jurídico de direito público é o mais marcante sem dúvida alguma.

Feitas essas importantes considerações acerca do regime dos contratos administrativos, é vital pormenorizar as prerrogativas especiais presentes em tais contratos que colocam a Administração Pública numa posição de vantagem, ou como dito pela doutrina, numa posição de supremacia frente ao particular.

São as denominadas cláusulas exorbitantes ou cláusulas de privilégio: possibilidade de alteração e extinção unilateral do contrato, fiscalização da sua execução, ocupação provisória de bens e utilização de pessoal vinculados ao objeto contratual e aplicação de sanções pela inexecução total ou parcial (CARVALHO FILHO, 2023, p. 157).

A prerrogativa que tem a Administração Pública de alterar ou modificar de maneira unilateral o contrato com a finalidade de melhor adequá-lo ao interesse público é, sem dúvida, a que mais explicita a desigualdade entre os signatários de um contrato administrativo. Evidentemente, tais alterações ou modificações não são ilimitadas e restringem-se às cláusulas de execução do objeto contratual não atingindo as econômico-financeiras que são alteradas apenas com o consenso das partes.

Além da modificação ou alteração contratual, o Poder Público possui ainda, amparado em razões de interesse público, a faculdade de extinguir unilateralmente o contrato quando entender que a consecução desse é mais perniciosa do que sua extinção (CARVALHO FILHO, 2023, p. 157). Cabe destacar que se a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o particular contratado deverá ser ressarcido dos prejuízos sofridos, tais como a devolução da garantia, se prestada, os pagamentos devidos pela execução até a data da extinção, bem como dos custos da desmobilização (DI PIETRO, 2023, p. 307).

Outra característica que distingue os contratos administrativos dos contratos privados é a exigência de fiscalização de sua execução por um representante especialmente designado pela Administração, denominado fiscal do contrato, sendo possível, inclusive, a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo nessa incumbência, consoante art. 117 da Lei de Licitações e Contratos.

Na execução do contrato, a Administração possui, ainda, a prerrogativa especial de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis, além da utilização de pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato. Como ensina Carvalho Filho (2023, p. 158), evidentemente, tal prerrogativa, que possui natureza cautelar, não deve ser imotivada e arbitrária, sendo desempenhada em caso de risco à prestação de serviços essenciais ou da necessidade de acautelar a investigação de faltas contratuais cometidas pelo contratado, nos termos do art. 104, V, “a” e “b” da Lei nº 14.133/2021.

E por derradeiro, a prerrogativa da aplicação de sanções administrativas pela inexecução total ou parcial do contrato. Tal privilégio funda-se na supremacia da Administração frente ao particular. Assim, vale dizer que o particular quando contrata com a Administração Pública

tem o dever de executar corretamente o contrato, vez que eventual inexecução tem o condão de afetar direta e indiretamente a própria coletividade (CARVALHO FILHO, 2023, p.158). A Lei nº 14.133/2021 em seu art. 156 prevê as seguintes sanções: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

Em que pese a existência de tais cláusulas exorbitantes, presentes implícita ou explicitamente em contratos administrativos, conclui-se que elas são incapazes de impedir ou obstaculizar a utilização dos *dispute adjudication boards*, porquanto, os diplomas legais em comento, Lei nº 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e Lei Municipal nº 16.873/18, delimitam a aplicação desse meio alternativo de resolução de conflitos às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, citando, no caso da Lei nº 14.133/2021, em caráter exemplificativo, questões relacionadas ao restabelecimento do reequilíbrio econômico financeiro do contrato, ao cálculo de indenizações e ao inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer das partes, campos, numa análise preliminar, não sujeitos ao poder de império da Administração.

Quanto ao inadimplemento de obrigações contratuais por parte do contratado, será pertinente, em virtude da insuficiente disciplina legal, ampliar a discussão, ante a incidência, nesse caso em específico, do poder sancionador do Estado. Assim, considerando a complexidade do assunto, tal discussão será realizada em tópico apartado.

#### 4.2 Direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos

Nesse ponto, importa esclarecer o que são direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos, dado que a expressão está presente na Lei nº 14.133/2021, quando trata dos meios alternativos de solução de controvérsias, bem como, conforme se verá em tópico futuro, na Lei Municipal nº 16.873/18.

Para tal, ressalta-se o posicionamento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2022, p. 1070-1073) quando trata da arbitragem nessa seara. Isso porque a autora afirma que numa primeira vista seria impossível conceber a ideia de direitos patrimoniais disponíveis quando se considera o patrimônio público, sendo esse entendimento, fruto, sobretudo, do apego que se tem pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, no entanto, o que se considera disponível na questão trazida à baila não é o interesse público em si, mas sim um direito patrimonial, caso em que sua disponibilidade, muitas vezes, seria mais interessante à coletividade do que sua preservação.

Assim, para Di Pietro (2022, p. 1070-1073), direitos patrimoniais disponíveis, no âmbito do direito público, são aqueles passíveis de valoração econômica. Num contrato administrativo, as cláusulas financeiras que têm relação com a remuneração do contrato e com o equilíbrio econômico-financeiro são consideradas disponíveis, sendo objeto de negociação entre as partes.

Situação diferente é o das cláusulas regulamentares. Essas decorrem do poder regulador da Administração Pública e são fixadas e alteradas unilateralmente por ela, cite-se como exemplo as que prevejam a fiscalização do contrato e a imposição de sanções pela inexecução total ou parcial do objeto, dentre outras. Sem embargo, a citada autora, assevera que os efeitos patrimoniais decorrentes do exercício desse poder por parte da Administração Pública são também passíveis de valoração econômica e, portanto, inserem-se no rol de direitos patrimoniais disponíveis.

Para tentar aclarar a questão, pode-se tomar como exemplo as sanções administrativas previstas no texto legal. Não se questiona que a aplicação de sanções é um dever da Administração e uma de suas prerrogativas. Dentre as sanções elencadas no art. 156 da Lei nº 14.133/2021 têm-se as seguintes: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração. A primeira questão que se impõe é: quais dessas modalidades de sanções poderiam ser consideradas inseridas no rol de direitos patrimoniais disponíveis? Numa análise perfunctória, pode-se afirmar que nenhuma, pois a imposição de sanções por inadimplemento contratual não pode ser considerada uma cláusula financeira e sim regulamentar.

No entanto, analisando a questão de modo mais aprofundado observa-se que, dentre as referidas sanções as quais a Administração tem a prerrogativa de aplicar ao contratado, a única que pode ser considerada como patrimonial é a multa contratual que, consoante disposto no § 3º do art. 156 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, será calculada na forma do edital ou contrato, condicionando sua aplicação à previsão naqueles instrumentos. Portanto, a multa contratual, compensatória ou moratória, é patrimonial pelo fato de referir-se a uma indenização financeira dirigida à Administração em decorrência de um inadimplemento na execução do contrato por parte do particular signatário do ajuste. São os efeitos patrimoniais decorrentes do poder regulador de que dispõe a Administração, conforme aduz Di Pietro (2022, p. 1073).

Nessa toada, Gustavo Schiefler (2016, p. 992-994), quando trata dos litígios decorrentes de contratos administrativos que podem ser apreciados em sede arbitral, insere a multa contratual no rol de direitos patrimoniais disponíveis, podendo, segundo sua análise, ser discutida a efetiva ocorrência do inadimplemento contratual alegado, bem como a correspondência da multa aos critérios objetivos previstos no edital ou contrato. Tal entendimento, mesmo tendo sido construído com base na aplicação no âmbito arbitral, pode ser transposto para os *dispute adjudication board*, eis que, assim como prevê a Lei de Arbitragem, a Lei nº 14.133/2021 e a Lei Municipal nº 16.873/2018 também contemplam a aplicação dos comitês de resolução de disputa em qualquer de suas modalidades para dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos.

Frise-se que as outras sanções às quais a Administração tem a prerrogativa de aplicar ao particular contratado, em decorrência de inexecuções contratuais, quais sejam advertência, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, não podem ser enquadradas como direito patrimonial disponível. O que sustenta tal entendimento é o fato de que as outras sanções não afetam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou não se relacionam com

qualquer direito patrimonial, ante seu caráter subjetivo e extracontratual, tampouco são passíveis de disponibilidade, vez que a aplicação dessas não constitui um direito de livre disposição pela Administração (SCHIEFLER, 2016, p. 992-994).

## 5 A LEGISLAÇÃO PAULISTANA ACERCA DOS *DISPUTE BOARDS*

Malgrado a utilização dos *dispute boards* com sucesso em diversos países<sup>11</sup>, pelo menos no Brasil, poucas tinham sido as iniciativas voltadas a sua implementação no setor público. Ademais, os gestores públicos, em sua maioria, sempre receosos de agirem de encontro à legalidade, esperavam um instrumento normativo que previsse o uso dessa ferramenta em seus contratos, inclusive como forma de evitar indesejáveis entraves com os respectivos Tribunais de Contas. Nesse contexto houve, então, a promulgação da Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018 no Município de São Paulo, primeira a reconhecer e regulamentar os *dispute boards* em contratos administrativos no país.

No texto da pioneira Lei Municipal nº 16.873/18 os *dispute boards* foram designados como Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, sendo destinados a dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis em contratos de duração continuada da Administração Direta e Indireta do Município, consoante estabelecido em seu art. 1º. Nesse mesmo dispositivo consta que, sendo o caso de constituição dos Comitês, sua previsão deve estar presente no edital de licitação, bem como, por óbvio, no respectivo contrato.

Dando continuidade à análise da Lei nº 16.873/18, observa-se que, referente aos Comitês, o texto legal estabeleceu que, a depender da natureza prevista contratualmente, poderão ser por revisão, por adjudicação ou híbridos, seguindo a mesma tipologia proposta no regulamento da ICC. No que toca às decisões com poderes de adjudicação ou vinculação, estabelece o parágrafo único do art. 2º, que essas poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral nos casos de inconformismo de qualquer das partes, o que é esperado, tendo em vista a natureza contratual que lhes é própria.

O diploma legal em comento, em seu art. 6º, estabelece que o Comitê será composto por três pessoas capazes e de confiança das partes, sendo, preferencialmente, dois engenheiros e um advogado, sendo esses indicados pelas partes em conjunto. Curiosa é a previsão de dois engenheiros na composição dos Comitês, uma vez que esses deveriam funcionar em contratos continuados, não sendo de uso restrito do setor da construção civil. Assim, seria mais coerente com o *caput* do art. 1º se a redação, em substituição a “engenheiros”, trouxesse a expressão “profissionais de notório saber na área objeto”, “profissionais renomados na área objeto” ou, como traz o texto do

---

<sup>11</sup> Internacionalmente, os *dispute boards* colecionam histórias de sucesso. Foi o mecanismo utilizado durante a construção do aeroporto internacional de Hong Kong e do Eurotúnel. Também se destacou na construção de um reator de fusão nuclear no sul da França. Países como Peru, Chile e El Salvador também registram leis que preveem o uso dos DB na América Latina (SILVA NETO, 2019, p. 73).

Projeto de Lei nº 9.883/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados, membros “com conhecimento técnico sobre o objeto do contrato”. Observa-se, neste ponto, uma imprecisão técnica do dispositivo legal.

Além disso, todos os procedimentos do Comitê observarão os princípios da legalidade e da publicidade, bem como seus membros deverão proceder com imparcialidade, independência, competência e diligência, inclusive, sendo, no exercício de suas funções, equiparados a funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal, conforme arts. 5º, 6º e 8º.

Outra previsão interessante, trazida no art. 7º, quanto aos membros do Comitê é a aplicação dos casos de impedimento e suspeição de juízes previstos no Código de Processo Civil, sendo de responsabilidade dos indicados, antes da aceitação da função, revelar qualquer fato que possa colocar em dúvida sua imparcialidade e independência.

Como o desempenho das funções no Comitê é remunerado, encarregou-se a Lei nº 16.873/18 de estabelecer as responsabilidades das partes no pagamento dos honorários. Assim, de acordo com a interpretação do art. 4º, esses valores devem integrar o orçamento da contratação e serão pagos na integralidade pelo contratado privado (instalação e manutenção do Comitê), ficando o órgão contratante, após a aprovação das medições estipuladas no contrato, responsável pelo reembolso da metade de tais custos.

Tal como previa em seu art. 9º, a lei paulistana 16.873/18 foi regulamentada pelo Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. O citado regulamento, como será debatido, acabou por criar restrições e óbices à utilização dos *dispute resolution boards* nos contratos administrativos firmados pela Administração municipal de São Paulo.

Já em seu art. 2º, o decreto em comento assevera que os editais de licitações de contratos de obras públicas, bem como de concessão ou permissão que tenham como objeto, ou parte do objeto, a execução de obras, com valores iguais ou superiores a duzentos milhões de reais, a serem celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo, poderão prever a adoção dos *dispute boards*. Ora, somente aí um claro encolhimento do escopo da Lei Municipal nº 16.873/18 que fala em contratos continuados, sem qualquer restrição a objetos ou valores das contratações.

Se não bastasse tal desvirtuamento, o Decreto nº 60.067/21, ainda no §4º do art. 2º, cria outra barreira, afirmando que a regra é a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas de caráter revisor. Portanto, a previsão de Comitês de natureza adjudicatória ou híbrida apenas pode ocorrer em situações excepcionais, devidamente justificadas pela autoridade competente e após ouvida a Procuradoria Geral do Município (inciso II, parágrafo único, art. 3º).

O citado regulamento apresenta uma série de critérios para a escolha dos membros que comporão os Comitês, reproduzindo regras contidas na Lei nº 16.873/18, especialmente no tocante à imparcialidade, impedimentos, suspeições e equiparação a funcionários públicos, para fins da legislação penal (art. 7º).

No entanto, curiosa é a regra contida no art. 9º que permite, em caso de conflito entre as partes do contrato e sendo o ente contratante órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta representada pela Procuradoria Geral do Município, a indicação de Procurador para acompanhar e representar o Município nas audiências do Comitê. Ainda que a indicação de membro da advocacia pública para acompanhar os trabalhos dos Comitês, nos casos anteriormente mencionados, seja um ato discricionário do Procurador Geral do Município, tal atuação mostra-se uma ingerência desarrazoada, eis que, a despeito da natureza atribuída a eles, revisora, adjudicativa ou híbrida, afrontaria a independência e a imparcialidade aos quais seus membros estão obrigados.

À vista disso, entende-se que não há qualquer motivo razoável para que Procuradoria do Município atue junto aos Comitês em caso de disputa, isso porque, uma vez tendo optado por sua instalação, a indicação de seus membros recaiu em pessoas capazes e de confiança de ambas as partes, portanto, o ingresso de um representante da Administração num Comitê, em meio a um conflito, poderia abalar a confiança que é, destaque-se, a base tanto da opção de utilização desse método de resolução de disputas quanto de sua efetividade.

Assim, a constatação evidente é a de que o Decreto nº 60.067/21 trouxe limitações à Lei nº 16.873/18, nos seguintes pontos: a) a adoção dos Comitês passou a ocorrer apenas em contratos de obras públicas e de execução continuada, bem como de concessão ou permissão que tenham como objeto, a execução de obras, com valores iguais ou superiores a duzentos milhões de reais, ao contrário da Lei nº 16.873/18 que previa a instalação em contratos de duração continuada para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis e b) a tentativa de afastar a utilização dos Comitês cujas decisões sejam de cunho vinculante, *dispute adjudication board*, relegando sua previsão a situações excepcionais e após consulta à Procuradoria Geral do Município.

A partir daí, após examinar minuciosamente os dispositivos previstos pela pioneira Lei Municipal, bem como depois de constatar o engessamento procedimental ocasionado pelo Decreto nº 60.067/21, torna-se necessário investigar os impactos da regulamentação na efetiva utilização dos DB no município de São Paulo.

## 6 A UTILIZAÇÃO DOS *DISPUTE RESOLUTION BOARDS* NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O protagonismo do Município de São Paulo na previsão legal dos *dispute resolution boards* em contratos administrativos é inegável. A Lei Municipal nº 16.873/18 foi um marco, ante a discussão, que havia até então, acerca da legalidade na utilização dos comitês de solução de disputas nos contratos administrativos.

Outros municípios brasileiros seguiram o exemplo de São Paulo e previram a utilização desse importante método de resolução de controvérsias em seus contratos administrativos,

corroborando a importância do mecanismo e impulsionando a sua utilização. Como exemplo, pode-se citar o município de Belo Horizonte com a Lei nº 11.241/20 e o de Porto Alegre com a Lei nº 12.810/22.

A despeito de tal visão inovadora na promulgação de um diploma legal prevendo a utilização dos *dispute boards* em contratos administrativos, fato é que, como visto precedentemente, a regulamentação da lei com o Decreto nº 60.067/21 acabou por reduzir o campo de utilização dos *boards*, tendo em vista a previsão apenas em obras públicas de valor igual ou superior a duzentos milhões de reais e, no caso dos *dispute adjudication boards*, condicionando sua previsão a situações excepcionais e devidamente justificadas pelo gestor responsável e após parecer emitido pela Procuradoria Geral do Município.

Numa pesquisa realizada no Portal da Transparência, através do Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão (SÃO PAULO, 2023), no período de junho de 2022 a maio de 2023, contemplando 77 (setenta e sete) órgãos do Município de São Paulo, foi possível constatar a diminuta previsão dos *dispute resolution boards*, de qualquer natureza, em contratos administrativos celebrados, sendo isso fruto, em grande medida, das limitações impostas pelo referido decreto.

A pesquisa buscou acesso a informações relativas à quantidade de contratos administrativos nos quais houve a previsão dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, como são denominados pela Lei nº 16.873/18, desde sua entrada em vigor, bem como a natureza dos comitês porventura instalados, se revisora, adjudicativa ou híbrida. Assim, dos 77 (setenta e sete) órgãos componentes da estrutura do Município de São Paulo, apenas 3 (três) previram *dispute boards* em seus contratos administrativos desde a entrada em vigor da mencionada lei municipal (SÃO PAULO, 2023).

Uma constatação relevante foi que a maioria dos órgãos, 41 (quarenta e um), motivaram a não utilização dos Comitês nos fatores objeto e/ou valor das contratações, limitações, como vistas alhures, impostas pelo Decreto nº 60.067/21. Outros 33 (trinta e três) órgãos apenas responderam que nunca haviam previsto em seus contratos administrativos os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, sem qualquer motivação específica (SÃO PAULO, 2023).

Como ressaltado anteriormente, de todos os órgãos que compõem a estrutura do Município de São Paulo, apenas 3 (três) deles previram em seus contratos administrativos cláusulas autorizando a instituição de *dispute boards*. Foram eles: a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo (SP Regula), cada qual com 1 (um) contrato na modalidade concessão administrativa de serviço público, e a Secretaria de Gestão Municipal (SGM) com 8 (oito) contratos também naquela modalidade. Da análise dos termos dos contratos citados, observa-se que as cláusulas que previram a instituição dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, 5 (cinco) são de natureza adjudicativa e 2 (dois) de natureza revisora. Em outros 3 (três), em decorrência da insuficiência de dados, não foi possível aferir qual a natureza dos Comitês instalados (SÃO PAULO, 2023).

Outra observação importante é que na maioria dos contratos em que houve a previsão de instalação dos Comitês, ou seja, 9 (nove) deles, os editais de licitação aos quais aqueles estavam vinculados, foram publicados antes da entrada em vigor do Decreto nº 60.067/21, não sendo influenciados, portanto, pelo referido regulamento (SÃO PAULO, 2023).

Outro ponto relevante é que os contratos administrativos nos quais houve a previsão de cláusulas autorizativas da utilização de *dispute boards*, conforme mencionado anteriormente, são na modalidade concessão de serviço público regidos, portanto, pela Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços público (SÃO PAULO, 2023). Os contratos dessa modalidade, em que pesem algumas semelhanças, possuem características distintas dos contratos administrativos típicos, principalmente no que se refere às cláusulas exorbitantes.

Deste modo, as informações disponibilizadas pelo Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão apenas demonstram a parca utilização dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas nos contratos administrativos firmados pelo Município de São Paulo, sejam eles de natureza adjudicativa, revisora ou híbrida. Ressalte-se que quando se considera apenas os contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021, anteriormente caracterizados neste trabalho, o Município de São Paulo jamais previu cláusulas autorizativas da utilização dos *boards*.

## 7 CONCLUSÃO

Os *dispute resolution boards* notoriamente constituem-se em métodos eficientes para a prevenção, bem como a solução de litígios em contratos. No caso da modalidade *dispute adjudication board*, objeto deste estudo, demonstrou-se sua plena aplicabilidade aos contratos administrativos típicos, em que pese a presença das denominadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio. Tais cláusulas, que conferem à Administração Pública poderes especiais e não admitidos em contratos privados, não são objeto das deliberações dos *adjudication boards*, visto que essas recaem sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, sobre cláusulas financeiras dos contratos administrativos ou, ainda que não financeiras, como as multas contratuais, mas que possuam efeitos patrimoniais.

Após tais conclusões acerca da aplicabilidade dos *dispute adjudication boards* aos contratos administrativos, principal objetivo deste trabalho, buscou-se analisar a legislação do Município de São Paulo sobre o tema. A constatação foi de que a Lei Municipal nº 16.873/18, pioneira no país ao instituir esse método alternativo de solução de disputas nos contratos administrativos, trouxe vários avanços nessa seara, em especial, prevendo sua utilização em contratos continuados de qualquer natureza, no entanto, foi severamente limitada pelas disposições contidas no Decreto nº 60.067/21, principalmente, no que tange ao objeto, execução de obras, bem como aos valores das contratações. No caso dos *dispute adjudication boards*, sua utilização em contratos administrativos, considerando os regramentos introduzidos pelo citado decreto, passou a ser uma extrema exceção.

Muito embora não haja dúvida quanto à perfeita compatibilidade entre os DBs e os contratos administrativos, o fato é que a experiência paulistana na utilização dos *dispute adjudication boards* em contratos administrativos típicos, ou seja, aqueles regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mostrou-se inexistente, visto que essa deu-se apenas em contratos de concessões públicas, que possuem regramento próprio, consoante análise das informações franqueadas através do Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão.

Assim, a despeito de o Município de São Paulo ter estado na vanguarda ao reconhecer a instalação dos *dispute adjudication boards* em seus contratos administrativos e de não haver qualquer óbice na sua previsão, fato é que a norma regulamentadora editada pelo Poder Executivo municipal, Decreto nº 60.067/21, de modo desarrazoado, estreitou seu uso. As discussões acerca da legalidade do Decreto nº 60.067/21 e da ofensa ao princípio da hierarquia das normas não foram objeto deste estudo, porém faculta-se como sugestão para futuras pesquisas.

Não obstante, justamente ao constatar os impactos negativos ocasionados pelo Decreto nº 60.067/21, é que se destaca a relevância dos estudos e da propagação acerca da potencialidade dos *dispute boards* nos contratos administrativos, a fim de que o mecanismo não se torne “letra-morta” nos dispositivos legais e que a Administração Pública possa desfrutar de suas vantagens como ferramenta imprescindível à promoção do desenvolvimento socioeconômico e de transparência nas relações contratuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Lei de licitações e contratos administrativos*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL, Projeto de Lei nº 9.883, de 27 de março de 2018. *Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CHAPMAN, Peter H. J. The Use Of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. 1, n. 3, oct. 2015. Disponível em: [http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR\\_3-web-051.odf](http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/11/TCLR_3-web-051.odf). Acesso em: 03 jul. 2023.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS [CI Arb]. *Dispute board rules*. London, 2014. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/3934/ciarb-dispute-board-rules-practice-standards-committee-august-2014.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2023.

DANTAS, Rodrigo da Costa; DANTAS, Débora Correa. Dispute boards e a prevenção de litígios.

*Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 5, n. 1, p. 3-20, 2017. Disponível em:

<http://177.221.187.84/index.php/revista/article/view/53>. Acesso em: 27 ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION [DRBF]. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures*. North Carolina, 2019. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5753005/mod\\_folder/content/0/DRBF-manual-2019.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5753005/mod_folder/content/0/DRBF-manual-2019.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 26 ago. 2023.

DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. *Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública*. São Paulo: Almedina, 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE [ICC]. *Regulamento relativo aos Dispute Boards*. Paris, 2019. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5808374/mod\\_folder/content/0/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5808374/mod_folder/content/0/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf?forcedownload=1). Acesso em 26 ago. 2023.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. *Revista de Processo*, v. 300, p. 343-362, fev. 2020.

SÃO PAULO, Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. *Regulamenta a [Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018](#), que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo*. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SÃO PAULO, Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. *Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo*. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SÃO PAULO, Prefeitura de São Paulo. *Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão*. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://esic.prefeitura.sp.gov.br/> Acesso em: 26 ago. 2023.

SCHEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite-Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, p. 989-995, 2016. Disponível em:

<https://schiefler.adv.br/wpcontent/uploads/ARBITRAGEM%20NOS%20CONTRATOS%20ADMINI>

STRATIVOS%20E%20O%20CRIT%C3%89RIO%20PARA%20IDENTIFICA%C3%87%C3%83O%20DOS%20LIT%C3%8DGIOS%20QUE%20ENVOLVEM%20DIREITOS%20PATRIMONIAIS%20DISPON%C3%8DVEIS.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *dispute boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 37-102.

SILVA NETO, Augusto de Barros Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. R. Bras. AI. Dis. Res – RBADR, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, p. 69-95, jul./dez. 2019.

SILVA, Leonardo Toledo da; PESSOA, João Paulo. Os Dispute Adjudication Boards (“DAB”) em Contratos Públicos e Privados e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *Manual de Dispute Boards: Teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 421-434.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 140-173, 2006.

WALD, Arnold. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.



AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO<sup>1</sup>Juliano Lira Guimarães<sup>2</sup>João Hélio Coutinho<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como finalidade promover a reflexão entre o desenvolvimento econômico e as normas tributárias indutoras, como o estado por meio da atividade financeira e a extrafiscalidade é capaz de direcionar e controlar o desenvolvimento. O desenvolvimento econômico apresenta-se por vezes com a quantificação do Produto Interno Bruto – PIB e a renda per capita da sua população. Esses critérios traduzem de fato o crescimento econômico, contudo não estão relacionados diretamente ao desenvolvimento, mister se faz necessário observar outras questões como liberdade e os índices de desenvolvimento humano para sim concluir pela superação do subdesenvolvimento. Dessa forma, entre a diversas atribuições do Estado, este tem como o objetivo da sua atividade promover o desenvolvimento econômico para garantir a sua população melhor qualidade de vida, afastando a pobreza e precariedade nas condições de vida. Assim, os incentivos fiscais são uma importante ferramenta como forma de desenvolvimento, atraindo importantes a agentes econômicos que promoverão o crescimento econômico gerando riquezas. Em um país como o Brasil em que diversas regiões se enquadram como subdesenvolvidas, a concessão de incentivos fiscais é fundamental para alavancar a indústria, de modo a promover a população da região favorecida o acesso a bens de consumos, empregos de qualidade, até então não possíveis sem os incentivos como consequência da política tributária de incentivos fiscais.

**Palavras chaves:** Desenvolvimento Econômico. Tributação. Atividade Financeira. Extrafiscalidade. Incentivos. Benefícios fiscais.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to promote reflection between economic development and inducing tax rules, such as how the state through financial activity and extra-fiscality is capable of directing and controlling development. Economic development is sometimes presented with the quantification of the Gross Domestic Product – GDP and the per capita income of its population. These criteria actually translate economic

---

<sup>1</sup> Recebido em: 16/11/2023. Aprovado em: 29/12/2023.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário na Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Especializado em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (2008). Atualmente é Advogado.

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2011) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002). Atualmente é professor assistente da Universidade Católica de Pernambuco e Auditor Fiscal do Tesouro Estadual - Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco aposentado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Financeiro e Administrativo.

growth, however they are not directly related to development, it is necessary to observe other issues such as freedom and human development indices in order to conclude that underdevelopment has been overcome. Thus, among the various responsibilities of the State, the objective of its activity is to promote economic development to guarantee a better quality of life for its population, eliminating poverty and precarious living conditions. Thus, tax incentives are an important tool as a form of development, attracting important economic agents that will promote economic growth by generating wealth. In a country like Brazil where several regions are classified as underdeveloped, the granting of tax incentives is necessary to boost the industry, in order to promote the population of the favored region access to consumer goods and quality jobs, which until then were not available. possible without the incentives as a consequence of the tax policy of tax incentives.

**Keywords:** Economic Development. Taxation. Financial Activity. Extrafiscality. Incentives. Tax benefits.

## INTRODUÇÃO

A primeiro ponto do artigo trata das características do subdesenvolvimento e da necessidade de superação com o desenvolvimento econômico, que por vezes países podem ter elevado PIB, mas, mesmo, assim pode apresentar características de subdesenvolvimento e continuar subdesenvolvido com o crescimento econômico, uma vez que o desenvolvimento não está associado diretamente a renda per capita, de modo que para alcançar o desenvolvimento é necessário uma mudança em todo o processo estrutural do país, inclusive, com promoção de liberdades cerceadas para então afastar a pobreza.

A parte dois deste estudo desenvolve-se em torno da atividade financeira do estado e extrafiscalidade, em que o papel do Estado não está limitado a apenas a realizar suas funções administrativas, sua função vai além por meio da extrafiscalidade. O Estado para promover o desenvolvimento econômico, utiliza a tributação para produção dos efeitos extrafiscais da atividade financeira, isto é, efeito decorrentes da intervenção do Estado, pelas finanças públicas, na vida econômica e social.

Por último registra a isenção fiscal na indução das atividades econômicas através das normas tributárias. Esta parte o artigo esclarece como os incentivos fiscais são capazes de desenvolver setores econômicos específicos, ou seja, a ausência ou sua redução de tributação, faz com que o Estado controle e induza o comportamento de econômico da sociedade, vindo a estimular ou desestimular agentes econômicos.

## 1 O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A teoria do desenvolvimento econômico passou a ocupar atenção dos estudiosos sobretudo a partir do segundo pós-guerra. Ela integra, sem dúvida, a macroeconomia, pois o desenvolvimento é um fenômeno que abarca todo o conjunto e não apenas parcelas do sistema econômico. Mesmo quando alguns setores específicos são privilegiados numa política desenvolvimentista, eles são encarados primordialmente pela contribuição que possam trazer para o todo, portanto, os seus aspectos microeconômicos não são olvidados.<sup>4</sup>

Em meados da década de 40, as grandes preocupações com a eficiência estática da economia já haviam sido superadas, graças a contribuição keynesiana e aos próprios efeitos da guerra, a qual trouxe uma solicitação de bens e serviços responsável pela desaparecimento do resto da capacidade ociosa ainda existente no fim da década anterior. O novo desafio passou então a ser não mais o de preencher a capacidade produtiva instalada, mas expandir esta mesma capacidade para níveis mais elevados, a fim de atender às crescentes necessidades de uma parcela também crescente da humanidade. Esta seria a eficiência dinâmica, por importar uma permanente e auto-sustentada evolução em toda estrutura não apenas econômica, mas social cultural dos países onde se implantasse o processo desenvolvimentista.<sup>5</sup>

O impacto trazido pela independência de um grande número de países em decorrência do movimento de descolonização veio a revelar uma realidade preocupante para o equilíbrio e manutenção da paz mundial a tão duras penas conquistada. Com efeito, cerca de uma centena de países que constituíram a Organização das Nações Unidas, surgida dos escombros da Segunda Guerra, menos de 20% poderiam ser considerados como desenvolvidos. Concentravam-se na Europa ocidental e no norte do continente americano, com mais o Japão na Ásia e a Austrália. Geograficamente a desproporção era mais chocante: os desenvolvidos ocupavam um espaço ainda menor, o mesmo se podendo dizer, e com maior ênfase, quanto à distribuição da população e da renda entre nações ricas e pobres.<sup>6</sup>

O panorama mostrava um fato até então pouco avaliado e discutido: o de ser o desenvolvimento um fenômeno excepcional na história da humanidade, não podendo ser encarado como mera questão de tempo ou simples estágio provisório de uma evolução futura. Pelo contrário, o subdesenvolvimento, à falta de uma decidida política destinada a erradicá-lo, tendia a ser manter indefinidamente, regredindo mesmo, em muitos casos, para níveis inferiores de atividade produtiva e de padrão de vida.

---

<sup>4</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia—Introdução ao Direito Econômico. revista. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2000, p. 343.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 344.

Todas essas evidências levaram os estudiosos a se debruçarem sobre o assunto com vistas a diagnosticar as características e as causas do subdesenvolvimento (Economia positiva) e a recomendar políticas para sua superação (economia normativa).

As características do subdesenvolvimento são inúmeras e, evidentemente, variam de um para outro país, mas alguns traços comuns podem ser destacados:

- a) Baixa renda per capita, correspondendo a algo como um décimo ou menos da média dos mais desenvolvidos, hoje ao redor de US\$ 20,000 a US\$ 25,000;
- b) Grande desigualdade na distribuição dessa renda, com extremos de riqueza e de pobreza; parcela considerável da renda total é detida por reduzida percentagem da população;
- c) Altas taxas de natalidade e de mortalidade
- d) Alta participação do setor primário da econômica na formação da renda. O setor secundário (indústria) é atrofiado e do terciário inflado, devido ao grande contingente de serviços de reduzida ou nula produtividade, a configurar não uma atividade produtiva mas mais um desemprego disfarçado;
- e) Baixa produtividade da mão-de-obra;
- f) Baixos padrões médios de consumo e de qualidade de vida; tais como instrução, nível sanitário, adequação alimentar e outros da espécie;
- g) Mau funcionamento ou inexistência de instituições políticas mais aprimoradas. Forte influência de oligarquias na legislação e na sua aplicação.<sup>7</sup>

Dentro desse quadro, é obviamente irrelevante qual o tamanho absoluto da economia de um país, pois ele, em função do seu território ou do tamanho da população, poderá em termos brutos apresentar um PIB elevado, o qual nada ou muito pouco significará ante os indicadores específicos do subdesenvolvimento, tal como enunciados. Eles apontam para a essência do problema do subdesenvolvimento, mostrando se ele antes de tudo, é cultural, para apenas depois tornar-se econômico.

Dada a grande extensão territorial e diversidade entre as regiões brasileiras, tais dados de caráter nacional pouco significam, mas é forçoso convir que se poderão melhorar para algumas regiões do país, piorarão sensivelmente para as demais (em maior número), mostrando um país, ainda, em sua essência subdesenvolvido.

O crescimento e desenvolvimento econômico tem sido definido como processo auto-sustentado, que leva a renda per capita a se elevar continuamente ao longo de um dado período. Em outras palavras, é um processo contínuo pelo qual a disponibilidade de bens e serviços cresce em proporção superior ao do incremento demográfico de uma dada sociedade.<sup>8</sup>

Esta definição peca por ser incompleta ou por ser por demais otimista. Incompleta porque poderá haver o crescimento assinalado sem se fazer acompanhar por um efetivo progresso naqueles outros requisitos acima apontados. Otimista porque, tomada por

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 345.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 347.

outro lado, leva a crer que a simples elevação da renda implicará necessariamente aquele progresso nos setores apontados.

A conclusão a se tirar é a de que o desenvolvimento é, sem dúvida, um processo como o acima enunciado, mas não é apenas isso. Ele é mais envolvente e mais exigente, não podendo se limitar a um dado quantitativo, muito embora a variável escolhida – renda per capita – represente uma grandeza complexa, no sentido de abarcar toda uma gama de indicadores e de situações. Mas não é só. O desenvolvimento envolve uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade do país em questão. Mesmo quando tais mudanças são quantitativamente expressas, elas traem ou revelam uma massa substancial de alterações de natureza qualitativa, inclusive de ordem cultural.<sup>9</sup>

Questão relevante é a percepção de que o desenvolvimento não é mero crescimento econômico, conforme nos alerta Amartya Kumar Sen<sup>10</sup>, ao enfatizar a relação entre desenvolvimento e liberdade, como neste escólio:

Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que teria sido difícil até mesmo imaginar um ou dois séculos atrás. [...] Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônicas muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas,..... [...] Superar esses problemas é uma parte central do processo de desenvolvimento.

A Amartya Kumar Sen<sup>11</sup> propõe desenvolver e ser livre, uma vez que, partindo da teoria de Adam Smith, procura demonstrar que o desenvolvimento pode vir a ser um processo umbilicalmente relacionado à expansão da liberdade para todos os indivíduos. Portanto, para ele, o desenvolvimento só terá razão de ser se significar melhores condições para a expansão das liberdades individuais. Nesse sentido, assevera que:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Estabelece-se, desta forma, a distinção entre desenvolvimento e crescimento induzido: aquele é um progresso com alterações estruturais, afirmando-se com forças próprias; este é induzido por fator de fora, não provoca propriamente o progresso mais infla a economia, a qual se esvazia uma vez cessada a causa. Afora o crescimento induzido, o crescimento simples é o processo de expansão de renda sem mudanças estruturais apreciáveis. Assim, uma vez transformada a estrutura de um país ou de uma região, com a sua ascensão ao estágio de pleno

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>10</sup> SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p., p. 16.

desenvolvimento, aquilo que antes era um processo de evolução passa a ser uma situação, ou seja, ele agora integra o rol dos desenvolvidos. Isto não significa não possa ele continuar crescendo ou, eventualmente, experimentar algum retrocesso nesse crescimento. Mas o grande salto já foi dado. A sua estrutura já passou por aquelas modificações substanciais que o levaram ao novo status. Volta-se, então, a falar em crescimento e não mais em desenvolvimento, pois este já aconteceu.<sup>12</sup>

Os motivos e fases do desenvolvimento são um processo de transformação estrutural, parece lógico terem os vários estudiosos do tema se colocado duas questões fundamentais. Em primeiro lugar, quais as causas que o deflagram. Em segundo lugar quais os estágios a serem percorridos até ser atingida a plena maturidade econômica.<sup>13</sup>

Três fatores cruciais têm sido identificados na raiz de virtualmente todos os processos de desenvolvimento: a acumulação de capital, a evolução tecnológica e a existência de um mercado consumidor. Com efeito, se em última análise, ele redundava numa produção maior por habitante, não há como fugir à necessidade de se criar um excedente sob a forma de recursos destinados ao investimento em capital fixo social para com ele alavancar essa maior produção. Mas isto é uma espécie de truísmo, há aí, parece óbvio demais, e não atenta para a grande dificuldade justamente de conseguir formar algum capital onde o baixo nível de renda impera.<sup>14</sup>

O círculo vicioso da pobreza – A essa dificuldade conatural ao próprio estado de subdesenvolvimento tem sido dado o nome do círculo vicioso da pobreza. Ele se expressa muito simplesmente pelo fato de os vários países pobres terem como marca fundamental um PIB mínimo ao qual corresponde uma baixa renda de sua população. Esta renda, por ser baixa, mal permite o atendimento das necessidades básicas, pouco ou nada sobrando para ser acumulado como capital. Mesmo a pequena parcela de alta renda não terá porque acumular capital produtivo, pois a pobreza da maioria da população não lhe permitiria absorver os bens que tal capital permitisse produzir. E, assim, o excedente, além de pequeno, não tem como ser canalizado para um emprego compatível com qualquer veleidade desenvolvimentista. Será provavelmente gasto no consumo de alto luxo, até mesmo fora do país ou da região.<sup>15</sup>

Numa situação como a descrita, o súbito aumento do preço de um bem ali produzido ou produzível provocaria, muito provavelmente, um surto de crescimento induzido. Mas se não houvesse um processo de distribuição de renda que levasse a criação de um mercado excedente, embora maior, não seria potencializado para o investimento e continuaria sendo

---

<sup>12</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia–Introdução ao Direito Econômico. revista. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2000, p. 348-349.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p., p. 349.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 350.

exportado, isto é, mandado para fora em troca de bens de consumo. Em suma, a estrutura existente, pela sua rigidez, não permitiria fosse quebrado tal círculo vicioso e, passada a expansão induzida novamente se contrairia. Quebrar, pois, esse círculo vicioso é o desafio inicial de qualquer política de desenvolvimento.

A criação de mercado – Esta quebra poderia ocorrer, caso, concomitantemente com o surto exportador, se tivesse implantado, natural ou provocadamente, um processo de distribuição de renda apto a levar uma parte maior da população a ter condições de consumir acima do estrito nível de sobrevivência. Imagine-se, por exemplo, a instalação de algumas fábricas para beneficiar ou industrializar o produto local, até então vendido em bruto. Ou uma obra pública lançada pelo governo.

A solicitação de mão-de-obra e a sua qualificação, ainda quando elementar, promovida quer pelas próprias fábricas, quer pelo governo, acarretariam uma diferenciação salarial e o surgimento de uma classe média consumidora inicialmente obrigada a se abastecer com produtos vindos de fora – do país ou da região. Uma vez, porém, criado esse mercado incipiente, já começará a haver algum estímulo para se investir a fim de atender às suas incipientes exigências. E esse investimento, dirigir-se-á, provavelmente, para a chamada substituição de importações, ou seja, a produção local de bens de consumo imediato até então importados – do exterior ou de outras regiões –, tais como alimentos, tecidos, materiais de construção etc. Os novos assalariados dessas fábricas engrossariam o batalhão de consumidores, escalonados pelas várias faixas de remuneração, criando-se uma procura diversificada, a gerar maior variedade de ramos no parque produtor recém-criado. O contingente populacional tanto poderia ser autóctone quanto importado, via imigração. É necessária, porém, uma ressalva: não é a simples existência desse contingente populacional um fator do desenvolvimento, mas sim daquele já minimamente qualificado ou apto a receber alguma qualificação profissional para se transformar em mercado. Mais do que isso, em seu meio é imprescindível a existência de um grupo dotado de iniciativa empresarial, pronto a assumir os correspondentes riscos. À ausência de tais requisitos mínimos, uma massa populacional numerosa será um fator negativo, por exigir investimentos não devolvidos à sociedade sob a forma de capacidade produtiva: empresarial ou laboral.<sup>16</sup>

Transferência da tecnologia – No entanto, até então mudança na estrutura já em processo estaria a demandar um elemento essencial para lhe garantir a continuidade – fator tecnológico.

A tecnologia, por ensejar aumento da produtividade dos demais fatores de produção, responderá não apenas pelo uso mais eficiente destes últimos, como também permitirá a liberação da mão-de-obra do setor primário para os demais, eliminando o fenômeno

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 350-351.

já descrito de unidade do fator trabalho estarem operando com uma produtividade tão baixa, a caracterizar mais um desemprego disfarçado. É esse o momento do primeiro salto qualitativo. E para um saudável início é importante que ele se dê na agricultura, pois, então, ela liberará braços para a indústria ou os serviços mesmo com o menor número de trabalhadores estará produzindo tanto ou até mais do que antes, assegurando assim o suprimento de víveres às cidades, sem pressões inflacionárias de cunho estrutural.

O processo de política de desenvolvimento exige-se a presença do Estado, esta dá-se sobretudo por via da indução, ou seja medidas com vistas a estimular determinados setores ou atividades, bem como pela geração de economias externas, como estradas, usinas de energia, obras-de-infraestrutura.

Política tributária – Inclui a elevação de tarifas de importação para reserva de mercado à indústria nacional, a concessão de incentivos fiscais para investimentos em determinadas áreas geográficas, setores ou mesmo para capitalização de empresas, penalização tributária do consumo em alguns de seus segmentos, tributação progressiva de terras e terrenos ociosos e outras medidas da espécie a integrarem uma complexa legislação, que vêm enriquecer e dar mais vida ao Direito Tributário Clássico, empenhado, como já se disse, apenas em coletar recursos para o Erário. Dado o seu caráter de especificidade e particularismo, os tributos prestam-se adequadamente a essa intervenção para atingir certas atividades relevantes na condução do processo.

## 2 ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO E A EXTRAFISCALIDADE

O Estado, considerado como uma comunidade jurídica total ou nacional é uma organização preordenada à realização de certos fins, no exercício de suas atribuições desenvolve, por meio de seus agentes e órgãos, atividades de natureza diversa (políticas, sociais, administrativas, econômicas, financeiras, etc.).<sup>17</sup>

Assim, exerce as suas atribuições que se diversificam institucionalmente, embora de maneira não absoluta: podem ser exercidas subsidiária ou excepcionalmente por outro, funções inerentes a um determinado poder.

Uma vez constituído o Estado, este realiza os seus fins mediante de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição.<sup>18</sup>

As funções legislativas, executiva e jurisdicional, se exercem pelos diversos órgãos dos três poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (Const. Fed. art. 36,

---

<sup>17</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 10/11.

<sup>18</sup> FAGUNDES, M. SEABRA. O controle dos Atos Administrativos pelo Judiciário, 3ª Ed., Revista Forense, Rio de Janeiro. 1957, nº 2, pág. 17.

caput), mediante essas formas específicas que distinguem o Estado dos demais agrupamentos societários.<sup>19</sup>

Diversos motivos políticos e que não podem ser determinados a priori comandam a atuação do Estado no sentido de promover a satisfação de certas necessidades coletivas exercendo os governos uma série constante de opções das necessidades sociais.<sup>20</sup>

Aliomar Balleiro, chega a afirmar que uma necessidade se torna pública por uma decisão de órgãos políticos:

Necessidade Pública é aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo de serviços público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, o que lhe dá colorido inconfundível. A despeito dos fugidos contornos econômicos, a necessidade torna-se pública por uma decisão de órgãos políticos.<sup>21</sup>

Souto Maior Borges, destaca também que “o exercício das atividades do estado pode se dar em caráter supletivo ou complementar, concorrente ou monopolizador de setores da vida econômica e social.”<sup>22</sup>

Ernst Blumenstein aduz que rege a atividade financeira o princípio fundamental do moderno Estado de Direito, pelo qual toda manifestação do poder público se submete a um ordenamento jurídico (princípio da administração legal).<sup>23</sup>

A atividade administrativa é espécie, e a financeira, que se desenvolve, basicamente, no campo da receita e despesa, ou seja, de gestão do patrimônio estatal, é considerada particularmente ou administrativa, uma espécie de atividade do Estado.<sup>24</sup>

Pode-se dizer, entretanto, com maior rigor científico que a atividade financeira é predominantemente administrativa: O Estado-legislador decreta; o Estado Administra: O Estado legislador decreta; o estado-administrador arrecada tributos. Essa distinção é conceitual do Estado como autos do mandato e o Estado como titular de um dos interesses em conflito e, pois, como destinatário daquele mesmo mandato, é aplicação no regime constitucional vigorante em nosso país.

A maior parcela do dinheiro necessário ao desempenho das funções estatais é pela tributação coativamente subtraída do patrimônio de pessoas físicas e jurídicas, ao lado das receitas provenientes do patrimônio público. A requisição de coisas e serviços particulares, ou a

<sup>19</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 12/13.

<sup>20</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 12/14.

<sup>21</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. Revista Forense, 2º Ed. Rio de Janeiro. 1958, vol I, n. 3, p. 13.

<sup>22</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 15.

<sup>23</sup> BLUMENSTEIN, Ernst. El orden jurídico de la economía de las finanzas, in trata de Finanzas, de GERLOFF-NEUMARK, trad. Do Handbuch der Finanzwissenschaft, Libreria “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1961, vol I, pág. 111, apud, BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 19.

<sup>24</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 20.

sua colaboração gratuita em funções do governo (e. g., júri, serviço militar, composição de mesas eleitorais, etc), tem, hodiernamente, caráter excepcional:

A regra, hoje, é o pagamento em moeda e, por isso constitui atividade financeira a que o Estado, as províncias e municípios exercem para obter dinheiro e aplica-lo ao pagamento de indivíduos e coisa utilizados na criação e manutenção de vários serviços públicos.<sup>25</sup>

O Estado exerce atividade financeira, visando a obtenção, a administração e o emprego de meios patrimoniais que lhe possibilitem o desempenho daquelas outras atividades que se referem a realização de seus fins. A atividade financeira do Estado desenvolve-se fundamentalmente em três campos: a receita, isto é, a obtenção de recursos patrimoniais; a gestão, que é a administração e conservação do patrimônio público; e finalmente a despesa, ou seja, o emprego de recurso patrimoniais para realização dos fins visados pelo Estado.<sup>26</sup>

A atividade financeira é objeto material de estudo por diversas disciplinas de caráter científico. A ciência das finanças estuda os princípios e leis reguladoras do exercício financeiro da atividade do Estado, sistematizando os fatos financeiros.

A atividade financeira consistente, em síntese, na criação, obtenção, gestão e dispêndio do dinheiro público para execução de serviços afetos ao estado, é considerada por alguns como exercício de uma função meramente instrumental, ou natureza adjetiva (atividade-meio) distinta das atividades substantivas do Estado, que visam diretamente a satisfação de certa necessidade sociais, tais como educação, saúde, construção de obras públicas, estradas, etc. (atividades fins).<sup>27</sup>

Casalta Nabais afirma que:

A extrafiscalidade traduz no consulto de normas que embora, formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados económicos ou sociais através da utilização de instrumentos fiscal e não a obtenção de receitas para fazer às despesa públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de actuar diretamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os, ou seja, as normas que contêm medidas de política económica e social.<sup>28</sup>

Souto Maior aduz ainda que ao lado da função meramente fiscal da atividade financeira, estuda os efeitos da intervenção governamental na sociedade através das finanças

---

<sup>25</sup>BALEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. Revista Forense, 2º Ed. Rio de Janeiro. 1958, vol I, n. 3, p. 13.

<sup>26</sup>GOMES DE SOUSA, Rubens. Compêndio de Legislação Tributária, 2ª ED. Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 1956, § 2º, págs 4 e 5.

<sup>27</sup>BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 39.

<sup>28</sup>NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributos para a compreensão constitucional do estado fiscal. **Almediba: Coimbra**, 2004, p. 629.

públicas. É o que se denomina extrafiscalidade. Esta função extrafiscal da atividade financeira distingue-se da simples fiscalidade porque não se limita a retirar do patrimônio dos particulares recurso pecuniários para a satisfação de necessidade públicas: é função tipicamente intervencionista e redistribuidora.<sup>29</sup>

Portanto, a extrafiscalidade é a utilização de um tributo com o propósito de induzir um comportamento omissivo ou comportamento comissivo nos agentes econômicos.

A intervenção crescente do Estado na vida econômica e social é portanto, fenômeno cuja intensificação repercute sobre a concepção do papel a ser exercido pela finança pública da sociedade.<sup>30</sup>

A moderna teoria da extrafiscalidade, entretanto, põe em relevo a produção dos efeitos extrafiscais da atividade financeira, isto é, efeito decorrentes da intervenção do Estado, pelas finanças públicas, na vida econômica e social, além da simples obtenção de recursos para a execução dos serviços administrativos e manutenção das funções governamentais: “Acredita-se encerrado o tempo das finanças “neutras”, às quais sucedem as finanças “ativas”, como alavancas de comando da conjuntura econômica”.<sup>31</sup>

A doutrina da extrafiscalidade - ao contrário da concepção de finança “neutra” - não considera a atividade financeira um simples instrumento ou meio de obtenção de receita, utilizável para o custeio da despesa pública. Através dela, o Estado Provoca modificações deliberadas nas estruturas sociais. É, portanto, um fator importantíssimo na dinâmica sócio estrutural.<sup>32</sup>

Modernamente, nos sistemas de economia planificada, o Estado, como sujeito central da atividade econômica, assume, pelo intervencionismo financeiro, a liderança no processo de redistribuição da renda nacional. É este um dos aspectos mais sugestivos do intervencionismo estatal na economia. Chega-se a falar de uma “agressividade fiscal” ou fiscalismo hiperprogressivo” do “Estado Regulador e tributador”.<sup>33</sup>

A intensificação dos aspectos econômicos-sociais da atividade financeira acentuou a oposição entre o neutralismo e o intervencionismo das finanças públicas. Noutros termos, essa oposição se reduz à discussão entre os que entendem, no âmbito doutrinário, que elas se devem propor exclusivamente a um fim fiscal de obtenção de recurso ou se, além disso, devem perseguir finalidades extrafiscais, vale dizer, de natureza econômica social.<sup>34</sup>

A utilização das finanças públicas para a consecução de fins sociopolítico decorre da constatação das reações recíprocas entre o os fenômenos econômicos e financeiros.

---

<sup>29</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 39 e 40.

<sup>30</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 44.

<sup>31</sup> BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Revista Forense: Rio de Janeiro. 1960, pág. 409.

<sup>32</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 47.

<sup>33</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 47.

<sup>34</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 47.

“Os dois fenômenos – o econômico e o financeiro – não ocorrem paralelamente, mas, pelo contrário, não se cruzam ou se superpõem, surgindo daí recíprocas relações. Tanto as finanças públicas sofrem consequências da conjuntura econômica quando podem modificar profundamente a face desta”.<sup>35</sup>

O Emprego da tributação como instrumento de regulação pública (fim extrafiscal) é, ao lado das funções puramente fiscais da atividade financeira, largamente utilizado: Ao invés das “finanças neutras”, da tradição, com o seu código de omissão e parcimônia, tão do gosto da empresa privada, entendem hoje alguns que maiores benefícios a coletividade colherá de “finanças funcionais”, isto é, a atividade financeira orientada no sentido influir sobre a conjuntura econômica”.<sup>36</sup>

Baleeiro advoga o emprego das finanças para fins extrafiscais: “Pelo volume enorme das receitas dos impostos nos orçamentos contemporâneos são eles por excelência, o instrumento fiscal para o comando da conjuntura”.<sup>37</sup>

Dessa forma a extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece com a categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações tributárias.<sup>38</sup>

Por sua vez Griziotti, a finança é instrumento de obtenção direta (finança extrafiscal) ou indireta (finança fiscal) dos fins do Estado:

Si distinguen las finanzas fiscales y extrafiscales. La primers persiguen la satisfacci3n de los fine p3blicos indirectamente porque consisten em la actividad de procurarse los recursos com los cuales se efetuan los gastos que cumplen los fines p3blicos.<sup>39</sup>

A atividade financeira do Estado, para os adeptos da extrafiscalidade, é método pelo qual se exerce a influência da ação estatal sobre a economia (regulatory effects); visa atingir escopos extrafiscais de intervencionismo estatal sobre as estruturas sociais. As finanças públicas desenvolvem-se não apenas para suprir as necessidades estatais, mas também para a consecução de objetivos de dirigismo e ordenação econômica.<sup>40</sup>

Maurice Duverger, depois de acentuar que as instituições financeiras do Estado se encontram em plena evolução, observa que hoje as concepções modernas se juntam a

---

<sup>35</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças. Revista Forense: Rio de Janeiro, vol. I, p. 20.

<sup>36</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças. Revista Forense: Rio de Janeiro, vol. I, p. 50/51.

<sup>37</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças e à Política Fiscal. Revista Forense: Rio de Janeiro. 1964, pág. 402.

<sup>38</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito tributário e financeiro. **Rio de Janeiro: Renovar**, 2004, p. 185.

<sup>39</sup> GRIZIOTTU, Benvenuto: Principio de Ciencia de las Finanzas, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 4 e 5; apud, BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 49.

<sup>40</sup> BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 52.

concepção tradicional clássica das finanças públicas que consideram ser o único fim destas assegurar cobertura para as despesas públicas. Por meio de despesas e das receitas públicas o Estado pode exercer uma ação sobre a economia. Por Exemplo: isentando de impostos tal atividade ele a favorecerá. Pode, igualmente, conceder subvenções a tal qual empresa para favorecê-la; meio de intervenção por uma despesa pública. Dum modo mais geral chega-se a considerar que o Estado poderá assegurar uma redistribuição da renda nacional por meio das finanças públicas.

Através, arrecadação, do empréstimo e do imposto ele absorve, com efeito, uma grande parte renda nacional. Mas redistribui as somas assim obtidas ao público. Apenas, os que recebem não são exatamente os que pagam. Desta maneira, o Estado modifica a repartição da renda e dos bens. Concebe-se, assim, uma intervenção muito desenvolvida do Estado na vida econômica, política e social, por meio das finanças públicas.<sup>41</sup>

O Estado de Direito, que é o Estado que se submete às leis, também conhece e emprega largamente a extrafiscalidade, que é justamente a tributação com fins outros que não a obtenção de receita. Na Extrafiscalidade existe a obtenção de receita, só que é acidental e secundária. O que imposta é objetivo econômico ou político visado pela tributação.

Para Geraldo Ataliba a Extrafiscalidade é um recurso técnico de que dispõem os governos. É instrumento muito utilizado. É tão importante que – não pode-se dizer – está constantemente presente na mente do legislador, como instrumento de intervenção do estado no meio social e na economia.<sup>42</sup> Com o progresso moderno e o aprimoramento dos processos políticos e administrativos, cada vez mais vai a extrafiscalidade exercendo influência na elaboração legislativa financeira.<sup>43</sup>

Além dos tributos, outros recursos financeiros como os empréstimos públicos, pode ser utilizado para fins extrafiscais: “os Keynesianos propugnaram a utilização dos empréstimos como instrumento de alta eficácia na luta contra a depressão. Acentua Baleeiro, ainda, com clareza, que a facilidade de contrair dívidas, como meio para realização dos fins estatais, entegra-se no processo econômico de repartição do custo funcionamento do governo e, ao mesmo tempo, o de redistribuição da renda nacional, um e outro peculiares a toda atividade financeira.

Dentre os objetivos que podem ser colimados pela extrafiscalidade, pode ser citados alguns, a título meramente exemplificativo:

- a) Combate às depressões, à inflação e ao desemprego;

---

<sup>41</sup> DURVERGER, Maurice. *Droit Public*, Presses Universitaires de France, Paris. 1957, págs 331 e 332; apud, BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. Max Limonad, 1998, p. 52

<sup>42</sup> ATALIBA, Geraldo. *Noções de direito tributário*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1964, p. 92.

<sup>43</sup> ATALIBA, Geraldo. *Noções de direito tributário*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1964, p. 93.

- b) Proteção à procuração nacional (v. g., estímulo industrial por meio de isenções à indústrias novas, direitos alfandegários protecionistas, etc.);
- c) Absorção da poupança e restabelecimento da propensão ao consumo;
- d) Tributação fragmentadora dos latifúndios improdutivos, pelo imposto territorial fortemente progressivo e imposição incidente sobre a exploração de jogos de azar;
- e) Incentivos à urbanização, pela tributação de terrenos baldios e áreas inaproveitadas;
- f) Tributos gerais fortemente progressivos sobre as grandes fortunas, réditos e heranças (política de nivelamento e redistribuição);
- g) Impostos suntuários de repressão ao luxo;
- h) Combate ao celibato pela imposição, estabelecimentos de isenções em favor de famílias prolíficas e agravamento da tributação sobre casais e filho.<sup>44</sup>

Segundo Griziotti, notam-se nas entradas fiscais, além da função financeira de procura de meios para cobrir despesas públicas, funções acessórias de caráter social, que se manifestam na própria natureza do tributo (e. g. imposto sobre o luxo ou santuário), na sua estrutura (alíquota progressiva) ou destinação da respectiva receita (impostos de destinação específica).

Griziotti ainda, inclui entre os escopos da finança extra-fiscal os de proteção (econômica, demográfica e social), da distribuição da riqueza, da prevenção, da repressão e da sanção.

Esses objetivos extrafiscais, para ele, se manifestam de diversas maneiras, tais como:

- a) proteção econômica, pela imposição de tarifas aduaneiras de escala móvel, inversamente proporcionais aos preços externos, isto é, tarifas que aumentam com a diminuição dos preços externos e se reduzem com seu aumento. Quando a tarifa é tão elevada que torna o imposto proibitivo, este cumpre uma finalidade exclusivamente protetora. Quando o imposto, ao contrário, tendo alíquotas menos elevadas, permite a introdução de mercadoria estrangeiras, tem como caráter extrafiscal e fiscal ao mesmo tempo. A proteção econômica exerce-se amplamente através das isenções e reduções de impostos.

---

<sup>44</sup> BALEIRO, Aliomar. Uma Introdução a Ciência das Finanças. Revista Forense: Rio de Janeiro, vol. I, p. 812.

b) A proteção demográfica, pela adoção de medidas fiscais favoráveis ao incremento populacional do Estado, p. Ex., a isenção tributária para as famílias numerosas e agravamento dos tributos sobre o celibato.

c) A proteção social, pela criação de tributos destinados a cobrir os gastos da previdência social, seguro social, salvação, educação e tutela da juventude, etc.

d) A redistribuição, pela tributação da renda, do patrimônio e das sucessões (através do imposto logra-se a redistribuição de renda nacional).

e) A prevenção evitando a prática de ato ilícitos ou criminosos e assegurando a observância da lei. Nesta hipótese, o poder de polícia exercita a sua atividade valendo-se dos subsídios do poder fiscal (e. g. licença para porte de armas, venda de bebidas alcoólicas, fabricação e comercialização de explosivos, ou de armas e similares). O poder fiscal complementa o poder de polícia, visando fins extrafiscais.

f) A repressão e a sanção, pelo exercício da atividade financeira em caráter complementar ao exercício do poder judiciário penal, pela cominação de penalidades pecuniárias para a repressão de delitos e contravenções.

### 3 ISENÇÃO FISCAL NA INDUÇÃO DAS ATIVIDADE ECONÔMICAS

O constituinte originário atribui ao Estado brasileiro no seu art. 174 da Constituição Federal Brasileira a poder de induzir as atividades econômicas como meio fomentar o crescimento nacional: *“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*

Dessa forma, a disposição constitucional tanto na intervenção quanto na indução econômica, em princípio, com o ordenamento constitucional, de algum modo implica na redução de liberdade do contribuinte, haja vista que as normas obrigatórias ou proibitivas estão submetidas ao rígido controle constitucional.

Tratando-se especificamente de incentivos fiscais, o tema não é tão claro, já que, do ponto de vista do contribuinte afetado pela intervenção econômica do Estado Brasileiro, pode-se acreditar que não se dando a influência por limitações, mas por alargamento de suas possibilidades econômicas, descaberia qualquer cuidado constitucional.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 50.

O escopo da finança extrafiscal os de proteção (econômica, demográfica e social), da distribuição da riqueza prevenção da repressão e da sanção.

Este entendimento, entretanto, descuida da questão proposta por Tércio Ferraz Júnior: "Saber se, no caso das técnicas de encorajamento, a autonomia da vontade não estaria sutilmente sendo escamoteada implicando isso o reconhecimento de que o Estado com função promocional desenvolve formas de poder ainda mais amplas que o Estado protetor. Isto é, ao prometer via subsídios, incentivos, isenções, ele se substitui, como disse, ao mercado e à sociedade no modo de *controlar* (no sentido amplo da palavra) o comportamento."<sup>46</sup>

Isso se dá, porque a hipótese de incidência da norma tributária indutora abre duas hipóteses: ou o contribuinte se dobra à pressão da tributação, não incorrendo no fato gerador da obrigação tributária, ou ele suporta o encargo financeiro. A conclusão de Höfling é a de que o economicamente mais fraco poderá ser mais afetado pela norma indutora.<sup>47</sup>

A tal paradoxo também se referiu Böckli, que vê nas normas tributárias indutoras um efeito regressivo, já que acabam implicando um prêmio para os contribuintes que têm maior capacidade econômica, de modo que após alguns anos, estes contribuintes acabam ficando mais fortes. Nesse sentido, o autor alerta para o efeito concorrencial das normas tributárias indutoras, já que os mais fortes podem fazer investimentos para racionalizar sua produção, enquanto os menos favorecidos não suportam o aumento de custos do tributo, sendo obrigados a abandonar os investimentos já efetuados. Após alguns anos, o mais forte economicamente tem sua posição concorrencial ainda mais favorecida. Assim, a norma tributária indutora pode implicar, paradoxalmente, um prêmio para o empresário mais forte, capaz de continuar adotando o comportamento indesejado, apesar da tributação gravosa.<sup>48</sup>

Estímulos e desestímulos podem, entretanto, ser estudados com conjunto, quando se toma em consideração que "a isenção, sob uma análise estritamente financeira, mas de projeção sobre o campo jurídico, pela sua implicação com os princípios de justiça fiscal, importaria então em mero agravamento da carga tributária sobre os contribuintes não isentos, quer dizer, fora do âmbito de incidência do preceito isentivo".<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. **Bobbio no Brasil: um retrato intelectual**, Carlos Henrique Cardim (org.), Brasília: UnB, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 49.

<sup>47</sup> HÖFLING, Wolfram. Verfassungsfragen einer ökologischen Steuerreform. *Steuer und Wirtschaft*, nº 3, p. 247. 1992, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p. 50.

<sup>48</sup> BÖCKLI, Peter. Indirekte Steuern und Lenkungssteuern, Basel/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1957, p. 104, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 53/54.

<sup>49</sup>BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*, 3ª Edição Revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 75.

Em longo estudo acerca do conceito de subvenções, Babrowsk identifica quatro elementos presentes em textos de ciências das finanças e em autores que se concentraram em aspectos jurídicos (poder concedente, ato de concessão finalidade e beneficiário). Da comparação de ambos os tratamentos dados à matéria, constata que foram os primeiros que identificaram uma diferenciação entre subvenções e doações, já que estas independem de qualquer atuação do beneficiário; por outro lado, se do ponto de vista econômico o ato de concessão se identifica com um pagamento, os juristas incluem naquela categoria a mera redução ou perdão de obrigação preexistente. No que tange à finalidade, enquanto os financistas realçam o aspecto econômico, os juristas vêem como finalidade da subvenção a concessão de meios para sustentar uma finalidade pública por meio de um comportamento do beneficiário, seja este adotado antes da própria concessão da subvenção (*ex-post-Subventionen*), seja quando o pagamento for efetuado antes de o beneficiário adotar o comportamento esperado (*ex-ante-subventionem*). Finalmente, nota que financistas e juristas concordam em diferenciação as subvenções das doações, embora que para os primeiros a diferenciação se dê por conta do destinatário (que deve ser necessariamente integrantes da atividade produtiva, distanciando-se, neste aspecto, da assistência social), enquanto para os juristas os relevantes seja a inexistência de exigência de um comportamento por parte do destinatário das doações.<sup>50</sup>

Do mesmo modo, Zuleeg, para quem as subvenções são as "medidas de incentivo, por parte do Poder Público, em favor de uma pessoa privada, com a finalidade de direcionamento econômico ou de atingir outras metas no interesse público", inclui entre suas formas os pagamentos a fundo perdido, os créditos, as fianças e as garantias.<sup>51</sup>

Identificado o gênero das subvenções como o campo onde se encontram as normas da intervenção indireta de caráter financeiro, importa investigar se as normas tributárias indutoras, quando adotam a forma de incentivos fiscais (isenções, reduções de alíquota ou base de cálculo, créditos tributários etc.) também se enquadram naquela categoria.<sup>52</sup>

Do ponto de vista do direito financeiro, as normas tributárias indutoras podem ter efeito seja de um pagamento a fundo perdido, seja de uma concessão de crédito sem juro. Enquanto a primeira hipótese se concretiza no exemplo da isenção, a última aparece em casos e deferimentos (inclusive na antecipação de despesas, com se dá na depreciação acelerada.

---

<sup>50</sup>BABROWISK, Udo W. *Die Steuerbefreiung als Rechtsform der Subwmition: Erscheinung und verfassungsrechtliche Problematik*. Tese de doutorado na área de Direito na Universidade Eberhard-Karls-Universitaät, Tübingen, edição do autor, 1976, p. 10-28, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 55/56.

<sup>51</sup>ZULEEG, Manfred. *Die Rechtsform der Subventionen*, Bcrlin, Walter de Gruyter & Co, 1965, pp. 18-19, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 55/56.

<sup>52</sup>SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 57.

Neste sentido parece acertado entende que os incentivos fiscais são uma forma de subvenção, sujeitando-se, então, ao regime imposto à última.<sup>53</sup>

Juridicamente, entretanto, deve-se ressaltar que o conceito de subvenção pressupõe uma prestação pecuniária pelo Estado, o que no incorre no caso de incentivos fiscais, quando adotam a forma de renúncia. Neste sentido, apenas os créditos tributários recairiam naquela categoria. Entretanto, como argumenta Bayer, não pode a visão formal deixar de reconhecer que essencialmente ocorre uma subvenção, seja com uma prestação pecuniária, seja com uma renúncia por parte do Estado.<sup>54</sup>

Também Tipke é categórico ao incluir as normas tributárias indutoras que afastam a carga tributária entre as formas de subvenções, o que implica deverem ela se justificar, como qualquer subvenção.<sup>55</sup>

No Brasil, Ricardo Lobo Torres ensina: “Desmistificou-se nos últimos anos o mecanismo dos privilégios e das desgravações fiscais. Percebe-se, hoje que são todos eles conversíveis entre si, o que permite que se lhes desvende a concessão injustificada, ainda que camuflada sob diferentes rótulos”, continuando: “Os privilégios tributários, que operam na vertente da receita, estão em simetria e pode ser convertido em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico formal”.<sup>56</sup>

Também, o texto constitucional brasileiro, no controle dos “privilégios odiosos”<sup>57</sup>, exige a identificação das normas tributárias indutoras, quando o § 6º de seu artigo 15 determina que projeto de lei orçamentária se faça acompanhar “demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.” No mesmo sentido, o artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), exige que “a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em

---

<sup>53</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 57.

<sup>54</sup>BAYER, Hermann-Wilfried, "Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wirtschaftslenkung durch Steuerbefreiungen", in *Steuer und Wirtschaftl*, nº 2, pp. 149 a 156 (154), 1972, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 57.

<sup>55</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 57. Cf. Klaus Tipke, *ob. cit.* (nota 19 da Introdução), vol. I, pp. 123-124; 129.

<sup>56</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Volume V: o orçamento na constituição. 2ª Edição, revista e atualizada até publicação da Emenda Constitucional nº 27, de 21.03.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.2000, Rio de Janeiro Renovar, 2000, p. 230.

<sup>57</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 357.

que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:”<sup>58</sup>

É o que Ricardo Lobo Torres trata com “princípio da gestão orçamentária responsável ou como subprincípio do princípio da responsabilidade”.<sup>59</sup>

Numa análise comparativa dos benefícios fiscais, em relação às subvenções, diretas, Surrey arrola três argumentos que poderiam justificar a adoção dos primeiros, apresentando em seguida, outros argumentos para tornar duvidosa a conveniência dos benefícios fiscais.<sup>60</sup>

Como argumentos favoráveis aos benefícios fiscais, são arrolados e contestados pelo autor: i) que benefícios fiscais impulsionam o setor privado da economia a participar de programas sociais (na opinião de Surrey, o fato de que há necessidades sociais não impede que sejam elas atendidas por despesas governamentais diretas); ii) que os benefícios fiscais seriam simples e exigiriam menos controle estatal ou normas individuais (o que evidentemente cai por terra quando o incentivo fiscal fica condicionado a qualquer ato concessório, ou quando se tem em vista a necessidade de o poder “tributante” fiscalizar a atuação do contribuinte); e iii) que os benefícios fiscais atraem melhor a iniciativa privada do que iniciativas que partam de despesas públicas diretas.<sup>61</sup>

A primeira dificuldade que surge é que a concessão de benefícios fiscais permite que os contribuintes tenham ganhos extraordinários por algo que eles já fariam ainda que não gozassem dos incentivos, aplicando-se o “efeito carona” (*Mitnahmeeffekt – free rider*). Esse efeito também se daria, em igual monta, no caso de subvenções diretas. Menciona-se, aqui, o estudo de Tilbery, que também levantava dúvidas sobre a relevância de isenções fiscais como instrumento da política de incentivos, já que na sua opinião haveria outros fatores mais decisivos, cabendo às isenções papel secundário na tomada de decisão pelo empresário.<sup>62</sup>

No mesmo sentido, Schmolders nota que incentivos e desincentivos não são percebidos igualmente pelos contribuintes, sendo possível que os incentivos não levem o contribuinte ao comportamento desejado, seja porque tal incentivo concorre com outras motivações que também influenciam e o levam a outro comportamento, seja por existirem

---

<sup>58</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 59.

<sup>59</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Volume V: o orçamento na constituição. 2ª Edição, revista e atualizada até publicação da Emenda Constitucional nº 27, de 21.03.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.2000, Rio de Janeiro Renovar, 2000, p. 260.

<sup>60</sup> SURREY, Stanley S. “Steueranreize als ein Instrument der staatlichen Politik”, Steuer Wirtschaft, nº 4, pp. 366 a 371, 1981, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 62.

<sup>61</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 63.

<sup>62</sup> TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. **Incentivos fiscais para o desenvolvimento. São Paulo: José Bushatsky**, p. 11-68, 1971.

alternativas, além da imaginada pelo legislador, que também podem afastar a tributação indesejada ou mitigá-la.<sup>63</sup>

Para Tilbery é o paradoxo de que a adoção de benefícios fiscais implica uma alocação desigual de recurso, já que contribuintes de classes de renda mais elevadas recebem maiores vantagens de que os de classes mais baixa, além de não de beneficiarem aqueles cuja renda é muito baixa ou têm prejuízo<sup>64</sup>

O exemplo de Knief, na legislação alemã, parece esclarecedor: trata ele da dedução por dependente (*Kindelfreibetrag*), contemplada como modo de permitir que o contribuinte tenha recursos para manter seus filhos, *i.e.*, como um auxílio do Estado para a manutenção das crianças: esta ajuda de nada serve para aqueles que ganham pouco (e por isso estão isentos do imposto de renda) e é sempre crescente conforme maior seja a renda do contribuinte beneficiado. No limite, um contribuinte que, na tabela progressiva estiver na faixa dos cinquenta por cento de tributação terá um "auxílio" do Estado da ordem de cinquenta por cento do montante da dedução, enquanto para aquele que está na faixa dos cinco por cento, o auxílio será apenas de tal porcentagem.<sup>65</sup>

Como outro ponto a ser ponderado na comparação entre os incentivos fiscais e as subvenções diretas lembram que os benefícios fiscais podem gerar desequilíbrio na alocação de recursos dada a impossibilidade de se conhecer, *ex ante*, quantos serão seus beneficiárias e qual será o montante exato da renúncia fiscal.<sup>66</sup>

Finalmente, Surrey<sup>67</sup> aponta o problema da necessidade de se elevarem alíquotas dos tributos objeto de incentivo fiscal, dada a redução da base de contribuintes. Também Tilbery<sup>68</sup> se refere ao aumento da pressão fiscal sobre os que não gozam da isenção, além da contradição ente a necessidade de o País arrecadar mais e a redução de receitas por conta dos incentivos fiscais.

Esse problema não parece ser exclusivo dos incentivos fiscais, já que também num regime de subvenções direta se faria necessário o aumento dos tributos para garantir recurso financeiros para sua concessão.

---

<sup>63</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 63 (nota 72) Schmolders, Günter. "Die Steuer ls instrumente der Währungspolitik". *Theorie und Praxis des finanzpolitischen Interventionismus*

<sup>64</sup> TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções, Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento, Antonio Roberto Sampaio Doria, p. 42 à 48.

<sup>65</sup> KNIEF, Peter. *Steuerfreibeträge als Instrumente der Finanzpolitik*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1968, pp. 40 a 51, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005, p 65.

<sup>66</sup> TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções, Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento, Antonio Roberto Sampaio Doria, p. 42 à 48.

<sup>67</sup> SURREY, Stanley S. "Steueranreize als ein Instrument der staatlichen Politik", *Steuer Wirtschaft*, nº 4, pp.359 a 377, 1981.

<sup>68</sup> TILBERY, Henry. Base Econômica e Efeito das Isenções, Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento, Antonio Roberto Sampaio Doria, p. 42.

## CONCLUSÃO

A atividade financeira do estado entre suas atribuições citadas possui o objetivo extrafiscal como forma de intervenção estatal na economia por meio da tributação. A extrafiscalidade por meio das normas tributárias ultrapassam o caráter o meramente fiscal ou de arrecadação, propondo direcionar políticas públicas de desenvolvimento econômico e social.

Nesse sentido, os incentivos fiscais enquanto normas tributária indutoras, promovem o direcionamento de determinada atividade econômica, a qual foi agraciada com o favor estatal.

Por sua vez, esse instrumento de controle econômico, o Estado utiliza para atingir fins sociais e políticos, com a intenção de desenvolver e beneficiar regiões que necessitam de intervencionismo estatal para desenvolver-se economicamente.

Assim, o Estado na atividade financeira extrafiscal intervém por meio da isenção da tributação com a concessão dos incentivos fiscais ou benefícios fiscais.

Portanto, conclui-se que incentivos fiscais são de fato, normas indutoras do desenvolvimento e atraem agentes para investimentos econômicos, sendo eficaz, proporcionando o desenvolvimento de determinada região.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BABROWISK, Udo W. *Die Steuerbefreiung als Rechtsform der Subwmition: Erscheinung und verfassungsrechtliche Problematik*. Tese de doutorado na área de Direito na Universidade Eberhard-Karls-Universitaät, Tübingen, edição do autor, 1976

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Revista Forense, 2º Ed. Rio de Janeiro. 1958.

BAYER, Hermann-Wilfried, "Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wirtschaftslenkung durch Steuerbcfreiungen", *in Steuer und Wirtschaftl*, nº 2,, 1972.

BÖCKLI, Peter. *Indirekte Steuern und Lenkungssteuern*, Basel/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1957.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. Max Limonad, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*, 3ª Edição Revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2001.

BLUEMENSTEIN, Ernst. El orden jurídico de la economía de las finanzas, in trata de Finanzas, de GERLOFF-NEUMARK, trad. Do Handbuch der Finanzwissenschaft, Libreria "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, 1961

DURVERGER, Maurice. Droit Public, Presses Universitaires de France, Paris. 1957.

FAGUNDES, M. SEABRA. O controle dos Atos Administrativos pelo Judiciário, 3ª Ed., Revista Forense, Rio de Janeiro. 1957

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. **Bobbio no Brasil: um retrato intelectual**, Carlos Henrique Cardim (org.), Brasília: UnB, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001.

GOMES DE SOUSA, Rubens. Compêndio de Legislação Tributária, 2ª ED. Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 1956

GRIZIOTTU, Benvenuto: Principío de Ciencia de las Finanzas, Depalma, Buenos Aires, 1959.

HÖFLING, Wolfram. Verfassungsfragen einer ökologischen Steuerreform. Steuer und Wirtschaft, nº 3, p. 247. 1992

KNIEF, Peter. *Steuerfreibeträge als Instrumente der Finanzpolitik*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1968, pp. 40 a 51, *apud*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributos para a compreensão constitucional do estado fiscal. **Almediba: Coimbra**, 2004

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia-Introdução ao Direito Econômico. revista. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SURREY, Stanley S. "Steueranreize als ein Instrument der staatlichen Politik", *Steuer Wirtschaft*, nº 4, 1981.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, Volume V: o orçamento na constituição. 2ª Edição, revista e atualizada até publicação da Emenda Constitucional nº 27, de 21.03.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.2000, Rio de Janeiro Renovar, 2000.

TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. **Incentivos fiscais para o desenvolvimento**. São Paulo: José Bushatsky, p. 11-68, 1971



## INADEQUAÇÃO DOS AUMENTOS LEGISLATIVOS DAS PENAS NOS CRIMES LICITATÓRIOS<sup>1</sup>

### INADEQUACY OF LEGISLATIVE INCREASES IN PENALTIES FOR BIDDING CRIMES

Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>2</sup>

Paôla Farina<sup>3</sup>

**RESUMO:** Atualmente, no Brasil, há grande necessidade das relações contratuais envolvendo a Administração Pública e o particular. Esse meio é passível de cometimento de ilícitos, esses passíveis de coibição penal desde a lei nº 8.666/1993. Essa legislação, no entanto, teve suas disposições penais revogadas em face da promulgação de novo diploma, a Lei número 14.133/2021. Esta trouxe diversos patamares novos e maiores para as penas cominadas aos crimes. Tendo em vista o ocorrido e a importância de se haver uma política criminal que satisfaça a racionalidade legislativa, que traga motivos não-emotivos, de forma pertinentes, o presente trabalho objetivou buscar os fundamentos, os impactos dessas modificações majorativas, além de analisar sua eficácia. Para isso, foi utilizada a finalidade básica estratégica, que permitiu avançar no desenvolvimento das dúvidas relacionadas, deixando em abeto o campo para novos posicionamentos futuros, sem a perda da utilidade do que aqui foi desenvolvido. Tudo isso foi feito com a utilização do procedimento descritivo, que possibilitou a utilização de doutrinas, artigos e legislações para a pesquisa. A abordagem qualitativa também marcou o trabalho, uma vez que permitiu analisar a realidade das informações criticamente. O método hipotético-dedutivo também esteve presente, testando a ocorrência de fenômenos, levando em conta o modelo de racionalidade legislativa penal do Professor Doutor José Luís Díez Ripollés. Com a pesquisa, pôde-se concluir que a Lei careceu de exposição da finalidade das alterações em sua parte penal, além de que, não respeitou as peculiaridades do Direito Penal Econômico, não atingindo a racionalidade pregada. Uma melhoria na transparência no processo licitatório, a implementação de programa de integridade, o fortalecimento dos mecanismos de controle, uma maior fiscalização e a efetiva punição dos envolvidos nos casos poderiam ser medidas muito mais eficazes do que os aumentos legislativos penais colocados.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico. Licitações Públicas. Crimes. Racionalidade legislativa.

<sup>1</sup>Recebido em: 18/09/2023. Aprovado em: 14/11/2023.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Pós-Doutor pela Universidade de Granada - Espanha; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Chefe do Departamento de Direito desta instituição; Consultor na área de Direito Administrativo; E-mail: luiz.cademartori@gmail.com

<sup>3</sup> Advogada com experiência nas áreas de Direito Administrativo, Penal, Consumidor e Civil, incluindo Direito de Família. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Direito, Estado e Sociedade e linha de pesquisa em Constitucionalismo, Democracia e Organização do Estado. E-mail: paolafarina@outlook.com.br

Area: Economic Criminal Law.

**ABSTRACT:** Currently, in Brazil, there is a great need for contractual relationships involving the Public Administration and private individuals. This means is capable of committing illegal acts, which are subject to criminal restraint since law no. 8.666/1993. This legislation, however, had its criminal provisions revoked due to the promulgation of a new diploma, Law number 14.133/2021. This brought several new and greater levels to the penalties imposed on crimes. In view of what happened and the importance of having a criminal policy that satisfies legislative rationality, that brings non-emotional reasons, in a pertinent way, the present work aimed to seek the foundations, the impacts of these major changes, in addition to analyzing their effectiveness. For this, the basic strategic purpose was used, which allowed progress in the development of related doubts, leaving the field open for new future positions, without losing the usefulness of what was developed here. All of this was done using the descriptive procedure, which made it possible to use doctrines, articles and legislation for research. The qualitative approach also marked the work, as it allowed the reality of the information to be critically analyzed. The hypothetical-deductive method was also present, testing the occurrence of phenomena, taking into account the model of criminal legislative rationality by Professor José Luís Díez Ripollés. With the research, it was possible to conclude that the Law lacked exposure of the purpose of the changes in its criminal part, in addition to that, it did not respect the peculiarities of Economic Criminal Law, not achieving the preached rationality. An improvement in transparency in the bidding process, the implementation of an integrity program, the strengthening of control mechanisms, greater supervision and the effective punishment of those involved in the cases could be much more effective measures than the legislative penal increases imposed.

**Keywords:** Economic Criminal Law. Public bids. Crimes. Legislative rationality.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 FALTA DE RACIONALIDADE NOS AUMENTOS LEGISLATIVOS; 4 DESCABIMENTO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES; 5 ABORDAGENS SIGNIFICATIVAS; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Usualmente, no Brasil, se vislumbra grandes necessidades da Administração Pública licitar e contratar, meio em que, diversas condutas são consideradas passíveis de coibição penal desde a lei nº 8.666/1993. Essa legislação teve suas disposições penais revogadas em face da promulgação de novo diploma, a Lei nº 14.133/2021.

A nova lei estabeleceu que a partir de sua vigência os crimes licitatórios passariam a vigorar no Código Penal, o que antes não ocorria. Além disso, criou um novo tipo penal consistente na omissão grave de dado ou de informação por projetista (art.337-O).

No mais, a lei apresentou uma política de recauchutagem do legislador, que manteve as mesmas figuras penais anteriores, com algumas diferenças, que passaram a ser exorbitantes quando da ampliação do quantum de pena cominado.

Assim sendo, a abordagem do presente artigo versará sobre esse advindo aumento e sua adequação as disposições concernentes a eles. Esses novos patamares foram objetos de discussões doutrinárias e acadêmicas, uma vez que trouxeram questionamentos sobre seus impactos, sua eficácia e seu fundamento (FALAVIGNO, 2021).

Ferrajoli já dizia: “quais são as razões que tornam “justo”, ou “justificável”, ou “aceitável moralmente e/ou politicamente” que, a violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena?”. Sendo assim, já se vislumbra que discutir as razões de punir é essencial.

A discussão ora abordada será dada com metodologia subdividida em cinco quesitos, abrangendo objetivo, finalidade, procedimento, método e abordagem (FONTENELLE, 2018). O objetivo consistirá em analisar a inadequação dos novos patamares de penas dos atuais tipos penais dos crimes licitatórios.

Para isso, considerar-se-á que:

O Direito tem a função de dispor sobre a forma e, além disso, prescrever as condutas adequadas e permitidas que garantam o bom desenvolvimento desta formalização das regulações entre Administração Pública e indivíduo ou empresa, ao passo em que cabe ao Direito Penal a tarefa de cuidar dos possíveis tensionamentos (FALAVIGNO, pág.2, 2021).

O artigo também contará com a finalidade básica estratégica, pois avançará no desenvolvimento das dúvidas relacionadas ao fundamento do aumento, a possibilidade de inadequação, seus impactos.

Para isso, será levada em conta a lógica do processo de tomada de decisões na criação das leis de acordo com a racionalidade legislativa do Professor Doutor José Luís Díez Ripollés (RIPOLLÉS, 2019), e ainda será deixado o campo aberto para eventuais novos posicionamentos doutrinários, sem perder a utilidade dessa pesquisa.

Quanto ao procedimento, será descritivo, baseado em doutrinas, artigos e legislações existentes, e a abordagem, qualitativa, pois se analisará a realidade das informações criticamente.

Quanto ao método, será utilizado o hipotético-dedutivo, partindo do problema do aumento das penas, com a formulação de hipótese, qual seja, de sua inadequação frente a racionalidade, testando a ocorrência dos fenômenos (PRONDANOV, 2013).

Sendo assim, será possível avaliar o objeto do aumento legislativo frente a adequação, necessidade e eficácia para coibir as condutas a elas relacionadas.

## 2 FALTA DE RACIONALIDADE NOS AUMENTOS LEGISLATIVOS

Um modelo lógico do processo de tomada de decisões na criação das leis penais foi proposto pelo Professor Doutor José Luís Díez Ripollés. Nesse sentido, o autor coloca que o conteúdo essencial da lei deve ser estabelecido após um debate público aberto, passível de exposição e argumentação de quaisquer ideias.

No sentido, analisando-se a criação da nova lei, observa-se que ela passou por um momento histórico e social em que ocorria um ápice persecutório de casos de corrupção relacionados à operação Lava Jato, e desvendamentos de supostas irregularidades em licitações e contratos públicos (FALAVIGNO, 2021).

Esse momento ensejou uma demanda populacional intensa de coibição dos referidos atos e de uma busca por maior transparência (FALAVIGNO, 2021). Grande parte da sociedade não possuía qualquer orientação de como se chegar a resultados favoráveis a esse combate, tendo promovido demandas emocionalmente carregadas e irreflexivas, não passíveis de fundamentação de uma lei (RIPOLLÉS, 2019).

Poderia se ter havido, inclusive, uma promoção de educação e conscientização da população sobre o assunto, o que foi deixado de lado. Diante de análises emocionais, simbólicas ou populistas, as sociedades têm escolhido uma abordagem empírico-social para enfrentar os problemas sociais, e nesse cenário os atores políticos não podem e nem devem tirar proveito das inconsistências ocasionais (RIPOLLÉS, 2019).

Nesse sentido:

o processo legislativo é guiado por fatores que nem sempre são controláveis do ponto de vista científico, sendo bastante comum, nesse âmbito, a repercussão de demandas defendidas com mais veemência por membros da sociedade civil. No caso do direito penal, tal efeito é especialmente problemático, tendo em vista a grande repercussão midiática gerada por assuntos afeitos à violência (FALAVIGNO, pág.13, 2021).

Os projetos dessa lei, inclusive, pareceram não ter sido embasados em debates doutrinários aprofundados ou em dados empíricos sobre violência, pois acarretaram severas críticas a respeito do exacerbado punitivismo (FALAVIGNO, 2021).

Ressalta-se ainda, que ao longo do trâmite dos projetos de lei, houve uma excessiva demora, inclusive, com ocorrência de desatualização da norma, de diversos deslocamentos do e alterações de nome e número, o que dificultou o acompanhamento (FALAVIGNO, 2021).

Pode-se vislumbrar o caótico cenário em que se deu o desenvolvimento da lei e sua falta de razoabilidade. Observa-se, ainda, que a Nova Lei teve sua fundamentação disposta no

Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei 8.666/1993 – CTLICON. Quando, porém, da pesquisa dos motivos dos aumentos legislativos penais, percebe-se a carência do diploma.

Não houve qualquer consideração no documento citado a respeito, sendo passado “batido” quando mencionado sobre as alterações penais. Nem mesmo nas audiências públicas convocadas houve exposição dos motivos dos aumentos dos tipos (FALAVIGNO, 2021).

O acima exposto resta claramente questionável. Uma forma mais coerente de se dar tratamento às leis, seria a adoção de medidas relacionadas a necessidade de introdução das exposições de motivos e preâmbulos nas leis, e a melhoria dos serviços de publicidade e participação (NASCIMENTO, 2019 apud FALAVIGNO, 2021).

A publicação da nova Lei de Licitações, por fim, se deu, e chegou até mesmo a ser tratada perante a população, erroneamente, como esperança contra a corrupção (FALAVIGNO, 2021). O cenário, obviamente, mereceria ter sido precedido de maiores pesquisas e investigações, sem colocação de quaisquer interesses políticos. O aumento ocorrido não significa maior proteção ao bem jurídico nem a inibição da ocorrência do delito, até para os defensores da prevenção geral negativa (FALAVIGNO, 2021).

Visando a racionalidade de uma lei, seus objetivos também devem compreender ao menos a identificação do objeto da tutela, o grau de proteção desejável, o escopo da responsabilidade criminal executável, sanções penais selecionadas e sua duração (RIPOLLÉS, 2019).

Quanto ao objetivo do grau de proteção cabe ressaltar que não foi desejável, levando-se em conta o objeto tutelado pela Lei e a duração de suas sanções. De pronto, o bem jurídico protegido é irrenunciavelmente parâmetro de uma boa política criminal (HASSEMER, 2005).

Como nesse caso o objeto de tutela está atrelado ao Direito Penal Econômico, vislumbra-se a necessidade de se haver um tratamento com certas peculiaridades relacionadas, havendo-se assim uma adequação e proteções bem respeitadas.

O Direito Penal Econômico comporta infrações muitas vezes compostas por transações financeiras, informações técnicas e contábeis, contando com complexidades, como no caso em questão, que exigem um conhecimento especializado para legislar, investigar, processar e julgar.

Esse ramo também pode trazer um impacto social significativo na confiança pública, economia e na estabilidade financeira do país. As consequências desses crimes podem afetar empresas, ou a integridade das instituições democráticas de direito.

O objetivo não é estigma ou vingança, pois isso não garantirá menor corrupção, mas se deve conceder a proteção do bem, respeitando suas peculiaridades. Ocorre que, o tratamento dele foi aproximado ao do Direito Penal Comum (FALAVIGNO, 2021), mesmo que a seara comum já seja bastante conhecida pela sua severa violação de direitos (FALAVIGNO, 2021).

#### 4 DESCABIMENTO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Consequências advindas de um aumento penal legislativo nem sempre são ruins, porém quando os limites de imposição penal são extrapolados, isso pode acarretar resultados desproporcionais e desnecessários para o caso.

Através da Lei nº14.133/2021, se tornou possível observar a possibilidade de aplicação de maior quantum de pena para o réu, possibilidade de prisão preventiva, entre outras consequências. Dentre elas, cita-se a impossibilidade de aplicação de institutos despenalizadores em determinados casos. Isso tudo pelos aumentos ocorridos, que ensejaram efeitos inadequados, de forma genérica para casos concretos.

Os institutos despenalizadores são mecanismos jurídicos que buscam reduzir a intervenção estatal no âmbito penal e privilegiar a resolução de conflitos de forma consensual. Eles são importantes para aliviar a sobrecarga do sistema de justiça criminal e mais que isso, promover a efetivação dos direitos fundamentais dos acusados e das vítimas, garantindo-lhes acesso à justiça de forma mais célere e eficiente (FERNANDES, 2015).

Dentre eles, pode-se citar o acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019 (pacote anti-crime). Sua aplicação somente é possível à crimes com penas inferiores a 04 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça. Quando passível de aplicação, sendo cumprido, o juiz declara extinta a punibilidade do agente.

A impossibilidade do oferecimento de acordo de não persecução penal tornou-se realidade na nova Lei de Licitações para os crimes de contratação direta ilegal (art. 337-E), frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F), modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H) e fraude em licitação ou contrato (art. 337-L), os quais tiveram seus patamares mínimos de pena aumentados para 04 anos.

Antes do aumento punitivo dos crimes em comento, o Ministério Público poderia oferecê-lo ao investigado, mediante sua confissão formal e circunstancial da infração penal. Nesse caso, já se poupava, por muitas vezes, uma prolongada e morosa instrução probatória. O oferecimento do instituto só poderia ocorrer mediante aferição do Ministério Público de sua necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Observa-se que o Ministério Público poderia oferecê-lo, o que não significa que de fato faria, mas sim que verificaria a possibilidade de fazê-lo com base em critério de suficiência para a reprovação. Agora, porém, impossível até mesmo a realização de tal análise em caso concreto.

O oferecimento desse acordo comportaria o ajuste de condições eficazes, como as de reparar o dano, renunciar bens, prestar serviços à comunidade, pagar prestação pecuniária, ou outra proporcional e compatível indicada pelo *parquet*.

No mais, o § 2º dispõe que o oferecimento do acordo não se aplicaria em situações de reincidência do investigado, ou de haver elementos probatórios indicando conduta criminal

habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes. Dessa forma, preveniu-se o uso irrestrito do benefício.

Ainda se ressalta que o agente beneficiário do acordo de não persecução penal não poderia ter dele se utilizado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, nem mesmo de outros institutos despenalizadores dispostos na Lei 9.099/95, concernentes na transação penal ou suspensão condicional do processo. Dessa forma, preveniu-se o uso reiterado do benefício.

Ainda vale ressaltar que se o juiz considerasse inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas, devolveria os autos ao Ministério Público a fim de haver reformulação da proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, o que demonstra um controle e cuidado para de fato haver eficiência no acordo.

Não atendidos o acima disposto ou os requisitos legais, o juiz poderia recusar a homologação da proposta, e se assim o fizesse, devolver os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Isso já demonstra o legislador agiu de forma cautelosa para a criar um instituto que oferecesse realmente efetividade, o qual agora, tornou-se não passível de cabimento de maneira genérica nos mencionados crimes, sem se firmar nas peculiaridades do caso. Tal restrição demonstra-se equivocada (FALAVIGNO, 2021).

Já quanto a transação penal, instituto despenalizador da Lei 9.099/95, pode-se observar que para haver a sua aplicação se requer que a pena máxima do delito a ser imputado possua patamar máximo de 2 (dois) anos.

Quando da vigência da Lei 8.666/93 era possível a sua utilização em quatro tipos penais, quais sejam, os crimes de patrocínio direto ou indireto de interesse privado, perturbação do processo licitatório, contratação inidônea e impedimento indevido. O instituto, agora, com a nova lei, passou a ser possível apenas o delito de impedimento indevido (BROWN, 2021).

A referida restrição aos casos significou um retrocesso. Os institutos despenalizadores aqui tratados poderiam ser benéficos até mesmo de forma a evitar que o judiciário ficasse abalroado de processos.

No mais, poderia ser possível trazer soluções mais ágeis, céleres através de suas aplicações, por muitas vezes até mesmo mais eficazes e adequadas, o que demonstra falta de racionalidade de sua impossibilidade de aplicação.

Portanto, observa-se “que a nova Lei de Licitações, ao trazer um aumento nas penas fixadas em abstrato, recrudescu o tratamento dado aos crimes licitatórios”, e isso se deu inclusive “por meio da restrição na aplicação dos benefícios de Justiça consensual da lei 9.099/95” (BROWN, 2021) e da impossibilidade de acordo de não persecução penal, retirando, inclusive, a possibilidade de análise das peculiaridades do caso concreto para a aplicação desse.

## 5 ABORDAGENS SIGNIFICATIVAS

O problema das finalidades das penas, embora estivesse presente desde sempre nas discussões teóricas, só ganhou um explícito relacionamento com a doutrina do Estado quando do início da história da codificação em sentido moderno (DIAS, 1999).

Uma forma de se trazer maior coerência às próprias leis é a adoção de medidas para aperfeiçoar o processo legislativo, como (i) o aperfeiçoamento do trabalho das comissões, (ii) a melhoria dos serviços de documentação, publicidade e participação, (iii) a instituição de um órgão responsável pela revisão final do texto aprovado e a (iv) a criação de um órgão para avaliação das leis (NASCIMENTO, 2019 apud FALAVIGNO, 2021).

Quanto a esse último ponto, relacionado a criação de um órgão para avaliação das leis, a sua utilidade se dá até mesmo para leis já promulgadas, não apenas possibilitando a verificação dos efeitos pretendidos da norma, mas também permitindo o seu controle com base em sua finalidade (FALAVIGNO, 2021). No mais permitiria a constatação da procedência ou não das críticas doutrinárias iniciais (FALAVIGNO, 2021).

Por outro lado, quando se fala de possíveis modificações úteis dentro do conteúdo da nova Lei de Licitações, já é notada a utilidade do programa de integridade, com previsão nesse mesmo diploma legal, em seu art.25, §4º, inclusive como um requisito adicional à reabilitação das sanções administrativas, em seu art. 163 (FALAVIGNO, 2021).

Esse poderia ter sido atrelado às disposições criminais a fins de fortalecer a proteção do sistema, em vez de se ter optado por um aumento legislativo (FALAVIGNO, 2021). Melhor uso do instituto foi feito na Lei Anticorrupção (FALAVIGNO, 2021).

Os referidos programas de integridade, conforme art.56 do Decreto nº 11.129/22 (CAVALCANTI, 2023), devem ser pautados no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

Segundo esse Decreto, o programa também deve visar a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com os objetivos de prevenir, detectar e sanar fraudes, desvios, irregularidades e atos ilícitos contra a administração pública nacional ou estrangeira, além de fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

No caso, deixou-se de utilizar a medida, de fato. No mais, somadas às medidas legislativas, pode-se ressaltar a importância da necessidade de uma melhoria na transparência no processo licitatório, no fortalecimento dos mecanismos de controle e fiscalização, e na garantia da efetiva punição dos envolvidos nos casos.

É, portanto, possível perceber que poderia se ter havido meios alternativos ao aumento ocorrido, muito mais adequados e racionais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/21, considerada a nova Lei de Licitações e Contratos Públicos, tratou de revogar e substituir a parte penal da Lei nº 8.666/1993, imediatamente após a sua publicação. Assim como a anterior, essa nova lei buscou coibir condutas que vão de encontro ao regular funcionamento da Administração, à idoneidade das contratações públicas e à moralidade administrativa (PRADO, 2015).

O que ocorre é que, o novo diploma, trouxe aumentos legislativos das penas cominadas aos crimes sem fundamentação e finalidade adequada. O presente artigo tratou de analisar essa falta de racionalidade na política criminal adotada, em meio inclusive a seu contexto.

Isso se fez levando em conta ensinamentos sobre a racionalidade legislativa penal do Prof. Dr. José Luís Díez Ripollés, da Universidade de Málaga, na Espanha. Pôde-se observar, a partir de então, que houve carência de um debate público no qual fossem demonstrados os objetivos da lei.

Nesse contexto, teve-se em vista uma demanda populacional intensa quando do desenvolvimento da Lei, visando acabar com a corrupção. A Lei chegou a ser apresentada a uma sociedade não bem instruída até mesmo como uma solução para esse problema (FALAVIGNO, 2021).

O debate deveria abranger os objetivos do grau de proteção da lei, que deveria ser desejável, e falhou, uma vez que não respeitou os limites do ramo econômico do Direito Penal, que não teve suas peculiaridades respeitadas, com aproximação inadequada do Direito Penal Comum, indicando desproporcionalidade e destoando da racionalidade.

Pôde-se verificar ainda a falta da referida racionalidade até mesmo caracterizada pela ausência de exposição dos fundamentos da parte penal da Lei em seu relatório, e nas audiências públicas realizadas.

Houve ainda falha ainda quando se observou a inexistência de pesquisas prévias para a publicação de legislação que recrudescera as penas e impactos que impediram análises de casos concretos, com proibição generalizada da aplicação de instituto despenalizador.

Assim sendo, pode-se perceber que faltou racionalidade legislativa no aumento das penas e foi possível vislumbrar meios alternativos ao aumento legislativo, como maior controle e fiscalização, com busca por efetiva punição dos responsáveis, e a implementação de programa de integridade a ser atrelado às sanções penais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 30 de julho de 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 31 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm)>. Acesso em 30 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em 30 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 30 de julho de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em 29 de julho de 2023.

BROWN, Verônica Carvalho Rahal. O recrudescimento do tratamento dos crimes licitatórios na nova Lei de Licitações. Migalhas, 22 de março de 2021. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/depeso/342119/o-recrudescimento-do-tratamento-dos-crimes-licitatorios](http://www.migalhas.com.br/depeso/342119/o-recrudescimento-do-tratamento-dos-crimes-licitatorios)>. Acesso em 31 de julho de 2023.

CAVALCANTI, Caio Mário e col. Programas de Integridade na Nova Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <[www.novaleilicitacao.com.br/2023/04/06/programas-de-integridade-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/](http://www.novaleilicitacao.com.br/2023/04/06/programas-de-integridade-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/)>. ONLL, 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas. Editora: Revista dos Tribunais, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La Política Criminal em la encrucijada. apud CALLEGARI, André Luís; COLET, Charlise Paula; Wermuth, Maiquel Ângelo; ANDRADE, Roberta Lofrano. Direito Penal e Globalização. Sociedade de Risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 23.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda e col. **Crimes licitatórios: um debate no âmbito da Política Legislativa Penal**. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 385.

FONTENELLE, André. **Metodologia Científica do seu TCC - Em 5 passos simples** – YouTube. Disponível em: . Acesso em 27 de fevereiro de 2022.

HASSEMER, Windfried. **Bienes jurídicos em derecho penal. Estudiosos sobre la Justicia Penal. Homenaje al Professor Julio B. Maier**. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2005.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada**. Curitiba: Alteridade editora, 2019 apud FALAVIGNO, Chiavelli Facenda e col. **Crimes licitatórios: um debate no âmbito da Política Legislativa Penal**. 2021.

PRONDANOV, C C E A. **Metodologia do Trabalho Científico**. 2ª edição, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría Del Delicto**. 2 ed. Tradução Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Diaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civilistas, 1997.



RESIDUOS SÓLIDOS Y SU RELACIÓN DIRECTA CON LA CONTAMINACIÓN DE RÍOS<sup>1</sup>Johnatan Abril Huérfano<sup>2</sup>Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho<sup>3</sup>

**RESUMEN:** El presente artículo de investigación en un primer momento contextualizara el inicio de la problemática que surgió a raíz del consumismo acelerado por parte de la sociedad y que se ve marcado hace alrededor de 100 años con el cambio de la modernidad a la posmodernidad, debido a lo anterior empieza a crearse un gran problema y es que se tiene por el mal manejo o directamente el no manejo de residuos sólidos, ya que muchos de estos son desechados directamente a los ríos, un claro ejemplo sería el Rio Negro de Manaus, el cual se ha tenido unos cambios donde en algunas partes de su cause se tiene una visual muy triste debido a que almacena gran cantidad de basura. Los residuos solidos necesitan de manera urgente un buen manejo a través de una gestión integrada por eso, en un segundo momento se mencionará las diferentes medidas y soluciones, entre las que se puede mencionar el papel fundamental que tienen los recicladores, las industrias, el estado y la sociedad. Donde todos tienen que tener una participación en esta problemática para que pueda ser solucionada de manera efectiva, para estos el estado tiene que aplicar una política de incentivos para las industrias, es decir entre menos contaminante sea y mas sostenible con el medio ambiente, estas manejen tributos mas bajos, así mismo, la sociedad tiene que se educada para que estos residuos solidos lleguen a su destino final y no al rio, y por ultimo dar una papel digno en la sociedad al reciclador.

Finalmente la ultima parte del presente articulo versara sobre las leyes y sobre todo los principios de prevención, precaución, eficacia, democracia participativa entre otros, los cuales se relacionan con el cuidado del medio ambiente, desarrollo sostenible y el cuidado que se tiene que tener con los residuos solidos para que estos no sean un problema de contaminación en los ríos.

**PALABRAS CLAVE:** Residuos sólidos, Rio Negro, sostenibilidad, medio ambiente, Estado, sociedad, industria, reciclador.

**ABSTRACT:** This research article will initially contextualize the beginning of the problem that arose as a result of accelerated consumerism on the part of society and that is marked around 100 years ago with the change from modernity to postmodernity, due to the above, a big problem begins to be created and it is due to the mismanagement or direct non-management of solid waste, since many

<sup>1</sup> Recebido em: 18/10/2023. Aprovado em: 11/11/2023.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas. Possui graduação em Direito pela Fundación Universitaria Juan Castellanos, Colômbia (2021).

<sup>3</sup> Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental (Doutorado e Mestrado) da Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA-UEA, professor do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas - PPGDir-UFAM, pesquisador Sênior do Labtass/ILMD/Fiocruz Amazônia e pesquisador-líder no Diretório do CNPq do Grupo de Estudos em Direito de Águas - GEDA, associado a rede Waterlat - Gobacit (maior rede de pesquisas sobre águas do mundo) e do Grupo "Territórios, ambiente, saúde e sustentabilidade" da FIOCRUZ - Manaus.

of these are discarded directly into the rivers, a clear example would be the Rio Negro de Manaus, which is It has had some changes where in some parts of its cause it has a very sad visual because it stores a large amount of garbage. Solid waste urgently needs good management through integrated management, therefore, in a second moment the different measures and solutions will be mentioned, among which we can mention the fundamental role played by recyclers, industries, the state and society. Where everyone has to have a participation in this problem so that it can be solved effectively, for these the state has to apply a policy of incentives for the industries, that is to say, the less polluting it is and the more sustainable with the environment, these manage lower taxes, likewise, society has to be educated so that this solid waste reaches its final destination and not the river, and finally give a dignified role in society to the recycler. Finally, the last part of this article will deal with the laws and above all the principles of prevention, precaution, effectiveness, participatory democracy among others, which are related to environmental care, sustainable development and the care that must be taken with solid waste so that these are not a pollution problem in rivers.

**KEYWORDS:** Solid waste, Rio Negro, sustainability, environment, State, society, industry, recycler.

## INTRODUCCIÓN

Al día de hoy una de las principales problemáticas que presentan las grandes ciudades, específicamente las que se encuentran localizadas cerca de ríos, es que el mal manejo de la basura a llevado a que estos ecosistemas presenten grandes problemas de contaminación, lo que también genera problemas de salud, así como problemas con un medio visual sano. Estos problemas son el resultado de un consumismo descontrolado por parte de la sociedad donde compramos cosas que no necesitamos para luego desecharlas sin un control o proceso bien establecido, por ende, se genera la necesidad de cambiar el modelo económico mediante un medio progresista que recalque la importancia de hacer una buena gestión de los residuos.

En este escenario la presente investigación pretende analizar las medidas que debe tomar el Estado para que la problemática de los residuos sólidos, entre las cuales se encuentran dignificar el papel del reciclador en la sociedad, así como dar incentivos a las grandes industrias donde el principal punto son la reducción de impuestos para las empresas que apliquen el manejo de residuos sólidos a través del reciclaje, la reducción de materiales contaminantes y reutilización, sin olvidar que la sociedad también tiene un papel importante y un deber con el medio ambiente por ende se tiene que implementar medidas educativas que lleven a la transformación de la sociedad a través de un consumo controlado y por supuesto un buen manejo de los residuos sólidos. Lo anterior tiene sus bases en los principios de precaución, prevención y de democracia participativa, así como la ley 11.116 de 2005 y la ley 12.305 de 2010.

Por último, se ha de mencionar que el presente artículo de investigación se basa en una metodología con un enfoque cualitativo a partir de los métodos inductivo-deductivo, toda vez que a partir de la problemática se dedujo la aplicación de disposiciones de orden nacional a través de las cuales se busca proteger el derecho a un medio ambiente sano. Así mismo, se utilizó el método analítico-sintético atendiendo en un primer momento a la recolección y análisis de la información documental necesaria para la construcción del artículo y posteriormente el uso de la síntesis permitió la delimitación de los puntos a desarrollar en el artículo de investigación.

## LA PROBLEMÁTICA DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS

Los residuos sólidos han sido un gran problema para el desarrollo de cualquier sociedad, ya que genera una gran contaminación al medio ambiente y específicamente a los ríos que están cerca de las metrópolis, debido a que en estas se desarrolla una sociedad más consumista, esta problemática comienza 100 años atrás donde comienza la cultura del consumismo de la época moderna que a medida que pasa cada año se desarrolla una nueva estrategia con el fin de dar a la sociedad un consumismo con el cual pueden saciar sus deseos y su ego en algunas ocasiones, además que la posmodernidad es la antítesis de la modernidad, es decir, dejar el estilo de vida consumista a un lado y centrarse en un modelo de sostenibilidad que sea amigable con el medio ambiente y las futuras generaciones. (ROSSATTO et al, 2014).

Ahora bien, ROSSATTO et al (2014) afirma que el punto de inflexión entre la modernidad y la posmodernidad podría ser el manejo que se le da a los residuos sólidos, debido a que esta gestión va ligada a una política pública haciendo uso de principios, objetivos e instrumentos que se pueden accionar para poder realizar esta gestión, con fin de eliminar los rellenos sanitarios, se debe implementar la cultura de reutilizar lo más que se pueda un producto, esto con el fin de alargar su vida útil y por último aplicar el reciclaje como último modo de sostenibilidad y no el de desechar.

Por otro lado, se tiene que cambiar el pensamiento que ya tenemos concebido sobre las cuestiones ambientales debido a que en la ciudad de Manaus es la única ciudad del estado de Amazonas que tiene una solución para los residuos sólidos, pero hay una gran problemática frente a los residuos sólidos, ya que sigue presentando una gran contaminación en sus afluentes más próximos como lo es el Río Negro, pero para hablar de esta realidad tan palpable se tiene que ir al pasado y ver el origen de esta, todo se puede resumir en esta metáfora que versa sobre el reconociendo del árbol se puede reconocer la floresta, esto llevado a la problemática que se tiene en el Río Negro, quiere decir que se tiene que tener la capacidad de reconocer el problema en su totalidad y no solo algo específico. (BOSCO, 2021).

BOSCO (2021) menciona que el desarrollo sostenible está estrechamente ligado a un mejor futuro, ya que atiende las necesidades del presente no comprometer la capacidad de

las futuras generaciones, es decir, que estos gocen de los ríos de esta zona, pero este discurso que se plantea para hablar sobre sostenibilidad sin embargo al momento de atender las necesidades del presente ya estamos tomando y limitando las capacidades que van a tener las futuras generaciones para satisfacer sus necesidades, además se tiene que mencionar que para no limitar estas capacidades se debe ver la sostenibilidad como un todo, es decir no solo como algo individual sino como algo que le corresponde a toda la sociedad donde esta tiene que respetar a la tierra mediante muchas formas de aprendizaje y hablar de desarrollo sostenible como un modo de vida (BOSCO, 2021).

Por otro lado, BOSCO (2021) afirma que la basura es el tema central porque cuando hablamos de sostenibilidad esta juega un papel fundamental debido a que el manejo de la misma puede determinar si en realidad es basura o es un residuo sólido, es decir, sin un manejo lo más probable en que esta basura termine en los ríos, ahora bien en los municipios de amazonas no encontramos los residuos sólidos sino basura, donde los productos son vertidos en rellenos sanitarios o también son incinerados y otros tantos son desechados en ríos, además que varios municipios de amazonas superan los 20.000 habitantes y se sabe bien que cuando hay este número de habitantes se debe hacer un buen manejo de la basura es decir convertir esta basura en residuos sólidos, sin embargo, solo Manaus cuenta con este sistema de residuos sólidos

Asi mismo, BOSCO (2021) menciona que, para alcanzar la sostenibilidad, un medio ambiente sano y ríos limpios se debe promover la ampliación de la conciencia ambiental, para hallar una solución para los problemas que se acontecen hoy tenemos que cambiar la forma de pensar con la que fuimos criados e innovar en nuevas soluciones para los residuos sólidos.

Teniendo en cuenta lo anterior se tiene que hacer la diferencia entre basura y residuo sólido, en esto la sociedad es muy importante ya que si tenemos una botella plástica y la reciclamos es un residuo sólido, pero si lo botamos en un lugar indeterminado se convierte en basura, esto es importante para encontrar una solución para generar una solución en el contexto del desarrollo sostenible, pero también se tiene que hablar de consumismo que es normal en nuestra sociedad, pero lo que no debe ser normal es el consumismo sin tener en cuenta la sostenibilidad. (BOSCO, 2021).

Lo anterior se puede hacer de una manera efectiva y es por medio de los colectivos recicladores que tienen 3 bases, las cuales se deben cumplir para que tenga una sostenibilidad este proceso, el cual es tener un reciclador, una persona que compre ese reciclaje y por último una industria, la cual es la más rentable y es la que mejor sale económicamente en este proceso. El reciclador y su relación con la ley de bien según MOREIRA et al (2019, p.138):

Analiza recicladores, que trabajan, por regla general, sin las condiciones necesario para una vida digna. En este sesgo, el estudio va más allá del debate sobre la falta de dignidad de los coleccionistas individuales esparcidos por las calles de las ciudades brasileñas, desconectada de las organizaciones colectivas, y propone una manera de efectuar activar los derechos fundamentales de los recicladores a través de la participación negocios en prácticas de sostenibilidad socioambiental, así como estímulo para trabajar en organizaciones colectivas. Tras analizar la ley de bien, que concede exención fiscal a empresas realizan innovación tecnológica en Brasil, así

como el Índice de Sostenibilidad Empresarial (ISE) de B3 S.A (antes BM&FBOVESPA), se encontró que alrededor del 60% de las empresas que cotizan en el ISE son iguales beneficiarios de la ley de bien, por lo tanto, se cree que, a través de desarrollo tecnológico, el Estado y las empresas pueden promover no sólo el crecimiento económico, sino también el desarrollo humano.

Finalmente es muy importante mencionar que la tecnología como la cuarta dimensión de la sostenibilidad ambiental, pero para que esta se pueda desarrollar se debe dar unos incentivos fiscales a las empresas para que estos apliquen la innovación tecnología en los procesos de residuos sólidos y apliquen las técnicas de sostenibilidad ya mencionadas, además que el factor tecnológico está relacionado con las demás dimensiones de la sostenibilidad. (MOREIRA et al, 2019)

## MEDIDAS PARA EL MANEJO DE LOS RESIDUOS SOLIDOS

Ahora bien, BAGATINI et al (2017) afirma que al adentrarse más a la cuestión de los residuos sólidos y ver cómo estos han venido incrementando a medida que se va desarrollando el modelo económico actual es cual se caracteriza por el consumo donde los recursos naturales son explotados y también se ven afectados una vez que estos productos tienen su vida útil, el claro ejemplo es la contaminación del Río Negro, lo anterior da como consecuencia una gran generación de estos, lo que conlleva en corto plazo a que este modelo no sea sostenible e inevitablemente lleve a una crisis ambiental, la cual se ve actualmente en la ciudad de Manaus.

Por otro lado, existe una gran correlación en materia de residuos sólidos y la contaminación ambiental, debido a que un mal manejo de estos repercute directamente en la contaminación de los ríos, por eso se tiene que hacer un especial seguimiento al ciudadano, además de la actitud que debe tomar frente a las políticas que se implementan al favor del medio ambiente específicamente el Río Negro, ya que la sociedad tiene un papel fundamental para el cuidado del medio ambiente debido a que esta es la que consume y esta va ligada al modelo económico el cual debe cambiar o hacer una transición a la sostenibilidad para así cuidar el futuro del medio ambiente, es decir que el sistema o medio económico que no es sostenible y por lo tanto no debería existir. (ROSSATTO et al, 2014).

Ahora bien, ROSSATTO et al (2014) afirma que para lograr esta utopía de eliminar los rellenos sanitarios y que no se continúe contaminando los ríos, se habla sobre el reciclaje y como se pueden incentivar con el uso de medidas fiscales flexibles, esto ligado al desarrollo tecnológico, es decir que esta medida es el tema central ya que menciona los incentivos como medio para la realización de esta sostenibilidad, la cual se debe realizar siempre y cuando el estado se mantenga interesado en aplicar esta política e ir modificándola a medida que van surgiendo nuevos retos para la sostenibilidad ambiental.

La perspectiva posmoderna atraviesa una pluralidad de afirmaciones de conocimiento heterogéneas, mientras que la modernidad está ligada al estilo, a los hábitos de vida o a la organización social. y es en este escenario que el medio

ambiente deja de ser tratado como un elemento de exploración insertándose en el contexto humano. Los conflictos socioambientales son consecuencia de la industria y consumo y dependen de nuevos modelos de gestión y recensión, exigiendo una postura efectiva y participativa del Estado y la sociedad. En este contexto, la cuestión de los residuos está directamente relacionado con el desarrollo sostenible y el aumento de calidad de vida en las ciudades. Frente a la percepción de la problemática que engloba el consumo es necesario buscar acciones que buscan reducir los residuos sólidos y en esta perspectiva, mediante la implementación de una Política Nacional de Residuos la cual busca alternativas sólidas para garantizar un entorno respetuoso con el medio ambiente equilibrado. ROSSATTO et al (2014, p.353)

El reto más ambicioso de todos es educar a una sociedad de Manaus que por mucho tiempo ha tenido un estilo de vida consumista, lo cual lleva a que el Rio Negro y sus afluentes generen un medio ambiente en crisis, pero si algo tiene el ser humano es que tiene la capacidad de adaptarse a un sin fin problemáticas y salir adelante, es decir, tiene la capacidad de visualizar que tipos de cambios tiene que hacer para no obtener un resultado lesivo, en este caso la educación ayuda de manera sin igual para la solución de este problema. (PLENTZ, 2011).

La sociedad juega un papel fundamental en el proceso de generar residuos sólidos por eso tiene que ser educada con el fin de ayudar a un desarrollo sostenible, la educación debe pasar por un riguroso proceso de conocimiento donde no se puede ser egoísta sino al contrario compartir esta información con todos, este punto es muy importante ya es que es la publicidad sobre cómo manejar el uso de los residuos sólidos, lo anterior tiene que ser transmitido como cualquier otra área de aprendizaje, es decir fomentar en las escuelas de Manaus el concepto de que se tiene un medio ambiente y dar herramientas válidas para su cuidado (PLENTZ, 2011).

Por otro lado existen unos obstáculos los cuales radican principalmente en la falta de participación que se le da algunos colectivos por parte del gobierno, es decir, el gobierno se limita a tomar decisiones de una manera arbitraria en vez de dar voz y voto a todos los sectores de la sociedad, por lo anterior se debe aclarar que un punto fundamental para que esta gestión funcione, es la creación de espacios para debates donde puedan participar todas las entidades, industrias y sociedad, es decir, todos los sectores de la sociedad deben llegar un consenso porque de no ser así se corre el riesgo de que la gestión se lleve a cabo, pero no logre la finalidad. (ROCHA et al, 2016).

El reconocimiento de los residuos sólidos como una fuente generadora de empleo por su reutilización y reciclaje, es decir esta se ve como una fuente alterna en la cadena de suministros para la producción, además el gran defecto en la implementación radica en que no hay participación social, además de que no hay una inclusión social para los recicladores, concluyendo que hay muchos desafíos en materia de residuos sólidos, pero se ha avanzado mucho con la creación de leyes que ayuden a que estos residuos tengan un ciclo más alargado ya se mediante la reutilización o el reciclaje. (ROCHA et al, 2016).

La generación RS ya no se ve sólo como un problema medio ambiente, sino también como una fuente alternativa de recursos para la cadena de suministro, producción, mediante procesos de recuperación. Sin embargo, en ausencia de los impulsores económicos y de marketing, el cumplimiento de las debe prevalecer el motivador

legal. Cabe señalar, sin embargo, que el proceso de elaboración de las normas Los requisitos legales influyen directamente en la eficacia de su implementación. Existen, hoy en día, los procesos deliberativos para la toma de decisiones, como las comisiones de legislación participativa, defensores del pueblo, representantes de los ámbitos sociales en juntas asesoras, audiencias y consultas públicas. Sin embargo, la evidencia si la ineficiencia de tal estructura democrática de participación social cuando la existencia de intereses en conflicto entre las partes involucradas. (ROCHA et al, 2016, p.228).

Los residuos sólidos siempre han sido un reto en materia ambiental, ya que son causantes de una gran contaminación, principalmente en las ciudades que tienen ríos en sus periferias, por ello se han implementado una serie de medidas las cuales ayudaran a hacer una buena gestión y manejo de estos residuos sólidos. Ahora bien, en Brasil se ha implementado una medida muy efectiva la cual se llama ley de bien o ley n. 11.116 de 2005, según MOREIRA et al (2019, p.122):

En relación a la industria, varias empresas son beneficiarias de la política Brasileira de innovación tecnológica, regulada por la Ley n. 11.196, de 21 de noviembre de 2005, apodada la ley de bien. Por medio de esta política, el Estado busca el crecimiento económico del país y, para ello, permite a las empresas reducir la carga fiscal sobre las actividades de investigación y desarrollo de innovación tecnológica (I+D). Por lo tanto, las empresas deben operar bajo un régimen de renta gravable, ser en situación de regularidad fiscal, acreditar ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Innovaciones y Comunicaciones (MCTIC) la realización de Actividades de I+D y gastos relacionados. Éstos son, por tanto, los requisitos legales para que las empresas sean consideradas capaces de utilización de los beneficios fiscales de la Buena Ley.

Lo anterior demuestra que esta ley va a ayudar al desarrollo sostenible y ayudar que el medio ambiente en este caso el Rio Negro sea protegido a través de incentivos, lo cual ayudara a la no contaminación del mismo. El punto central es la basura, ya que esta es fundamental para el proceso de sostenibilidad. Se sabe que las industrias son las que generan un gran impacto ambiental debido a que son los que más producen residuos sólidos: [...]

“también son mayores responsables de las agresiones ambientales porque contienen residuos industriales en productos químicos en general, metales pesados, sustancias tóxicas” (MOREIRA et al, 2019, p.121). Por otro lado, encontramos a colectivos de reciclaje que ayudan a que la contaminación sea menos, pero las actividades económicas que se desarrollan en esta ciudad inevitablemente ayudan a que esta contaminación siga avanzando.

## LEYES Y PRINCIPIOS EN RELACIÓN CON LOS RESIDUOS SOLIDOS

La ley 12.305 de 2 de agosto de 2010 es muy importante debido ya que versa sobre: [...]“la Política Nacional de Residuos Sólidos (PNRS) y que, entre sus disposiciones, introduce a los recolectores, a través de asociaciones y cooperativas, en acciones de recolección y disposición final ambientalmente racional de los materiales” (MOREIRA et al, 2019, p.121). Es decir, habla sobre el destino final de los residuos el cual puede ser una gran variedad de destinos como lo puede ser el reciclaje, la reutilización, recuperación entre otros, ahora bien, también se menciona que el estado y las

grandes empresas son las que se deben encargar de este proceso, esto a través de fomentar la creación de colectivos recicladores.

Las leyes que se implementan en los estados deben estar basadas en incentivos, ganancias y sanciones para que este modelo de sostenibilidad medioambiental funcione y así se vea un cambio en la calidad del agua del río y un mejor aspecto visual, lo anterior se puede resumir en tres partes y son muy acertadas. Para que este modelo funcione se debe en un primer momento identificar la política de residuos sólidos en el caso en concreto, segundo identificar los actores que participaran en un desarrollo sostenible y por ende en una mejor calidad vida y por último la aplicación de esta política de residuos sólidos. (SANTOS et al, 2016).

PLENTZ (2011) menciona que la educación ambiental juega un papel fundamental la familia ya que no solo se debe enfocar en la adquisición de conocimiento sino en la adquisición de valores, ya que los niños en sus primeros años son susceptibles al conocimiento es decir son una esponja que absorbe todo lo que puede, además este proceso tiene que hacer una transición a medio más privado donde haya más conocimientos con diferentes puntos de vista fomentando la participación del niño en diferentes procesos de desarrollo sostenible priorizando los residuos sólidos o también llamada basura.

En relación con la educación ambiental, está claro que el legislador brasileño quería ofrecer a la sociedad una política específica sobre residuos sólidos, teniendo la certeza de que esta política debe necesariamente ser discutida con la sociedad a través de la educación ambiental. Sin embargo, es cierto que siendo la educación ambiental una fuente de conocimiento que puede ser considerada como un “tema transversal”, en la medida en que no es una disciplina clásica, debe ser llevada al conocimiento cemento de la sociedad de varias maneras, incluyendo en la escuela, para que los niños aprendan estos nuevos conceptos, y, sin disociar nunca estos conocimientos adquiridos de la familia, una vez que es en el entorno familiar donde las personas efectivamente aplicará activamente los conocimientos aprendidos a través de la educación ambiental. (PLENTZ, 2011, p.29).

La gestión de residuos sólidos va muy ligado a la salud, si no hay una inversión grande en esta gestión lo más probable es que el gasto en materia de salud sea aún más grande, porque la basura genera una contaminación gigante lo ayuda a la proliferación de muchas enfermedades, por lo anterior, la ley 12.305 PNRS presenta una solución para todos los problemas en la gestión de residuos sólidos, esta solución se trata en un primer momento desde la educación ambiental, haciendo planes a nivel nacional, estatal y municipal,

finalmente dar los instrumentos necesarios para enfrentar la problemática de la basura (BOSCO, 2021).

Lo anterior trae consigo la necesidad de aplicar medidas sostenibles para esta clase de residuos, se menciona PNRS la cual [...]“ es el principal instrumento normativo para la gestión y gestión de residuos sólidos en Brasil, destacando la importancia de la estructura que presenta la Ley de sus disposiciones y contenido, incluidos sus principios, objetivos e instrumentos” (BAGATINI et al, 2017, p.361). Así como la ley 12.305 la cual ya fue mencionada con anterioridad donde se establece como prioridad la prevención y reducción de residuos, está ley es muy relevante en el contexto

brasileño debido a que había un vacío jurídico donde no se hablaba de este tema, sin embargo si se mencionaba unos principios, en un primer momento de habla de dos principios que ya todos conocemos y que son mencionados en el ámbito internacional, los cuales son el principio de prevención y el principio de precaución la diferencia de estos dos radica en la ocasión de un daño en el que uno se visualiza el daño y el otro no se distingue el daño sin embargo se aplica por precaución. (BAGATINI et al, 2017).

También se incluyen dos principios que se puede decir que uno es la evolución del otro, ya que en el primero se aplica que el sujeto que contamina debe pagar por este hecho, esto no es muy viable por que el daño ambiental es muy difícil de cuantificar, la evolución de este principio radica en mejor compensar al sujeto que protege el medio ambiente a base de incentivos y para que esto tenga una efectividad en su aplicación es importante saber que la aplicación de un principio, objetivo o instrumento radica en que no hay una sola lógica y que puede darse una pluralidad es decir de un principio se puede derivar varios objetivos y que también un objetivo se puede desprender varios principios esto con el fin de aplicar una gestión pública. (BAGATINI et al, 2017).

Finalmente y para concluir, ROCHA et al(2016) menciona un análisis comparado con la unión europea y un punto que resalta son los principios de eficacia, democracia participativa entre otros, los cuales son importantes para la gestión, sin embargo, en Brasil el plan nacional de residuos sólidos es muy innovador, en la teoría presenta un avance significativo para el país en materia de residuos sólidos pero su aplicabilidad es cuestionable, pero lo anterior es un problema ya que no acaba con el problema en cuestión sin embargo esta implementación no es fácil, se hace a todos los niveles y sectores de una población por ejemplo los productores se han propuesto a desarrollar productos sostenibles con el medio ambiente esto con la ayuda de incentivos por parte del gobierno, estos productos tienen la característica de que generan un impacto ambiental leve.

## CONSIDERACIONES FINALES

La ciudad de Manaus tiene un programa para la gestión de residuos sólidos, sin embargo, se sigue presentando una gran contaminación del Río Negro a casusa de estos residuos, por esto es necesario hacer partícipe a todos los sectores, especialmente aplicar medidas de incentivos para las grandes industrias, ya que se ha demostrado que las sanciones no son tan efectivas como si lo son los incentivos fiscales para que estas cuiden el medio ambiente y en especial el cauce del Río Negro.

En un segundo momento es necesario y urgente una educación dada por el estado para sus ciudadanos en materia de gestión de residuos sólidos, donde estos aprendan que el reciclaje, la reutilización y la reducción, es decir, dejar tanto consumismo es una forma de ayudar a la descontaminación del río y por ende tener un futuro estable para las futuras generaciones, así como tener un medio ambiente sano y una mejor calidad de vida.

La aplicación de leyes es fundamental, así como la aplicación de los principios de prevención y precaución, los cuales son ampliamente estudiados y aplicados en el ámbito internacional, donde el más efectivo el principio de prevención debido a que este atiende todas las medidas que se deben tomar para evitar un daño lesivo para el medio ambiente, por otro lado el principio de la democracia participativa tiene que estar presente al momento de tomar cualquier decisión relacionada con el tema en concreto, es decir con el cuidado de los ríos y del medio ambiente en general.

Por último y no menos importante la actividad que hace el reciclador es muy importante para la gestión de los residuos sólidos por eso se le tiene que dar condiciones de trabajo dignas, además de incentivos o subsidios que ayuden a estas personas para que puedan seguir realizando su labor y que otros tantos quieran trabajar en el reciclaje para tener un ingreso seguro que ayude a su familia, además se convierte en una fuente de empleo lo que genera más ingresos en impuestos.

## REFERENCIAS

MOREIRA, A; CARMINHA, U; MEMÓRIA, C. El destino de los residuos sólidos de las empresas Innovadores: la Ley de bien y su papel en sostenibilidad ambiental y social. UNIFOR, Fortaleza, Brasil. 2019. Disponible en:

<https://www.scielo.br/j/seq/a/q7qC8rSxdqcVsGvPXpZxpQC/?lang=pt&format=pdf> Acceso en: 05/07/2023

SANTOS, V; SENHORAS, E. Oportunidades de negocio en gestión de residuos sólidos. Scientia Iuris, Londrina, Brasil. 2016. Disponible en:

[https://www.researchgate.net/publication/311554598\\_Oportunidades\\_negociais\\_na\\_gestao\\_de\\_residuos\\_solidos](https://www.researchgate.net/publication/311554598_Oportunidades_negociais_na_gestao_de_residuos_solidos) Acceso en: 05/07/2023

BAGATINI, A; FIORINI, G; PUBLIESI, E. Temas contemporáneos en la gestión de residuos sólidos públicos: análisis de los principios de la política nacional de residuos sólidos en función de sus objetivos e instrumentos., UFSCar San Carlos, Brasil. 2017. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/3211/321152454017/html/> Acceso en: 05/07/2023

ROSSATTO, C; LUNELLI, C. Residuos sólidos en la sociedad consumista posmoderno: un desafío para el desarrollo sostenible. Veredas do direito, Vale do Rio dos Sinos, Brasil. 2015. Disponible en: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/415> Acceso en: 05/07/2023

PLENTZ, F. La educación ambiental como uno de los instrumentos de la política nacional de residuos sólidos. Revista Acadêmica Direitos Fundamentais. Osasco, Brasil. v.5, núm.5, Pág. 21-29 junio/octubre, 2011.

ROCHA, A; DINIZ, G; GHISOLF, V. Obstáculos para una eficaz política de gestión de residuos sólidos en Brasil. Veredas do direito. Brasília, Brasil. v.13, núm.26, p.211-234, Mayo/Agosto, 2016.

BOSCO, V. Residuos sólidos en Brasil. Aula desarrollo sostenible. Mestrado em direito ambiental, Universidad del Estado de Amazonas, Manaus, 2023.



COMPARATIVO DAS IDEIAS DOCTRINÁRIAS DE ARISTÓTELES COM A TUTELA  
RESPONSÁVEL DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO<sup>1</sup>

*COMPARISON OF ARISTOTLE'S DOCTRINAL IDEAS WITH THE RESPONSIBLE CARE OF  
PETS*

Ana Paula da Silva Nascimento<sup>2</sup>  
Bianor Saraiva Nogueira Júnior<sup>3</sup>  
Mauro Braga<sup>4</sup>

**RESUMO:** Um dos assuntos abordados neste artigo foi mostrar como é essencial que o tutor possua a consciência ética, moral, virtuosa, cidadã, ambiental sobre a responsabilidade de adotar um animal de estimação. O pensamento filosófico aristotélico da virtude, da moral e da ética contribuíram para elencar os aspectos positivos e negativos da conduta humana do tutor. Os objetivos desta pesquisa foram: descrever filosoficamente sobre o comportamento do tutor e fazer um comparativo das ideias aristotélicas com a tutela responsável por animais de estimação. Concluiu-se, que a ausência do comprometimento ou da falta de responsabilidade do tutor em cuidar do seu animal de estimação de maneira ética, moral, virtuosa, com caráter psicológico e pensamento ambiental pode trazer diversos

<sup>1</sup> Recebido em: 18/10/2023. Aprovado em: 29/12/2023.

<sup>2</sup> Mestra em Direito ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Civil (Centro Universitário Leonardo da Vinci - UNIASSELVI) e MBA em Psicopedagogia e Pedagogia em Administração de Empresas (ESAB). Formada em Química pela UFAM – Universidade Federal do Amazonas. Curso de graduação em Letras Língua Portuguesa (UNIASSELVI). Atuando como pesquisadora pela FAPEAM – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas. Advogada. Email: anapaula.silnas@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9387077231738483>. <https://orcid.org/0000-0003-3624-1597>.

<sup>3</sup> Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pelo Programa de Pós-Graduação - PPGSCA da Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (Conceito 7 - CAPES); Doutorando em Antropologia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS; Mestre em Direito Ambiental pelo PPGDA da Universidade do estado do Amazonas - UEA; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas ? ED/UEA; Professor Doutor do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA/UEA; Professor Doutor do curso de Pós-graduação em Direito Público, ED/UEA; Pesquisador no Observatório para a Qualidade da Lei (LEGISLAB-UFMG); Procurador Federal - PGF/AGU (bianor.saraiva@agu.gov.br); Condecoração Jubileu de Bronze - Comenda - AGU, 2015; Condecoração Jubileu de Prata - Comenda - AGU, 2022; Endereço para acessar o CV: <http://lattes.cnpq.br/3384857458869556> ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0003-2189-2573>

<sup>4</sup> Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas Cândido Mendes Ipanema (1991). Mestre (2005) e Doutor (2012) em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em Processo Civil (2013). Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de Manaus - Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e da Especialização de Direito e Processo do Trabalho da UEA/AMATRA 11. Professor da Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas - UEA/OAB-AM. Coordenador do Curso de Direito na Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO, unidade Leste. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 11ª Região - AMATRA XI (2017/2019). Diretor Financeiro da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - AMATRA (2019/2021) e Membro da Comissão Legislativa e Comissão Nacional do Programa Trabalho, Justiça e Cidadania - TJC - ANAMATRA, desde 2021.

problemas para a natureza, a sociedade, Poder Público e para o animal de estimação. Por isso é tão importante que o tutor pratique a tutela responsável por um animal de estimação, quando decide adotar um, esse ato é uma virtude, uma ação ética e moral. Este estudo foi realizado através de referências bibliográficas de fontes literárias da filosofia (neste caso a obra principal foi *Ética a Nicômano*), da psicologia, da biologia, da antropologia, da sociologia, do direito ambiental e animal.

**Palavras-chaves:** Tutor. Ética. Moral. Animal de estimação. Tutela Responsável.

**ABSTRACT:** An of the topics covered in this article was to show how essential it is for the guardian to have an ethical, moral, virtuous, civic and environmental conscience regarding the responsibility of adopting a pet. Aristotelian philosophical thought on virtue, morals and ethics contributed to listing the positive and negative aspects of the tutor's human conduct. The objectives of this research were: to describe philosophically the behavior of the guardian and to compare aristotelian ideas with responsible guardianship of pets. It was concluded that the lack of commitment or lack of responsibility of the owner in taking care of their pet in an ethical, moral, virtuous manner, with a psychological character and environmental thinking can bring several problems to nature, society, Public Power and for the pet. That is why it is so important that the guardian practices responsible guardianship over a pet, when he decides to adopt one, this act is a virtue, an ethical and moral action. This study was carried out through bibliographical references from literary sources from philosophy (in this case the principal book in was *Nicomanean Ethics*), psychology, biology, anthropology, sociology, environmental and animal law.

**Keywords:** Tutor. Ethic. Moral. Pet. Responsible Guardianship.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A tutela responsável por um animal de estimação. 3. A ética e a moral da filosofia aristotélica em relação ao comportamento do tutor de animal de estimação. 4. A virtude da filosofia aristotélica baseada na obra *Ética a Nicômano* na relação tutor e animal de estimação.

## 1. INTRODUÇÃO

A relação entre o animal de estimação e o ser humano criou laços de afetividades, os quais contribuíram para as responsabilidades e deveres do tutor. Essas responsabilidades adquiridas pelo ser humano ao adotar um animal de estimação é denominada de tutela responsável.

A tutela responsável nasce a partir de dois personagens: o tutor que adota o animal de estimação e a espécie que é adotada.

A tutela responsável por um animal de estimação somente acontece se o tutor oferecer os cuidados básicos para o seu bem-estar.

A tutela responsável representa um conjunto de encargos, deveres ou responsabilidades, porque ela busca atender as necessidades fisiológicas, físicas e emocionais de um animal de estimação. Então, o tutor ao adotar um ser senciente desta categoria deveria atentar-se aos cuidados, os quais tem que proporcionar a esta espécie, dentre alguns destes estão: a proteção, a segurança, dar um lar, alimentação, saúde.

A verdadeira tutela responsável por um animal de estimação, além dos cuidados de bem-estar conta com a responsabilidade ética, moral e ambiental do tutor. A tutela responsável de um animal de estimação quando praticada adequadamente pelo tutor é um ato virtuoso.

O tutor que adota um animal de estimação deveria compreender e entender essa responsabilidade que decidiu ter. Porque adotar um animal de estimação não é como gerar uma criança de maneira inesperada, pois, antes de tê-lo houve um pensamento de possuir ou não, de ter a posse ou não, de um ser senciente desta categoria, e no final houve a escolha da adoção.

O tutor pode não ter ponderado sobre as responsabilidades que há ao adotar-se um animal de estimação e de como dever-se-ia praticar a tutela responsável, todavia, ele teve a chance de não escolher tê-la.

É por causa do comportamento de certos tipos de tutores, principalmente daqueles, os quais não buscaram o preparo e informações para cuidar do animal de estimação, associada a ausência de responsabilidade e comprometimento em manter os cuidados com o ser senciente adotado, que existe o abandono de animais de estimação no meio ambiente.

O comportamento do tutor em relação ao seu animal de estimação afeta o meio ambiente como um todo. Infelizmente, nem sempre quem tem a posse de um animal de estimação vai praticar a tutela responsável, ou seja, não assumirá adequadamente às responsabilidades, os deveres e encargos, cujo um ser senciente desta espécie traz ao ser adotado. É por isso, que antes de adotar um animal de estimação, o tutor deveria estar disposto ou ter a ciência de praticar a tutela responsável, para entender como ela funciona e buscar conhecimentos sobre a mesma.

Os objetivos desta pesquisa são: (1) descrever sobre comportamento do tutor em relação à tutela responsável por um animal de estimação. (2) analisar o comportamento do tutor utilizando-se de parâmetros filosóficos como a ética, a moral, e virtude. (3) fazer um comparativo das ideias aristotélicas com a tutela responsável por animais de estimação.

A pesquisa foi realizada para informar que a principal causa do abandono de animais de estimação no meio ambiente, seja ele público ou privado, ocorre devido ao comportamento do tutor em não querer mais praticar a tutela responsável. O animal de estimação, infelizmente, depende do comportamento do tutor para poder ter uma tutela responsável adequada.

Esta pesquisa é baseada em referências bibliográficas de várias literaturas, dentre elas: a da filosofia (principalmente a aristotélica do livro *Ética a Nicômano*), a da sociologia, antropologia, psicologia, direito ambiental e dentre muitas outras fontes.

## 2. A TUTELA RESPONSÁVEL POR ANIMAL DE ESTIMAÇÃO

Os animais de estimação fazem parte da biodiversidade, da natureza, do bioma ecológico e do meio ambiente. Eles tornaram-se tão especiais na vida humana que acabaram ganhando mais espaço e interesse na área do direito ambiental. O direito ambiental segregou um ramo específico de sua área para retratar os direitos adquiridos dessas espécies, daí surgiu a ciência do direito dos animais. A ciência dos direitos dos animais faz parte do direito ambiental, porém, ela possui uma parte especial separada e dedicada a estas espécies.

Ainda não há um conceito consolidado sobre a tutela responsável por animal de estimação. Então, a mesma poderia ser conceituada da seguinte maneira: *tutela responsável é quando o tutor busca cumprir as responsabilidades tutelares de cuidados por um animal de estimação, dentre elas estão: a proteção em manter um lar, dar segurança, atender a saúde, a vida, o bem-estar e além das demais necessidades fisiológicas, físicas, emocionais deste ser senciente durante a sua longevidade natural.*

O conceito descrito nesta pesquisa é baseado no artigo sexto da DUDA (Declaração Universal dos Direitos dos Animais) – em que “todo o animal que o homem escolheu para ser seu companheiro tem o direito a uma duração de vida, conforme a sua longevidade natural.” (Fiocruz, online, 2023).

A tutela responsável de um tutor por um animal de estimação significa o cuidado, a proteção, a longevidade natural com qualidade e duração de vida associados ao respeito que este ser senciente merece. O tutor que pratica a tutela responsável por seu animal de estimação, ele está a manter a dignidade e o respeito por este ser vivo adotado<sup>5</sup>.

O ser humano que adota ou tem a posse de um animal de estimação é chamado (a) de tutor (a). A tutela responsável por um animal de estimação surge quando o tutor adota um ser senciente desta espécie. Dois personagens são necessários para ter-se a tutela responsável por um animal de estimação: o tutor que adota e o animal de estimação adotado.

Porém, a prática da tutela responsável só acontece quando o tutor toma a ciência da condição de comprometer-se a cuidar das necessidades, dos encargos, das obrigações, dos deveres e das responsabilidades que um animal de estimação traz.

A tutela responsável de um animal de estimação começa quando o tutor assume a posse<sup>6</sup> pelo animal de estimação. Isso pode ser verificado de modo implícito no art.2º da DUDA (Declaração Universal dos Direitos dos Animais):

---

<sup>5</sup> Adotado: termo utilizado nesta pesquisa para referir-se ao animal de estimação.

<sup>6</sup> A posse por um animal de estimação ocorre quando o tutor adota, acolhe ou compra um ser desta espécie. O termo posse não é para ser entendido que o animal de estimação é um objeto, coisa ou propriedade, pois ele é um ser senciente com uma mínima compreensão e entendimento, em que é capaz de sentir sensações e sentimentos como alegria, tristeza, frio e calor, estresse, ansiedade, tranquilidade, dor e etc. A posse refere-se ao tutor que têm a companhia do animal de estimação adotado.

Art.2º. Todo o animal tem o direito a ser respeitado. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem. (Fiocruz, online, 2023).

O artigo segundo da Declaração Universal dos Direitos dos Animais mostra o que significa ter uma conduta de tutela responsável por um animal de estimação. O animal de estimação deveria ser respeitado fisicamente, fisiologicamente e psicologicamente pelo tutor.

A significação de um texto não se confunde com o próprio texto. Para obter o sentido de um dispositivo textual é preciso interpretar esse dispositivo, buscar o que está escondido como unidade de significação do texto. Por isso não basta ler o código, é preciso interpretá-lo para extrair o direito em face do caso a que se aplica. (Philippi Jr.; Alves, 2005, p.304).

O artigo segundo (art.2º) da Declaração Universal dos Direitos dos Animais não é apenas um dispositivo textual sobre o que nós seres humanos devemos proporcionar aos animais de estimação, porque a sua interpretação vai além disto, pois a significação escondida, neste caso, relata sobre um dos preceitos do que é uma tutela responsável por animais.

O art.2º da DUDA (Declaração Universal dos Direitos dos Animais) também serviu de inspiração para o conceito de tutela responsável sugerido nesta pesquisa. E em seu contexto é possível interpretar a conceituação do que ela é e representa, mesmo que de maneira implícita, o dispositivo elucida esse significado conceitual.

O tutor que quisesse praticar a tutela responsável pode iniciar esta tarefa ao garantir a proteção do animal de estimação e também poderia seguir os ditames descritos nos artigos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Já que ainda não existe uma lei específica de tutela responsável para amparar esses seres sencientes.

Além disso, qualquer indivíduo está apto a aplicar os valores éticos, morais e sociais sobre os preceitos do direito ambiental, meio ambiente e dos direitos dos animais.

Para que o animal de estimação tenha a tutela responsável adequada, com a proteção, a segurança, o respeito e demais cuidados para a sua sobrevivência, este ser vivo, depende da boa vontade do tutor em querer praticá-la e mantê-la. Ou seja, é o comportamento do tutor aliado à educação ambiental e aos valores éticos, morais, cidadãos e sociais, todos estes combinados ao bom senso daquele que faz com que o animal de estimação tenha ou não a tutela responsável.

O animal de estimação está refém a essa relação: tutor + animal de estimação. O animal de estimação é um dependente do tutor.

A tutela responsável por um animal de estimação pode ser representada na alimentação, no bem-estar, na qualidade de vida, na saúde, na segurança, na proteção, no lar e em diversos outros cuidados, os quais são oferecidos a espécie adotada.

Enfim, o tutor que respeita seu animal de estimação concede a este ser vivo adotado uma tutela responsável adequada e com essa atitude, ele preserva o meio ambiente, aplica os

preceitos do direito animal e ambiental e contribui para a cidadania, sociedade, Poder Público, ONGs (Organizações Não Governamentais) e protetores dessas espécies.

Quando o tutor mantém a tutela responsável adequada, o mesmo não vai abandonar a espécie adotada no meio ambiente e nem causará danos ambientais e isso é um ato de virtude, de ética e moral na visão da filosofia.

A tutela responsável de um animal de estimação quando é exercida pelo tutor é um ato de proteção ao meio ambiente, a espécie e a fauna. Com essa conduta ele contribui para sadia qualidade de vida de todos, pois há a preservação do meio ambiente, da biodiversidade, da fauna. Esta atitude ambiental ajuda a reduzir o índice do abandono desses seres vivos no meio ambiente e o animal de estimação fica protegido, está sendo respeitado e vivendo em segurança.

Então, por enquanto, para que a tutela responsável seja mantida, ela, infelizmente, vai depender do psicológico, do comportamento ético, moral, da consciência de pensamento ambiental e cidadão do tutor em querer praticá-la. Enfim, a tutela responsável por um animal de estimação só existe se o tutor quiser praticá-la.

### 3. A ÉTICA E A MORAL DA FILOSOFIA ARISTOTÉLICA EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DO TUTOR DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO

Nesse capítulo será elucidado juízos de valores éticos e morais baseados na filosofia aristotélica da obra *Ética a Nicômano*.

A ética e moral aristotélica será utilizada como uma fonte referencial de aplicação aos ditames do que é uma tutela responsável praticada pelo tutor com o animal de estimação. Antes de iniciar esse estudo, é importante mencionar que existe uma diferença entre os conceitos de ética e moral, a primeira representa um ato de vontade individual e a segunda existe por causa do ato de vontade de todos. A ética é o “*ethos*” no estágio mais puro de sua existência.

A ética é um sentimento humano mais subjetivo, interno, não é externalizada para que todos possam apreciar. A mesma representa uma conduta interna do indivíduo, um sentimento pessoal, introspectivo, ela é a busca por uma satisfação pessoal, pelo próprio agradar.

A moral não deixa de ser um tipo de ética, vem do “*ethos*”, mas ela também representa os valores éticos para a sociedade, ou seja, seria a ética externalizada para os outros.

“A moral é o conjunto de regras de conduta assumidas pelos indivíduos de um grupo social com a finalidade de organizar as relações interpessoais segundo os valores do bem e do mal”. (Aranha e Martins, 1998, p.177)

A diferença entre a ética e a moral é que a primeira é interna, individual e é mais subjetiva, enquanto, a segunda é externada e significa a representação da ética social. Como é visto, as duas são juízos de valores díspares, mas complementares. A ética é o juízo de valor pessoal e a moral é o juízo de valor social.

Analisando essas conceituações sobre a ética e a moral subentende-se a seguinte similitude, que um tutor ético ou que deseja praticar uma conduta ética, jamais abandonaria um animal de estimação em um meio ambiente público (como rua, vicinais, praças, estradas e rodovias...) ou privado (restaurantes, imóveis alugados, supermercados, terrenos baldios, shoppings...). Porque essa conduta é amoral, imoral, reprovada pela sociedade e pela filosofia. É uma atitude que fere preceitos, leis, princípios do direito ambiental e animal e outras searas.

A ética de uma tutela responsável por parte de um tutor, em relação ao animal de estimação, significaria a própria vontade daquele em querer praticá-la com a espécie adotada. Ou seja, o tutor ético seria aquele que exerceria a tutela responsável por um animal de estimação unicamente por causa da sua vontade e em busca do seu bel-prazer pessoal e intrínseco.

O tutor ético é aquele, cujo pratica a tutela responsável pelo animal de estimação, porque em seu interior, ele deseja praticar esta conduta genuinamente. É o tipo de tutor que está a procurar apenas a sua satisfação pessoal, “o seu bem consigo”.

O tutor ético sente o desejo de cuidar e tutelar o ser vivo adotado de modo genuíno e natural. É um florescer natural e genuíno de querer manter a tutela responsável por seu animal de estimação da melhor forma possível, proporcionando os melhores cuidados possíveis.

O tutor ético reservar-se em fazer a melhor tutela responsável possível por seu animal de estimação, porque o mesmo deseja e quer exercer tal função escolhida. O tutor ético sabe o que é certo e quer aplicar tal preceito. Ele não busca ser um modelo de padrão da sociedade.

O tutor que pratica a tutela responsável para aparecer perante a sociedade ou ser visto como um modelo moral e ético de responsabilidade de proteção para o animal de estimação é classificado como: o tutor moral. O tutor moral tem uma preocupação ética, moral e social em querer seguir essas regras de condutas impostas pela sociedade, pelas leis, costumes, ditames...

A ética e a moral podem ser observadas em dois tipos de tutores: o ético e o moral. O tutor ético e o tutor moral, cada um segue uma forma de conduta, pensamentos, de padrões sociais e são classificados filosoficamente de modo diferente.

Analisando o comportamento destes tipos de tutores, de maneira filosófica, baseando-se na obra aristotélica *Ética a Nicômano* verifica-se que a proteção dos animais de estimação não pode ser apenas uma preocupação do direito ambiental, criminal, constitucional e das leis, ela também é da filosofia, porque há o envolvimento dos valores éticos e morais no comportamento de um indivíduo, neste caso, o do tutor.

Um comportamento ético e moral de um tutor por seu animal de estimação, independentemente de ser positivo ou negativo vai afetar o meio ambiente como um todo.

Exemplo: um tutor quando quer desfazer-se da tutela responsável de seu animal de estimação causa danos ambientais ao meio ambiente, a espécie abandonada, gera problemas sociais, políticos, econômicos ao Poder Público e sociedade.

A consequência deste ato de descartar a espécie adotada no meio ambiente é uma conduta negativa, de comportamento negativo, porque não é do interesse da sociedade, do Poder Público, das ONGs, protetores de animais, da filosofia, do direito animal e ambiental, que ocorra o abandono de animais de estimação no meio ambiente.

O abandono de animais de estimação no meio ambiente acontece porque o tutor não quer mais praticar a tutela responsável pelo ser senciente adotado e isso ocasiona os mais diversos prejuízos para o meio ambiente, pois há os gastos financeiros por parte do Poder Público, para recolher essas espécies abandonadas, existe a poluição ambiental visual, devido ninguém suportar ver um ser vivo decompondo-se aos poucos, não existem locais suficientes para acolher todos estes animais de estimação e etc.

O tutor ao abandonar um animal de estimação no meio ambiente, proporciona uma morte lenta a espécie, porque este ser vivo passará por alguns estágios, antes de falecer como: a desnutrição, a anemia, o parasitismo, os maus-tratos, as violências, os abusos realizados por terceiros e o resultado de tudo isto é um ser senciente com um acúmulo de doenças, um corpo fragilizado e decrépito até vim o óbito.

Ser um tutor de um animal de estimação abarca não só as responsabilidades com a espécie adotada, mas também engloba e interfere em outros meios ambientes como nas políticas públicas, fauna, sociedade, normas, natureza de um ecossistema e bioma e etc.

A conduta do tutor vai interferir nesses atores. Ser um tutor é uma relação de comportamento em querer praticar ou não a tutela responsável. Não é exigido do mesmo um aprendizado, existe apenas a vontade dele de querer mantê-la e praticá-la.

“Uma ética ambiental dispensa notáveis conhecimentos da matéria, ou aprofundamento científico ecológico. Apenas requer vontade, alimentada por uma consciência sensível”. (Nalini, 2010, p.202).

A tutela responsável também dispensa notáveis conhecimentos por parte do tutor. Ela está relacionada à vontade, a consciência sensível, ao aprendizado adquirido sobre a educação ambiental e ao comportamento do tutor em querer praticá-la.

Ao pensar em uma conduta comportamental do tutor com caráter ético, moral, social, psicológico e ambiental, esta atitude está associada ao conhecimento adquirido e inserido na mente humana dele.

A tutela responsável por um animal de estimação por parte do tutor está relacionada ao aprendizado dele sobre os valores e princípios da ética, moral, cidadania, sociologia, antropologia, educação ambiental e etc. E esse aprendizado interfere no comportamento do tutor em exercer ou não a mesma.

Praticar a tutela responsável pode ser algo do comportamento natural do tutor (o ético genuíno) ou ser imposta pelos padrões sociais morais de uma sociedade (tutor moral).

A ética é rompida, quando o indivíduo conscientemente sabe que abandonar animal de estimação no meio ambiente é errado, mas mesmo assim quer fazer. A moral rompe-se quando ele pratica a ação: ele abandona o animal de estimação no meio ambiente.

Para ser um tutor responsável é preciso ter vontade, desejo ou querer. E a tutela responsável por um animal de estimação depende do pensamento, da conduta e do comportamento do tutor.

É importante frisar que nem todo tutor ético precisa ser moral, mas todo tutor moral quer parecer ser ético. O tutor ético é moral, mas nem todo tutor moral é ético.

“Tendo em vista seu status moral, aduz Bernard Rollin, que o animal tem sua natureza com exigências próprias, imprescindíveis para o seu bem-estar.” (Maluf, 2020, p.88).

O bem-estar de uma espécie adotada é mantida por causa do tutor. É o tutor que deve procurar conhecer e entender a natureza do animal de estimação que adotou. Mas, nem sempre o tutor está preparado para atender as exigências específicas do animal de estimação adotado e assim manter o bem-estar da espécie.

Ao adotar um animal de estimação, o tutor deveria garantir o respeito e preservar a dignidade do ser vivo adotado. Entretanto, nem sempre, o tutor possui a sensibilidade de consciência ou entendimento sobre as responsabilidades, os encargos, que quis adquirir ao adotar um animal de estimação e é por isso que ocorre o abandono dessas espécies no meio ambiente.

#### **4. A VIRTUDE DA FILOSOFIA ARISTOTÉLICA BASEADA NA OBRA ÉTICA A NICÔMANO NA RELAÇÃO TUTOR E ANIMAL DE ESTIMAÇÃO**

Quando o tutor resolve adotar um animal de estimação e procura praticar a tutela responsável para adquirir o bem estar da espécie adotada, este comportamento poderia ser visto de forma comparativa com a filosofia aristotélica como uma virtude.

A virtude é encontrada no comportamento do tutor, quando ele compreende as responsabilidades que é criar um animal de estimação e proporciona a este ser senciente adotado os cuidados físicos, psicológicos e fisiológicos que a espécie necessita.

É do interesse da sociedade, do Poder Público, das ONGs, protetores dos animais e diversos outros atores, os quais compõem este cenário de proteção ambiental e animal, que a prática da tutela responsável por animal de estimação seja executada pelo tutor, pois isto garante a fauna, a espécie e meio ambiente a preservação ambiental.

A virtude do comportamento do tutor é ele manter a tutela responsável pelo animal de estimação adotado. A conduta correta do ser humano em cuidar do seu ser senciente adotado seria considerado uma virtude. Ao praticar a tutela responsável com a espécie adotada, o tutor seria considerado pela filosofia aristotélica como um indivíduo virtuoso, ético e moral, pois ao exercê-la, ele estaria contribuindo para a proteção do meio ambiente como um todo.

Relacionando a ideia filosófica aristotélica da obra *Ética a Nicômano* com a tutela responsável do tutor perante seu animal de estimação, poderia-se fazer a seguinte assimilação: que a virtude acontece quando o tutor busca por via da tutela responsável assegurar o bem-estar da espécie adotada.

A virtude, como disposição para querer o bem, supõe a coragem de assumir os valores escolhidos e enfrentar os obstáculos que dificultam a ação. Por isso a noção de virtude não se restringe a um ato moral apenas, mas na repetição e continuidade do agir moral. (Aranha; Martins, 1998, p.119).

A tutela responsável é uma virtude ao ser praticada e também é um ato de coragem por parte do tutor, pois ao criar um animal de estimação, aquele em algum momento terá dificuldades e obstáculos nos cuidados, os quais esta espécie demanda, por isto é preciso a compreensão dele para respeitar as diferenças entre as espécies.

A virtude do comportamento do tutor é querer manter a tutela responsável adequada ao seu animal de estimação. O tutor tem a ciência da sua responsabilidade tutelar e assume estes valores que escolheu ter. Ele mantém o seu compromisso, a sua responsabilidade, a obrigação, o encargo, cujo quis adquirir, quando resolveu adotar um animal de estimação.

O tutor é a espécie racional, então, o mesmo deve moderar os pensamentos sobre os comportamentos do animal de estimação adotado, o último é o ser senciente com entendimento e compreensão de sentimentos. Exemplo: o tutor não pode livrar-se da espécie no meio ambiente, por causa de um comportamento inadequado da mesma. O animal de estimação adotado depende do adotante para sobreviver e ter o seu bem-estar garantido.

O animal de estimação depende do comportamento do tutor para ter a sua garantida de tutela responsável preservada. É o modo de pensar do tutor, que influencia nos comandos das suas condutas.

A tutela responsável representa a continuidade do agir moral de forma repetida. Ela expressa no cuidar, no querer bem e significa à disposição do tutor em almejar a manter o bem-estar da espécie. A mesma é uma forma, a qual o tutor mostra que assumiu os valores dos encargos, dos deveres e das responsabilidades pelo ser senciente adotado. Cuidar de um animal de estimação significa mantê-lo, mesmo nas adversidades.

Essa conduta do tutor em querer o bem, de ter a coragem de assumir os valores de uma tutela responsável pela espécie é que fazem dele um ser humano com condutas éticas, morais, virtuosas, cidadãs e de educação ambiental.

O cuidado, a segurança, o bem-estar do animal de estimação são algumas maneiras de o tutor apresentar o que é uma tutela responsável virtuosa.

São as práticas da tutela responsável que caracterizam o tutor responsável em ser ético, moral, virtuoso, cidadão, educado e protetor do meio ambiente.

A ação da virtude comportamental do tutor seria ele assumir as suas responsabilidades ao adotar um animal de estimação, pois isto representaria o querer bem pelo ser senciente adotado. É essa conduta que espera-se de um tutor que adota um animal de estimação. É esperado de um tutor que adota um animal de estimação, que ele pratique a tutela responsável.

“Sendo assim, as ações virtuosas devem ser aprazíveis em si mesmas. Mas são, além disso, boas e nobres, e possuem no mais alto grau cada um destes atributos, porquanto o homem bom sabe aquilatar-los bem”. (Aristóteles, 1991, p.17).

As ações virtuosas no comportamento de um tutor são boas e nobres, quando ele possui a consciência do que é a tutela responsável e a pratica. A desvirtude acontece quando o tutor não exerce a tutela responsável adequadamente, dentro dos parâmetros do que era esperado.

Um tutor virtuoso, ético, moral, cidadão, que possui a educação ambiental e é responsável, filosoficamente descrevendo-o, seria aquele, o qual pondera<sup>7</sup> os seus pensamentos, antes de querer adotar um animal de estimação, pois ele é cômico sobre as responsabilidades em adquirir a posse de um ser senciente desta espécie.

“A virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome por uma pequena modificação da palavra (hábito). Por tudo isso, evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza”. (Aristóteles, 1991, p.27).

Fazendo uma analogia da virtude moral com o comportamento do tutor, pode-se afirmar que a tutela responsável exercida pelo tutor não necessariamente brotará naturalmente, ela pode ser praticada constantemente.

O tutor de comportamento virtuoso utiliza-se da sua virtude, quando ele adquire o hábito de praticar diariamente a tutela responsável com seu animal de estimação.

O comportamento virtuoso de um tutor pode ser aprendido, treinado diariamente e tornar-se um hábito. Isto quer dizer, que se todos os tutores fizessem da tutela responsável um hábito, isto tornar-se-ia uma atitude cultural, um costume e assim poder-se-ia ter uma redução do abandono de animais de estimação no meio ambiente.

A tutela responsável para ser aplicada precisa da consciência do tutor em querer utilizá-la. Então, a partir do momento, que o mesmo sensibiliza-se em querer mantê-la, isto torna-se uma virtude, um ato ético e moral.

Quanto às virtudes em geral, esboçamos uma definição do seu gênero, mostrando que são meios e também que são disposições de caráter; e, além disso, que tendem por sua própria natureza para a prática dos atos que as produzem; que dependem de nós, são voluntárias e agem de acordo com as prescrições da regra justa. Mas as

---

<sup>7</sup> O tutor, o qual pondera sobre os seus pensamentos de adotar um animal de estimação está refletindo sobre uma decisão, logo o mesmo acaba por indiretamente praticar a tutela responsável, de certa forma. Ao ponderar sobre isso, este está sendo virtuoso, pois há a “virtude da ponderação reflexiva” (Gadamer, 1999, p.479). A virtude da ponderação reflexiva não deixa de ser uma compreensão e entendimento sobre as responsabilidades que um animal de estimação traz. A consciência ambiental de um indivíduo é praticada nas atitudes e isso pode ser considerado uma virtude ética, moral, social, cidadã, de proteção ao meio ambiente e etc.

ações e as disposições de caráter não são voluntárias do mesmo modo, porque de princípio a fim somos senhores de nossos atos se conhecemos as circunstâncias; mas, embora controlemos o despontar de nossas disposições de caráter, o desenvolvimento gradual não é óbvio. (Aristóteles, 1991, p.57).

A virtude comportamental de um tutor em manter uma tutela responsável por seu animal de estimação é um modo de disposição do caráter do mesmo.

O tutor é “o senhor dos seus atos”, das suas vontades e de seu caráter, então, ele pode escolher se vai querer manter voluntariamente uma tutela responsável ou não por seu animal de estimação. Se o mesmo escolhe mantê-la, este será considerado virtuoso ao praticar tal hábito, se não a escolhe, o seu comportamento é visto como sem virtude.

A tutela responsável de um animal de estimação está relacionada à disposição do caráter (psicológico), da educação e do comportamento do tutor, porque é por causa dos atos produzidos pelo mesmo, que haverá a definição do tipo de tutela, a qual o ser senciente terá. Praticá-la é uma escolha do tutor e a mesma influencia para a proteção da espécie, meio ambiente (natural, artificial, da flora e da fauna).

A tutela responsável é um ato voluntário do tutor em querer praticá-la. Se todos os tutores adquirissem o pensamento e o hábito de exercê-la, esta ação reduziria significativamente o abandono de animais no meio ambiente. O mesmo ato voluntário de querer e a escolha são válidos para o tutor que abandona o seu animal de estimação no meio ambiente.

A tutela responsável de um animal de estimação é um ato de decisão por parte do tutor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi descrito na pesquisa, a tutela responsável quando realizada pelo tutor é uma prática de proteção, segurança, bem-estar para o animal de estimação.

A proteção do animal de estimação não interfere somente no bem-estar desse ser senciente, mas também contribui para preservar o meio ambiente, pois é do interesse da sociedade, do Poder Público, que não ocorra o abandono destes seres vivos no meio ambiente.

Proteger os animais de estimação não é apenas uma questão ambiental, ela também está presente na seara social, criminal, constitucional, sociológica, antropológica, na literatura e na filosofia.

A ética é um sentimento intrínseco, ela é interna do ser humano, a moral é um sentimento exposto a sociedade, representa os juízos de valores das condutas sociais. A moral é a ética definida pela sociedade. As atitudes filosóficas da ética, da moral e da virtude podem ser vistas em dois tipos de tutores, o primeiro é o tutor ético, aquele que pratica a conduta de manter a tutela responsável por sua vontade, pelo seu querer. O segundo é o tutor moral, aquele que abandona o

animal de estimação em um horário obscuro, na surdina para não ser visto por alguém, para assim não ser recriminado pela sociedade, pois ele sabe que é errado abandonar o ser senciente adotado no meio ambiente.

Um pensamento ético e moral pode ser um mecanismo de sensibilidade para que o tutor torne um hábito: a prática da tutela responsável pelo animal de estimação, e com esta conduta exercida diariamente o ser humano pode alcançar um juízo de valor comportamental virtuoso, ético, moral e cidadão.

É preciso uma responsabilidade tutelar do tutor que resolve adotar um animal de estimação, o mesmo deveria entender ou compreender sobre a proporção desta escolha, a qual quis adquirir. A tutela responsável pelo animal de estimação é dependente do comportamento do tutor em querer ou não praticá-la. Ou seja, a tutela responsável depende da vontade, querência e voluntariedade do tutor.

O tutor que realmente pratica a tutela responsável, não abandona o seu animal de estimação no meio ambiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

AZEVEDO, Israel Belo de. *O prazer da produção científica: diretrizes para a elaboração de trabalhos acadêmicos*. 6ª ed. Piracicaba: UNIMEP, 1998.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1993.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1998.

Declaração Universal do Direito dos Animais. Disponível em: <https://www.mamiraua.org.br/pdf/e9b4b78d53d8ade06367be893d9bd826.pdf>. Consultado em: 26 dez. 2021.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitoanimais.htm>. Site da Fundação Fiocruz (Fundação Oswaldo Cruz). Consultado em: 08 de março de 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

MALUF, Adriana Calda do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

NALINI, Renato, José. **Ética Ambiental**. 3ª ed. Campinas – SP: Millennium, 2010.

NASCIMENTO, Ana Paula, da Silva. **Abandono de animais de companhia**. Conteúdo jurídico. Publicado em 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54000/abandono-de-animais-de-companhia>. Consultado em: 12 dez. 2021.

NASCIMENTO, Ana Paula, da Silva. **O círculo vicioso do tutor em abandonar seu animal de companhia**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11989/O-circulo-vicioso-do-tutor-em-abandonar-seu-anim-al-de-companhia>. Consultado em: 12 dez. 2021.

PHILIPPI JR., Arlindo. ALVES, Caffé Alaôr. **Curso Disciplinar de Direito Ambiental**. São Paulo, Barueri: Manole, 2005.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOROKIN, Pitirim A. **Las Filosofías Sociales de Nuestras Época de Crisis**. Madri, 1954.

PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS: EL RIESGO DEL FENÓMENO IUS-  
EPISTEMOLÓGICO DEL CONFINAMIENTO PARA EL DERECHO  
(UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
COLOMBIANA)<sup>1</sup>

*PANDEMIC AND HUMAN RIGHTS: THE RISK OF THE IUS-EPISTEMOLOGICAL  
PHENOMENON OF CONFINEMENT FOR LAW  
(AN ANALYSIS BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE COLOMBIAN  
CONSTITUTIONAL COURT)*

Flávio Pierobon<sup>2</sup>

Lucero Ríos Tovar<sup>3</sup>

**Resumen:** La crisis generada por el Covid-19 trajo al Estado colombiano una realidad para la que no estaba preparada. En consecuencia, la pandemia fue una excusa para legitimar el uso de violencias no convencionales. Bajo estas circunstancias, la Corte Constitucional de Colombia (CCC) se limitó a otorgar al Presidente de la República las competencias para combatir la pandemia. Por consiguiente, este trabajo resalta que las decisiones emitidas por la CCC, en los casos de la covid-19, no llevaron a ninguna mejora en el ordenamiento jurídico colombiano, reiterando una jurisprudencia que no toma en cuenta las dificultades derivadas de la pandemia.

**Palabras clave:** pandemia, violencia no convencional, derechos humanos.

**Abstract:** The crisis generated by the Covid-19 brought to the Colombian State a reality for which it was not prepared. Therefore, the pandemic was an excuse to legitimize the use of unconventional violence. Under these circumstances, the Constitutional Court of Colombia (CCC) limited itself to granting the President of the Republic the powers to combat the pandemic. Thus, this work underlines that the decisions issued by the CCC, in the cases of covid-19, did not improve the Colombian legal system, reiterating a

---

<sup>1</sup> Recebido em: 24/08/2023. Aprovado em: 09/09/2023.

<sup>2</sup> Advogado. Professor Universitário. ex-coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Positivo Londrina-PR. Professor convidado do Curso de Pós-Graduação lato sensu. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Educação à distância pela Faculdade Arthur Thomas, Especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR (campus Londrina), especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea: Aspectos Éticos e Políticos pela UEL e Especialista em Processo Civil pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC/Unifil. Aperfeiçoamento em direitos fundamentais e globalização pela Universidade Complutense de Madrid-Espanha (Escola Complutense de Verão).

<sup>3</sup> Abogada de la Universidad de Caldas, especialista en Derecho Administrativo de la misma institución, agíster en Derecho de la Universidad de Manizales y doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Profesora asociada al Departamento de Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas (Manizales, Colombia). Miembro del Grupo de Investigación de Estudios Jurídicos y Socio- Jurídicos de Colciencias. Contacto: lucero.rios@ucaldas.edu.co. ORCID ID: 0000-0001-7246-8647. Código Postal: 170017.

jurisprudence that does not take into account the difficulties derived from the pandemic.

**Keywords:** pandemic, unconventional violence, human rights.

## I. INTRODUCCION

La crisis sanitaria mundial, desatada por el virus SARS-CoV-2 -la cual produce la enfermedad del COVID-19-, ha expuesto la fragilidad de diversos sistemas jurídicos: se han manifestado medidas extremas, desde el hiperpresidencialismo, el cual gobierna por medio de decretos, hasta el funcionamiento de Estados que trabajan según un orden policivo y de control, en nombre de la seguridad y la salubridad públicas. Esta situación, dada en un mundo acelerado, globalizado y conectado por medio de la internet y de las redes sociales, es históricamente inédita (KRASSTEV, 2020). Sin embargo, el contexto planetario actual ofrece una oportunidad para estudiar cómo la actuación de los Estados normaliza una serie de violencias, por medio de su primacía institucional y su labor decisional. Asimismo, esta violencia puede tener su fuente en un cierre teórico respecto de la percepción del presente, como impedimento para el progreso del Derecho. Esto se origina por ciertos actos violentos que no surgen de situaciones anómalas, respecto de la vigencia y el respeto por el Estado de Derecho -como dictaduras, conflictos armados, amenazas terroristas o guerras civiles-. De ahí que se manifieste una situación paradójica: una serie de violencias ponen en riesgo los Derechos Humanos (DDHH) de la población, las cuales se dan, simultáneamente, con la existencia del Estado de Derecho, sin estar enunciadas por ningún ordenamiento jurídico. Por otra parte, en el sentido contrario de esta circunstancia, el avance de la disciplina jurídica depende de la suficiente sensibilidad para señalar, describir e incluir en su “corpus” ciertas acciones como dañinas o perjudiciales para las personas -naturales o jurídicas-. Ese tipo de violencia, que será desarrollada conceptualmente en relación con la reciente pandemia global, es denominado aquí como “violencia no convencional”.

El propósito de este artículo es resaltar el vínculo existente entre las nuevas formas de violencia, las cuales se dan con las condiciones de la sociedad global en una etapa determinada de la historia, y las maneras de aceptar deliberadamente un cierre mental que obstaculiza el progreso del Derecho, privilegiando ideologías o paradigmas científicos por encima de la humanización del ejercicio de la profesión jurídica. En consecuencia, el Derecho se convierte en un vehículo para distorsionarse a sí mismo, legitimando y ocultando las motivaciones extrajurídicas que configuran las instituciones y su eficacia. A este cierre se le denomina “fenómeno ius-epistemológico del confinamiento”. A semejanza de los distintos confinamientos por razones sanitarias, exigidos por las diferentes autoridades en el mundo a lo largo de este año, este fenómeno ius-epistemológico implica la imposibilidad de poder explorar otros ámbitos y experiencias; aunque la versión del confinamiento que se expone en este artículo tiene que ver más con una experiencia de dominación hegemónica y de pasividad colectiva ante los retos que la realidad exige.

Para demostrar el alcance de los conceptos propuestos anteriormente, se cita en este artículo la “ratio decidendi” de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana (CCC), relacionadas con la emergencia sanitaria -originada por el Covid-19-. Se interpreta los principales argumentos y recursos conceptuales y jurídicos por medio de los cuales los jueces de la alta corporación realizan el control de constitucionalidad de los diferentes decretos legislativos emitidos por la Presidencia de la República -dados a partir del 17 de marzo de 2020, con la emisión del Decreto 417, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”-. La CCC verifica, por medio del control que realiza sobre el ejercicio extraordinario de funciones legislativas durante los Estados de Excepción y de Emergencia -contemplados éstos en la Ley 137 de 1994-, que el jefe de la rama ejecutiva se acoja al ordenamiento presupuestado en la Constitución Política Colombiana (CPC), como esencia del derecho colombiano vigente, y en el Bloque de Constitucionalidad -esto es: el conjunto de tratados de DDHH y otros instrumentos del derecho internacional ratificados por el Estado Colombiano, incluyendo la Convención Americana de DDHH (CADH) y, por extensión, la posibilidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales por medio de un Control de Convencionalidad- (SANTOFIMIO GAMBOA, 2017)

Se hace, en el presente texto, una lectura a la estructura teórica que se ha venido consolidando jurisprudencialmente, durante la presente pandemia, con el fin de darle una perspectiva concreta y verificable a los conceptos “Violencia No Convencional” y “Fenómeno Ius-epistemológico del confinamiento”. Se expresa en estas páginas una inquietud sobre si la pandemia ha motivado o no un “Stare decisis” que reevalúe lo que se ha entendido por “Estado de Excepción”<sup>4</sup> y “Emergencia Económica, Social y Económica”<sup>5</sup>, en relación a nuevos actos violentos que pueden 1) ser de carácter estructural, en relación a cómo la pandemia exacerba una serie de crisis constantes en la sociedad colombiana contemporánea, y 2) ser riesgos para la protección y promoción de los DDHH de la población más vulnerable, en términos sociales y económicos. Por lo tanto, el contenido de este texto procura responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden ser comprendidos los conceptos de “Violencia No Convencional” y “fenómeno ius-epistemológico de confinamiento” por medio de la

---

<sup>4</sup> Se entiende por “estado de excepción” el supuesto bajo el cual el Estado puede ejercer medidas extraordinarias, ante la insuficiencia de las vías gubernamentales ordinarias y como respuesta a una perturbación generalizada -causada por una guerra exterior, una crisis institucional interna o una emergencia social, económica o ecológica-. En consecuencia, el presidente de la república (PR) tiene facultades legislativas excepcionales para emitir decretos legislativos, sin la previa autorización de la rama legislativa. Ante esta situación, el control que evalúa la legitimidad jurídica y formal de dichos decretos se hace a posteriori. En Colombia, este control es realizado por la Corte Constitucional Colombiana (CCC), como la corporación con mayor jerarquía en la rama judicial. Como se demuestra en este texto, los jueces constitucionales han confirmado la jurisprudencia respecto al concepto de “estado de excepción”, la cual ha tenido un desarrollo explícito desde 1995 (VANEGAS GIL, 2011)

<sup>5</sup> Esta figura se basa en los artículos 213 y 214 de la Constitución Política Colombiana (CPC) y en la Ley 137 de 1994, los cuales son citados con más detalle en la sección titulada “violencia convencional y no convencional: una lectura de la jurisprudencia de la corte constitucional”.

jurisprudencia de la CCC -con la intención de señalar las posibles violaciones contra los DDHH en Colombia durante la pandemia causada por el COVID-19-?<sup>6</sup>

Asimismo, con el fin de contestar a la pregunta que orienta este escrito, se maneja una metodología con enfoque mixto, la cual considere tanto una interpretación conceptual como un acercamiento empírico: entre una perspectiva deductiva, de orden teórico, y una evidencia inductiva, presente en la jurisprudencia de la CCC. Además, la metodología tiene un carácter analítico-cualitativo, con el fin de distinguir los elementos básicos que orientan las consideraciones y las decisiones judiciales respecto a los Decretos Legislativos, como objeto del control de constitucionalidad. Las sentencias permiten interpretar el discurso de la alta corporación, con el fin de ser articulado con los conceptos propuestos en este texto y con la experiencia global de la pandemia –recogida de fuentes extra-jurídicas-. Puede afirmarse que el componente analítico-cualitativo, acoplado al enfoque mixto, permite resaltar la manera cómo la Corte enuncia los estados de emergencia, siendo una invitación para observar e interpretar sus alcances respecto a una realidad que ha pasado de ser latente a crítica (PACKER, 2014).

Por último, cabe aclarar que las sentencias del alto tribunal, citadas en este texto, fueron seleccionadas a partir de su relevancia conceptual, según el análisis argumentativo. Esto se debe a la búsqueda de la “ratio decidendi” de la CCC, la cual procura armonizar la comprensión de la emergencia económica, social y ecológica -originada por el Covid-19-, el Derecho colombiano y el Sistema Interamericano de DDHH (SIDDHH) –por medio del reconocimiento del Derecho Internacional de los DDHH a través de la figura del Bloque de Constitucionalidad-. A partir de la lectura de las consideraciones del juez constitucional, se puede dar, en consecuencia, un entendimiento concreto a los conceptos “Violencia No Convencional” y al “Fenómeno Ius-epistemológico del Confinamiento.”

## 2. EL SISTEMA INTERAMERICANO, LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS Y LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDDHH) surgió a partir de la experiencia autoritaria que ha padecido Latinoamérica a lo largo de su historia -especialmente, durante el S. XX, caracterizado por golpes de Estado, regímenes autoritarios y delitos de lesa humanidad contra la población civil- (ROITMAN ROSENMAN, 2019). Puede afirmarse, por consiguiente, que el SIDDHH ha servido como un modelo que ha afianzado la democracia representativa en el continente, al defender el Estado de Derecho, el sistema electoral, la transparencia

---

<sup>6</sup> Cabe recordar que el Estado de Emergencia en Colombia duró entre el 17 de marzo y el 16 de abril de 2020, periodo cuando se emitieron más de setenta decretos legislativos. Sin embargo, todavía están por verse los efectos de estos decretos, en relación con las circunstancias variables de salud pública, orden institucional y comportamiento social, influenciados por la pandemia -sumadas a la constante desigualdad social y a la violencia generalizada que padecen la nación- (BUSTOS e JACOBO, 2020).

institucional y la protección de los sectores más vulnerables de la sociedad<sup>7</sup>. Como corolario de lo anterior, el SIDDHH se ha estructurado para defender tanto los Estados democráticos como los DDHH. Esta lucha en dos partes es inescindible: no puede afirmarse que un país sea democrático, si no se defienden y concretan los DDHH de su población (CANDIA FALCÓN, 2015).

El orden jurídico del SIDDHH se ha basado, igualmente, en los avances del Derecho Internacional de los DDHH (DIDDHH), como forma de fortalecimiento conceptual y jurídico, a partir de otras experiencias de violaciones masivas de DDHH alrededor del globo -guerras mundiales, conflictos tribales, genocidios, desapariciones forzadas, crisis migratorias, etc.-. Esto hace que la defensa ius-filosófica y moral de los DDHH sea acorde con un horizonte de interculturalidad y de comunicación que hace que el contenido de dichos derechos sea expandible, en la medida en que el mundo evolucione -según los órdenes geopolíticos y socio-económicos- (GARCÍA RAMÍREZ, 2009). En ese sentido, los DDHH se evidencian como una serie de exigencias a los Estados para que se adapten a una visión progresista del orden mundial, si quieren ser percibidos como organizaciones civilizadas y garantes del Estado de Derecho, ante la comunidad internacional (GORDON LAUREN, 1998).

En consecuencia, se hace necesario observar cómo las nuevas manifestaciones de violencia, alrededor del globo -y, para el caso de este artículo, en las naciones latinoamericanas- pueden servir de oportunidad para adaptar y fortalecer el entendimiento jurídico y la imaginación moral por parte de abogados, jueces y personas en general. Esto resalta la importancia de la noción de “progresividad”, evidenciada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH (Corte IDH), la cual se refiere a tanto 1) el reconocimiento de actos no contemplados todavía por el Derecho, los cuales menoscaban el bienestar de la ciudadanía y de la población vulnerable, como a 2) la obligatoriedad exigida desde el DIDDHH, para que los estados reconozcan en su derecho interno nuevas formas de violentar o de perjudicar la condición humana (GALDÁMEZ ZELADA, 2008).

### 3. VIOLENCIA CONVENCIONAL Y NO CONVENCIONAL: UNA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Como se ha sugerido en anteriores líneas, la diferencia entre “Violencia Convencional” y “No Convencional” puede ser entendida a partir de cómo el Derecho enuncia y expone, por medio de sus diversos instrumentos -leyes, tratados, acuerdos, normatividades, etc.-, los diferentes actos que pueden atentar contra el bienestar, la seguridad jurídica y las libertades de los individuos. Cierta tipo de violencia será considerado como “convencional”, si hace parte de diferentes ordenamientos de carácter nacional y, especialmente, de impacto internacional. En contraste, la “violencia no convencional” se expresa por aquellos actos que, a pesar de poner en riesgo el bienestar y

---

<sup>7</sup> El fundamento normativo del desempeño de la Organización de Estados Americanos (OEA) y del SIDDHH se expresa en la Carta Democrática Interamericana -aprobada el 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú, durante vigésimo octavo periodo de sesiones extraordinarias de la OEA-, como orientación a todo el orden regional.

la seguridad jurídica y humana de las posibles víctimas, no ha sido reconocida todavía por ningún ordenamiento jurídico y cuya capacidad para originar daños apenas ha sido señalada por algunas personas -filósofos, juristas, expertos, artistas, etc.-.

Por lo tanto, la violencia no convencional es un fenómeno que puede predicarse de cómo las instituciones, las costumbres y las innovaciones tecnológicas han podido desembocar en nuevas maneras de vulnerar o lastimar a otras personas o comunidades, de manera imprevista. “Violencia no convencional” puede ser la denominación especial de un rasgo típico de la modernidad: cada innovación puede traer, de manera potencial, efectos contraproducentes, los cuales pueden cambiar a la sociedad, ya sea para bien o para mal (BAUMAN, 2004; HAN, 2013; ZIZEK, 2009)

Para entender mejor estos conceptos, en el presente texto se citan los aportes de la CCC, como ente judicial que considera y corrige los alcances de los Decretos extraordinarios emitidos por la presidencia de la república -máxima autoridad gubernamental y de la administración pública en el Estado-. La alta corporación ha reconocido, a lo largo de su trabajo jurisprudencial, su compromiso con la protección de los DDHH, por medio de la comprensión y el fortalecimiento del ya mencionado “Bloque de Constitucionalidad” -como concepto que resalta la prevalencia del ordenamiento internacional sobre el derecho nacional, en busca de una mayor armonización con una progresiva defensa de los DDHH en las en el mundo, por medio de un constante mejoramiento del sistema jurídico interno- (UPRIMNY, 2017). Lo anterior significa que la labor de la CCC es evidencia de cómo el Estado Colombiano busca estar integrado al SIDDHH, procurando concretar lo ratificado en tratados de DDHH y en la CADH.

La CCC realiza, por consiguiente, un control de constitucionalidad, a la luz de lo consagrado tanto en la Carta Magna de 1991 como en la legislación vigente. Los Magistrados analizan, pues, los decretos legislativos a partir de lo establecido en los artículos 93, 94, 213 y 214 constitucionales<sup>8</sup>. Además, se examina el contenido de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción

---

<sup>8</sup> ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos (DDHH) y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por Colombia. (...) ARTÍCULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (...) ARTÍCULO 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el PR, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Comoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Comoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. (...) ARTÍCULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 1. Los decretos legislativos llevarán la firma del PR y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. 2. No podrán suspenderse los DDHH ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho

(LEEE) –Ley 137 de 1994<sup>9</sup>. A continuación, se exponen las sentencias que revelan la “ratio decidendi” sobre la consitucionalidad de los decretos legislativos, emitidos dentro del marco de la pandemia del COVID-19, “ratio” que se ha venido reiterando en otras decisiones.

La Sentencia C-145 de 2020 es el hito jurisprudencial para entender el marco jurídico de la constitucionalidad de las medidas adoptadas desde el poder ejecutivo, para contrarrestar las consecuencias de la pandemia. Dicha sentencia evaluó el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”.

El alto tribunal juzgó adecuada la actuación del Presidente de la República (PR) y de su gabinete ministerial, dentro de los límites razonables establecidos por la CPC. Las decisiones adoptadas fueron oportunas, según la alta corporación, considerando los posibles riesgos sanitarios, económicos y sociales a los que se exponían derechos tales como la vida, la seguridad, la salud, la libertad de movimiento y locomoción, el trabajo, la seguridad alimentaria, el mínimo vital, entre otros. Además, la CCC aclaró que evaluaría la actuación del Jefe de Gobierno “con una amplia flexibilidad”, al no existir “antecedentes en los tiempos recientes” de una pandemia que afectara globalmente a la

---

internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado. 4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Comoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción. 5. El PR y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores. 6. El Gobierno enviará a la CCC al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la CCC apprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento (COLOMBIA, 1991).

<sup>9</sup> Considérense los siguientes artículos de la Ley 137 de 1994: ARTÍCULO 46. DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en (el artículo) 213 de la Constitución, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública, podrá el PR, con la firma de todos los Ministros, declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. En el decreto declarativo el Gobierno deberá establecer la duración del Estado de Emergencia, que no podrá exceder de treinta días y convocará al Congreso, si no se haya reunido para los 10 días siguientes al vencimiento del término de dicho Estado. De conformidad con la Constitución, en ningún caso, los Estados de Emergencia sumados podrán exceder de noventa días en el año calendario. ARTÍCULO 47. FACULTADES. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado. PARÁGRAFO. Durante el Estado de Emergencia, el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. ARTÍCULO 48. INFORMES AL CONGRESO. El Gobierno le rendirá al Congreso un informe motivado sobre las causas que determinaron la declaración y las medidas adoptadas. (...) ARTÍCULO 49. REFORMA, ADICIONES O DEROGACIONES DE MEDIDAS. El Congreso podrá, durante el año siguiente a la declaratoria del Estado de Emergencia, reformar, derogar, o adicionar los decretos legislativos que dicte el Gobierno durante dicho Estado, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa gubernamental. (...) ARTÍCULO 50. DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia (COLOMBIA, 1994).

población humana. El PR, por ende, tuvo respaldo jurisprudencial para tomar las decisiones necesarias con el propósito de resolver la crisis.

Asimismo, la sentencia C-145 de 2020 puso en términos explícitos cómo el control de constitucionalidad se ha venido adecuando al Bloque de Constitucionalidad, sin dejar de incorporar las exigencias legislativas consagradas en la LEEE. La alta corporación evalúa la declaratoria del estado de emergencia, en donde debe verificarse una situación causada en circunstancias naturales o por obra del ser humano, cuyas consecuencias catastróficas puedan afectar a la sociedad, la economía o el medio ambiente de una región o del país entero; lo anterior puede implicar una irreversible vulneración de los DDHH de un sector o de gran parte de la población. Asimismo, se resalta que la esencia de la emergencia está, además de su gravedad, en su imprevisibilidad y que no esté causada por ningún conflagración externa o crisis institucional interna (“conmoción interior”).

Por último, la CCC resalta la verificación de la insuficiencia de las facultades ordinarias, por parte de las autoridades, para poder controlar la situación de calamidad pública, según los artículos 212 y 213 de la CPC. La situación de emergencia causada por el Covid-19 dio lugar a que la CCC reafirmara su propia jurisprudencia, citando su propio concepto de calamidad pública, la cual ha sido definida por el Alto Tribunal como “un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.”

La misma Sentencia C-145 de 2020 define, por otra parte, los presupuestos prácticos, valorativos y de suficiencia, para que un decreto de estado de emergencia se encuentre adecuado a los hechos y al ordenamiento jurídico, conservándose el equilibrio de poderes y previniéndose cualquier extralimitación de la autoridad depositada en el Jefe de la Rama Ejecutiva. Sumándose a las causales previstas en la CPC, en sus artículos 212 y 213, se debe determinar la realidad de los hechos de manera clara y distinta, al enfrentarse a la posible complejidad de un suceso que puede escapar a la comprensión de expertos –tanto en materia científica como jurídica-. Se recomienda, por consiguiente, una mirada objetiva, ante una serie de hechos que implican la “perturbación o amenaza del orden público”. No obstante, se le atribuye al Jefe de Gobierno un discenimiento amplio para que evalúe la situación y tome decisiones al respecto, al no configurarse una conmoción interior o una guerra exterior, y al ser responsable de la seguridad de todas las personas en el territorio nacional y de la estabilidad institucional. Al mismo tiempo, se reitera que el hecho debe ser extraordinario, fortuito y que no sea estructural ni imprevisible. La anormalidad, por consiguiente, debe ser puesta en tela de juicio, para que haya un legítimo ejercicio de poderes extraordinarios.

En cuanto a la suficiencia, el Alto Tribunal advierte que las medidas no pueden implicar una suspensión de los DDHH ni de las libertades fundamentales; si se restringe algún derecho, esta debe cumplir los requisitos contemplados por el Bloque de Constitucionalidad, la Carta Política y la LEEE; al mismo tiempo, la noción de suficiencia es desarrollada por la jurisprudencia, de

manera más concreta, por medio de la formulación de una serie de “juicios” durante el control de constitucionalidad de los decretos legislativos dados durante una emergencia Económica, social y ecológica. Las Sentencias C-152 y C – 157 definen estos “juicios”, a partir de los artículos de la LEEE. Dichos “juicios” son los siguientes:

1. Juicio de Materialidad: Todo decreto legislativo debe tener como propósito la resolución de las causas de la crisis y la agravación de sus efectos.

2. Juicio de Conexidad Material: el decreto debe relacionarse con las motivaciones, reconocidas jurídicamente, de los estados de excepción; además, debe existir coherencia entre las medidas adoptadas por el gobierno, por medio de un decreto determinado, y los motivos para declarar el estado de emergencia.

3. Juicio de Motivación Suficiente: es imperativo la verificación formal del decreto, evitándose una posible justificación, propuesta por parte del PR, de una limitación de los derechos constitucionales.

4. Juicio de Ausencia de Arbitrariedad: el decreto legislativo no puede violar derechos ni libertades fundamentales, ni formularse para interrumpir las labores estatales ni para suprimir o modificar las funciones de acusación y juzgamiento.

5. Juicio de Intangibilidad: Se defiende el carácter “intocable” de algunos derechos, según los artículos 93 y 214 constitucionales, los cuales no pueden ser limitados durante los estados de excepción. Basada en la doctrina del DIDDHH, son derechos intangibles los siguientes: la vida y la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son, asimismo, intangibles, todo mecanismo judicial que sea imprescindible para la protección de estos derechos.

6. Juicio de No Contradicción Específica: los decretos no pueden contrariar la CPC, los tratados internacionales ni, especialmente, las medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE.

7. Juicio de Necesidad: según el artículo 11 de la LEEE , el decreto legislativo debe ser conducente y eficaz para lograr los propósitos que motivaron la existencia del estado de excepción.

8. Juicio de Incompatibilidad: acatando el artículo 12 de la LEEE , los decretos legislativos deberán justificar la suspensión de leyes, en caso de que estas sean irreconciliables con el estado de excepción.

9. Juicio de Proporcionalidad: en armonía con el artículo 13 de la LEEE, las medidas adaptadas durante los estados de excepción deben ser respuestas equilibradas a las causas de la crisis.

10. Juicio de No Discriminación: fundado en el artículo 14 de la LEEE, es obligatorio que las medidas adoptadas durante los estados de excepción no pueden implicar segregación alguna, basada en el sexo, la religión, la raza o cualquier otra categoría. Esto significa que los decretos legislativos no pueden imponer tratos diferentes de manera injustificada.

De la anterior lectura de la jurisprudencia de la CCC, motivada por el Covid-19, se puede deducir que la alta corporación ha establecido una serie de directrices y de nociones abstractas, para la orientación, implementación y legitimidad de los Decretos Legislativos en el marco de una emergencia como la que, en términos concretos, todavía perdura. Cabe resaltar la preocupación que el juez constitucional expresa sobre la protección de los DDHH, ante la posibilidad de que las autoridades abusen de su poder y de sus facultades en un contexto extraordinario. Además, se observa un esfuerzo considerable de reorganizar el derecho desde una visión integral, donde la adjudicación judicial incorpora nociones expresadas en la legislación vigente, hasta desarrollarlas con mayor sentido, dada la urgencia de una situación donde la mayoría de la población puede verse vulnerada.

Sin embargo, la revisión formal a los decretos legislativos, a pesar de que pueda cumplirse una serie de requisitos fundados en derecho, no resultan suficientes para contrarrestar y conjurar situaciones estructurales que se agravaron a causa de la pandemia. La CCC observa y resuelve si los decretos legislativos, en materias tan distintas como el transporte internacional, la movilidad ciudadana al interior del país o la destinación de fondos para el sostenimiento del sistema público de seguridad social, cumplen con los juicios y con las exigencias reseñadas anteriormente, reiterando su propia jurisprudencia emitida dentro del marco de la pandemia<sup>10</sup>; sin embargo, debe resaltarse que la CCC ha tenido una lectura que procura la conservación del sistema económico vigente, en un intento de relativizar los posibles daños y de reactivar los mercados y las medidas que pudieron verse visto interrumpidas. Lo que, en un principio, puede verse como una reflexión con vocación práctica, por parte de los togados, oculta la intención de que se conserve el estado de cosas antes de la pandemia. Esto se deduce de la Sentencia C-145, al resaltarse la labor de la CCC, como garante de una adecuada formulación de políticas de prevención por parte del PR y sus ministros, y del amplio margen de maniobra y de decisión que tiene el gobierno nacional. En este reconocimiento, que se ha generado a partir del orden jurídico existente en Colombia, previo a la declaratoria de la pandemia, se revela el lugar subordinado y pasivo de la CCC ante la actuación de la Rama Ejecutiva: no sólo de manera necesaria, como contrapeso y veedor de las medidas adoptadas de manera extraordinaria; también en la siempre abierta tensión entre derecho y política.

---

<sup>10</sup> Véanse las Sentencias C-157, C-211 y C-239 de 2020, las cuales consideran, respectivamente, decretos sobre el desembarco de mercancías y de pasajeros de extranjeros, la financiación del sistema de protección contra riesgos laborales y el mejoramiento de la infraestructura vial (durante la emergencia social, económica y ecológica).

En esta tensión surge, por consiguiente, la importancia de emplear el concepto “violencia no convencional”. El desarrollo jurisprudencial, repasado en anteriores líneas, revela un marco cauto y conciliador entre el derecho interno y el Sistema Internacional de DDHH; sin embargo, dicho marco no va más allá de refrendar o de recordar los compromisos que el Estado colombiano mismo ha contraído previamente con otros ordenamientos jurídicos. Asimismo, dada la actitud reactiva de la CCC, como guardiana de la CPC y en una posición secundaria ante la actuación del PR, dicho marco procura la pronta resolución de la crisis causada por el Covid-19 y no considera cambios estructurales que impacten, a largo plazo, las actividades sociales y económicas. No se pone en entredicho la noción de que cualquier emergencia o estado de excepción es, en principio, “esporádica”; sin embargo, ante la magnitud global de lo sucedido y ante el desconcierto que la evolución del virus produce todavía en Estados y en la población mundial, resulta extraño que la CCC, con todo su conjunto de consideraciones ius-filosóficas y principialísticas, no haya mencionado la posibilidad de que las consecuencias de la pandemia puedan afectar a millones de personas durante las siguientes décadas. En otras palabras: la CCC colombiana no ha expresado, de manera inequívoca, una inquietud sobre el impacto que el Covid-19 puede ejercer en los DDHH en la población más vulnerable, dada la posibilidad de que, ante un suceso inédito en la historia reciente –como muy bien lo menciona la Sentencia C-145-, pueda causar formas imprevistas de violencia que aún no han sido reconocidas por el derecho y que pueden ser entendidas por medio del concepto “violencia no convencional”.

Lo anterior puede llevar a poner en duda las figuras de “estado de excepción” y de “emergencia social, económica y ecológica”, desarrolladas jurisprudencialmente (VANEGAS GIL, 2011). Si las causas de la emergencia afectan a todo el planeta, exigiendo cambios drásticos en el trabajo, la cotidianidad y el ocio de toda la humanidad, ¿puede hablarse de una situación coyuntural? Por otra parte, en Estados donde la política y el derecho se encuentran en constante tensión, dados los antecedentes históricos y culturales de las naciones, las decisiones se pueden adecuar más a la perspectiva gubernamental que a una visión objetiva y apegada a una visión experta de las ciencias de la salud (GARCÍA RUIZ, 2020). ¿Será, en ese caso, suficiente invocar el estado de emergencia o reconocer la situación de “calamidad pública”? Esto señala una situación preocupante: la suposición de que el discurso jurídico puede resolver asuntos que, con el paso del tiempo y desde una perspectiva más escéptica, resultarían siendo inconmensurables, según un entendimiento estrictamente normativo (MACINTYRE A, 1994, 2001). Dicha inconmensurabilidad puede ser descubierta, por medio de novedosos sucesos que pueden socabar los DDHH de buena parte de la humanidad.

#### 4. PANDEMIA, VIOLENCIA NO CONVENCIONAL Y FENÓMENO IUS-EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO: CIERRES CONCEPTUALES Y JURÍDICOS

Se puede deducir, de la anterior exposición del núcleo argumentativo de la jurisprudencia de la CCC–dada dentro del marco de la pandemia del Covid-19-, que la Alta

Corporación ofrece una serie de nociones y de conceptos sofisticados para proteger, en principio, a la ciudadanía de cualquier violencia convencional (esto es: reconocida por los diferentes tratados e instrumentos del DIDDHH). Esto sugiere que el juez constitucional colombiano, siguiendo el análisis de este núcleo argumentativo, no parece dispuesto a considerar la pandemia como un suceso cuyas consecuencias no se han podido revelar plenamente. Lo anterior puede implicar un cierre conceptual y discursivo del derecho en Colombia, al no existir, de manera clara y explícita, una preocupación sobre cómo la presente crisis sanitaria global puede causar sucesos que configuren violencia no convencional.

Esta situación jurídica se da en un contexto donde la defensa y la promoción de los DDHH pueden encontrar dificultades imprevistas, a raíz de cómo la política y la ciencia son consideradas al momento de tomar decisiones de urgencia. La actual pandemia, causada por el COVID-19, ha motivado que muchos gobiernos hayan implantado medidas arbitrarias contra las libertades de los individuos: restricciones enfocadas en la movilidad, el comercio, el comportamiento de las aglomeraciones, etc. Estas medidas han alertado a expertos y observadores internacionales sobre los posibles abusos que el mismo Estado puede ejercer contra la ciudadanía, con la excusa de la prevención de un mayor contagio y de una mejor gestión de la emergencia (HARARI, 2020).

La pandemia, dada la respuesta institucional, puede ser motivador de nuevas formas de violencia que no estén contempladas en el ordenamiento jurídico vigente. Teniéndose en cuenta la situación de emergencia sanitaria mundial, nuevas maneras de socavar los DDHH pueden constituir formas de violencia no convencional que deben ser advertidas por la comunidad jurídica, con el fin de prevenir posibles daños o para establecer, posteriormente, la responsabilidad del Estado, en caso de que los individuos y las comunidades puedan verse afectadas por una mala gestión de la pandemia, la cual puede lesionar sus perspectivas vitales de manera permanente.

Según el anterior análisis hecho a la jurisprudencia de la CCC –en especial, de la sentencia C-145 de 2020–, la Alta Corporación recuerda que el PR es el principal responsable de contrarrestar y conjurar la calamidad que ha motivado la declaratoria del Estado de Emergencia. Luego, el juez constitucional reconoce el amplio margen de acción que tiene el jefe de la rama ejecutiva y su gabinete, al momento de tomar decisiones. Posteriormente, en las sentencias C-152 y C-157, se consolidan los parámetros que deben cumplir los decretos que se emitan durante el Estado de Emergencia económica, social y ecológica, los llamados “juicios”, basados en la Ley 137 de 1994. Por lo tanto, la respuesta a la pandemia, por parte de la jurisprudencia de la CCC, se ha basado tanto en el reconocimiento de las amplias facultades del jefe de gobierno como en el desarrollo de una legislación que fue sancionada hace casi tres décadas.

Al estudiarse la esencia de esta “ratio decidendi” del Alto Tribunal, puede temerse que se haya reiterado una jurisprudencia que no considere la imprevisibilidad de la evolución de una pandemia y su efecto amplio en la sociedad. Dicho en otras palabras: se ha considerado un fenómeno inédito en la historia reciente por medio de un lenguaje y una serie de conceptos que apelan a

definiciones que no se adecúan a la magnitud de la actual crisis. Existe, por consiguiente, la sospecha de que el juez constitucional, amparado en una concepción aparentemente “objetiva” y “neutral” de la interpretación judicial, ha querido continuar con una hermenéutica que puede resultar inadecuada respecto a la reciente pandemia y sus implicaciones sociales e institucionales; dicha interpretación niega, desde un principio, el dinamismo de los materiales jurídicos -ante la evolución integral de la sociedad- y la lectura profunda que debe hacer un juez, en busca de una comprensión idónea del presente y en beneficio de quienes pueden resultar más vulnerables ante la concentración del poder y la acción del Estado (KENNEDY, 2010) -eventos que pueden sumarse a los daños que hayan surgido durante la actual crisis sanitaria mundial-. En consecuencia, la “ratio decidendi” de la CCC puede ser entendida como la consolidación de una concepción conservadora del derecho, la cual niega su vocación para el perfeccionamiento y la humanización constantes, privilegiándose el “Statu Quo” sobre el bienestar de las víctimas de las violencias no convencionales.

Lo anterior resulta una circunstancia mucho más grave, si se tiene en cuenta las diferencias, conceptuales, gnoseológicas y pragmáticas, entre el discurso político y la labor científica, dentro del contexto de la pandemia (FOUCAULT, 2016; LEÓN, 2020). Puede concebirse, de manera abstracta, un juez con el suficiente discernimiento para orientar a las autoridades en asuntos que requieren de una experticia técnica y científica. Surge aquí, por consiguiente, la duda por el saber jurídico como dimensión comprensiva e integral de la sociedad: ¿Cómo los discursos extra-jurídicos son incorporados al análisis jurisprudencial -en términos genéricos- y -de manera especial- en el caso de los Estados de Emergencia? ¿Cómo un juez debe encontrar una continuidad entre la jurisprudencia que precede su labor y la importancia de incorporar otros saberes y percepciones para entender y analizar las crisis del presente? Estas preguntas pueden señalar una perspectiva que contraría la apelación a las certezas, propias de una concepción de la violencia convencional; en contraste de lo anterior, se puede afirmar que la incertidumbre es la principal fuente de violencia no convencional.

Al mismo tiempo, una comprensión de la violencia no convencional debe estar acompañada de una consciencia ética que se preocupe por el sentido y la eficacia del Derecho. Sin embargo, una actitud desdeñosa hacia cualquier innovación o expansión, en nombre de la aplicación de nociones instrumentales o inmediatistas para la solución de problemas a corto plazo, hace que la disciplina jurídica dependa de percepciones eminentemente pragmáticas y cuyo impacto pueda ser adverso; en ese caso, no habría ninguna contribución a una humanización del Derecho ni a un mejor entendimiento de las nuevas formas de violencia, las cuales pueden venir aparejadas con el paso del tiempo, el avance tecnológico y las eventuales crisis humanitarias (ZIZEK, 2016).

En la imposición de una visión instrumental, que impide el desarrollo de las inquietudes -alrededor de la condición humana de las personas victimizadas, por violencias no convencionales-, radica el llamado “fenómeno ius-epistemológico del confinamiento”. Este fenómeno señala la manifestación de una voluntad general de ignorar, conscientemente, otras formas de emplearse o de refinarse el Derecho; en consecuencia, se evitaría la adecuación jurídica a nuevas