

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

ATAS

DO I CURSO

SOBRE GOVERNANÇA

E REGULAÇÃO GLOBAL


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ATAS

DO I CURSO

SOBRE GOVERNANÇA

E REGULAÇÃO GLOBAL

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

ATAS

DO I CURSO

SOBRE GOVERNANÇA

E REGULAÇÃO GLOBAL


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ATAS DO I CURSO SOBRE GOVERNANÇA E REGULAÇÃO GLOBAL

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

MATHEUS SILVA

EDIÇÃO

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

Campus de Campolide

1099-032 Lisboa

PORTUGAL

ABRIL 2020

ISBN

978-989-8985-03-3

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Nota introdutória

Esta obra é o resultado académico do *I Curso sobre Governança e Regulação Global*, que decorreu de 17 a 25 de maio de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Tratou-se de uma iniciativa da Escola da Advocacia-Geral da União do Brasil (EAGU) e da Associação da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (JURISNOVA) enquadrada em protocolo de cooperação celebrado em 2016 entre as duas instituições.

Os artigos que a seguir se publicam foram elaborados por servidores da AGU que frequentaram o curso, e objeto de um processo de seleção e revisão levado a cabo por professores e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Constituem um contributo relevante para o estudo da governança e da regulação em âmbito global, trazendo reflexões relevantes a respeito de temas tais quais o espaço jurídico global e a internacionalização do direito, as principais tendências de regulação do comércio Internacional, as alterações no direito administrativo em âmbito global, o papel das Nações Unidas na era da globalização, a proteção de dados e a regulação do ambiente e as alterações climáticas, dentre outros.

O curso e, conseqüentemente, a publicação deste livro só foi possível graças à visão e empenho da Direção da EAGU, a quem deixamos uma palavra especial de agradecimento.

Lisboa, 9 de abril de 2020

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
RUTH MARIA PEREIRA DOS SANTOS
MATHEUS PASSOS SILVA

A posição do Brasil em relação aos indicadores de governança estabelecidos pelo Banco Mundial e a vinculação destes parâmetros na concessão de assistência financeira aos países

The position of Brazil in relation to governance indicators established by the World Bank and the linking of these parameters in concession of financial assistance to countries

ADRIANA PEREIRA NASCIMENTO
EDIARA DE SOUZA BARRETO

Resumo: As mudanças do sistema global inovaram a forma de os Estados exercerem a sua soberania, o que se deveu, em grande parte, ao desenvolvimento do Direito Internacional Público e, mais recentemente, do Direito Administrativo Global. No enalço destas transformações, fortaleceu-se a ideia de que, a cada Estado, cabe a importante função de administrar os recursos sociais e econômicos a fim de possibilitar não apenas o seu próprio desenvolvimento, mas também o desenvolvimento de todas as nações. Para tanto, faz-se necessário o aperfeiçoamento do planejamento governamental na formulação de programas e políticas públicas, que podem ser avaliadas através de indicadores de desempenho vinculados ao instituto da governança, que, inserida no contexto do Estado de Direito, tem como valores a transparência, a responsabilidade, a efetividade, a eficiência e a prestação de contas. Este artigo foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica, normativa e documental, tendo como finalidade analisar a evolução brasileira quanto à efetivação das boas práticas de governança a partir dos indicadores de desempenho do Banco Mundial, que constitui uma das maiores fontes globais de assistência ao desenvolvimento. Neste sentido, foi analisado, ainda, o grau de vinculação que tais indicadores representam em relação aos países, em especial ao Brasil, dada a relevância deste órgão financeiro para o financiamento de projetos

na área social e econômica. Verificou-se que, apesar de o atendimento de tais indicadores não condicionar a concessão de assistência financeira aos países, funciona como critério muito importante para fins de análises de investimento por parte deste órgão financeiro.

Palavras-chave: *Banco Mundial. Indicadores de Governança Mundial. Posição Brasileira. Soberania.*

Abstract: Transformations in the global order have created new ways for States to exercise their sovereignty, which represent developments in Public International Law and, more recently, in Global Administrative Law. As a consequence, it became ever clearer that each State should manage and monitor social and economic resources in order to foster not just its own development but the development of all nations. To achieve this goal, it has become necessary to fine tune governmental planning in the formulation of public policy. The evaluation of such policies is made through performance indicators linked to the governance institute, which, inserted in the context of Rule of Law, has as its values transparency, responsibility, effectiveness, efficiency and accountability. This article was elaborated based on bibliographic, normative and documentary research, with the goal of analyzing Brazil's evolution regarding the implementation of best practices of governance using performance indicators developed by the World Bank, which is one of the main global sources of assistance to development. In this sense, the paper analyzes the degree to which these indicators are binding to countries, in particular Brazil, given the relevance of this international financial institution to the financing of projects in the social field. It was found that, despite the fact that achieving these indicators does not condition the concession of financial assistance to countries, it serves as important criteria for investment analysis by the World Bank.

Keywords: *The World Bank (IBRD-IDA). Worldwide Governance Indicators. Brazilian Posicion. Sovereignty.*

Data de submissão: 20 de novembro de 2018.

Introdução

A necessidade de cooperação entre os países, que inspirou o surgimento do Direito Internacional Público e, mais recentemente, do Direito Administrativo Global, levou à criação e ao desenvolvimento de instituições internacionais capazes de coordenar de forma cada vez mais eficaz os interesses da sociedade internacional em relação a diversas finalidades.

Num primeiro momento, essas iniciativas de coordenação eram levadas a cabo basicamente por Estados, que atuavam em nomes próprios, vinculando-se por tratados que visavam à regulação de interesses comuns.

O surgimento das primeiras organizações interestatais, por seu turno, decorreu da percepção de que certos aspectos comuns exigem um tratamento mais específico, tornando insuficientes os esforços estatais meramente bilaterais ou multilaterais. Para tanto, criam-se entes “terceiros”, com poderes específicos para atuar em nome próprio na regulação de áreas determinadas.

Posteriormente, cresce o poderio e a amplitude das organizações internacionais, as quais passam a adquirir caráter cada vez mais universal, ampliando as preocupações que antes eram mais restritas aos seus Estados-partes. A criação da Organização das Nações Unidas – ONU foi emblemática neste processo.

Ocorre que esta expansão não se verificou apenas na esfera de atuação das organizações internacionais, e sim no próprio palco dos sujeitos internacionais, que passa a incluir instituições não estatais ou mesmo sequer oficializadas.

Com efeito, as mudanças no sistema global – sobretudo as relacionadas ao fim da Segunda Guerra e à globalização – alteraram os atores considerados legítimos para regular determinadas situações ou relações, fazendo-se necessária a criação de um novo paradigma para a compreensão e a avaliação do funcionamento dos diferentes sistemas jurídicos – ou quase jurídicos – que interagem e se interferem mutuamente. O cenário internacional passa, então, a experimentar um perceptível aumento de fontes normativas e instâncias de solução de litígios, que extrapolam a esfera dos tradicionais atores e fontes do direito internacional.

Neste sentido, destacam-se as iniciativas que têm por finalidade extrapolar o dualismo direito nacional *versus* direito internacional, com

o consequente aprimoramento dos conceitos de *soft law* e *hard law* como fontes do Direito Internacional.

A par destas transformações, os países experimentam novos padrões de soberania, seja pela maior influência de normas internacionais sobre os ordenamentos jurídicos internos (especialmente no interior de associações interestatais com vocação comunitária, como a União Europeia), seja em virtude da necessidade de pensar soluções globais para questões que, com a globalização, tornam insuficientes as soluções individuais ou regionais.

Assim, os países e os demais atores mundiais passam a cobrar uns dos outros – e a ser cobrados – quanto à adoção de medidas para a redução da pobreza, da desigualdade social e dos problemas ambientais, por exemplo, sendo também pressionados para que assegurem a transparência dos atos governamentais e a participação política da sua população. Isto porque o avanço da globalização não apenas potencializa a maior mobilidade de bens, pessoas e capitais, como também socializa – em escala mundial – os problemas experimentados por toda a humanidade.

Esse é o contexto em que surge o que se chama de “governança”, que reforça o papel do planejamento governamental e de uma atuação coordenada entre os setores sociais.

Em discurso proferido em 28/06/2011¹, o Sr. Joseph Deiss, então presidente da Assembleia Geral das Nações Unidas, destacou ser a ONU a instituição central para a governança global, constituindo-se como “*o principal fórum universal do mundo, com legitimidade única*”.

Abstraindo-se eventuais discussões quanto à centralidade ou não da ONU no cenário mundial da atualidade, é inquestionável o relevante papel desempenhado por esta organização internacional, sobretudo no que toca à proteção dos direitos humanos e ao estabelecimento de padrões de governança.

Não por acaso coube ao Banco Mundial, que é uma agência especializada vinculada ao sistema das Nações Unidas, elaborar indicadores de desempenho a partir dos quais os países foram alocados em um *ranking* de governança mundial.

¹ Este discurso foi tema da matéria intitulada “ONU debate seu papel na governança global”, publicada em 26/09/18. Disponível em: << <https://nacoesunidas.org/onu-debate-seu-papel-na-governanca-global/> >>. Acesso em 19 nov. 2018.

No presente artigo, buscou-se, a partir de pesquisa bibliográfica, normativa e documental, analisar a evolução do Brasil quanto à efetivação das boas práticas de governança a partir desses indicadores, bem como o próprio grau de vinculação que tais indicadores representam em relação aos países que precisam obter financiamento junto a este importante órgão financeiro internacional.

No entanto, antes de adentrar propriamente no tema em apreço, é imprescindível a compreensão do cenário em que ele se descortina, no qual estão incluídos temas atinentes ao Direito Internacional Público, às Organizações Internacionais, ao Direito Administrativo Global, à ONU e ao próprio Banco Mundial.

1. Da contextualização do tema no âmbito do Direito Internacional Público

1.1. Da tendência à universalização

O Direito Internacional Público surge em decorrência do crescimento da interação entre povos vinculados a diferentes territórios, tornando-se necessário o estabelecimento de marcos regulatórios capazes de disciplinar atividades que transcendem os limites fronteiriços dos Estados. Não por outra razão, o Direito Internacional Público também é conhecido como *Direito das Gentes* ou de *Direito Transnacional*.

Criou-se, em face disto, um sistema de normas jurídicas formado principalmente por tratados internacionais e costumes, que visa disciplinar e regulamentar as atividades exteriores dos Estados.

Como bem observa Valério Mazzuoli (2012, p. 51), o que existe, no âmbito internacional, é uma “*sociedade de Estados*” e, posteriormente, de Estados mobilizados em Organizações Internacionais Intergovernamentais², que

² Para MAZZUOLI (2012, p.611), a terminologia “intergovernamental” é imprópria, uma vez que tais organizações não se formam, tecnicamente, a partir da vontade interna dos governos, mas sim dos Estados. Por esta razão, o termo mais apropriado seria “interestatais”. Não obstante esta divergência, cumpre esclarecer que, neste artigo, ambas as expressões serão utilizadas indistintamente, com a preocupação única de designar organismos internacionais que envolvem mais de um Estado.

mantém entre si relações mútuas orientadas por critérios de conveniência, interesse, consenso, coordenação, consentimento, horizontalidade e da ausência de subordinação.

A partir disso, extrai-se a primeira característica marcante do Direito Internacional Público, que é justamente o fato de pressupor a soberania nacional em seu conceito mais clássico, qual seja, o de que os Estados são livres para se organizar sem a submissão a qualquer outro poder que lhe seja superior ou a terceiros³. Justamente em virtude desta liberdade, os países passam a se associar na resolução de problemas internacionais, submetendo-se a normas jurídicas coletivas e pactuadas entre “iguais”, que também gozam de ampla liberdade para desvincular-se.

Em termos territoriais, pode-se dizer que o Direito Internacional Público nasce europeu⁴, já que inicialmente regula relações entre países localizados no que hoje se concebe como Europa, expandindo-se para outros territórios na época das grandes navegações.

Nesta primeira fase, que vai até meados do século XX, o desenvolvimento deste ramo jurídico deveu-se, sobretudo, ao alargamento das fronteiras físicas de atuação dos indivíduos e à expansão mundial da atividade comercial.

O Congresso de Viena, realizado em 1815, é bastante emblemático em relação a este período, constituindo importante marco do Direito Internacional e das relações internacionais.

Outro evento histórico importantíssimo no desenvolvimento do Direito Internacional Público foi a Segunda Guerra Mundial, que levou o mundo a identificar a existência de grave risco de extinção coletiva dos povos e a necessidade de propor soluções que não deveriam estar circunscritas aos países vinculados por tratados internacionais e/ou organizados em Organizações Internacionais Interestatais.

³ Para os fins deste artigo, foram desconsideradas eventuais digressões doutrinárias acerca dos limites da soberania estatal em seu sentido clássico, que incluiriam, dentre outros, normas de Direito Natural ou mesmo de Direito Internacional.

⁴ Em geral considera-se que, na Antiguidade, não havia propriamente Direito Internacional, dada a inexistência de normas comuns entre as nações ou mesmo de igualdade jurídica entre elas. Noutra quadra, aponta-se, como marcos históricos do surgimento do Direito Internacional Público propriamente dito, o Tratado de Munster (assinado por Estados católicos) e o Tratado de Osnabruck (assinado por Estados protestantes), que puseram fim à Guerra dos 30 anos (1618-1648), estando inseridos no contexto da Paz de Westfalia.

Nesse sentido, comumente são citadas as a preservação do meio ambiente e o combate à violência como exemplos de situações que exigem iniciativas e esforços transnacionais.

Esse processo de internacionalização das grandes questões referentes à própria sobrevivência da humanidade se intensifica no período pós-guerra fria, em que o mundo assiste a um encrudescimento das polarizações ideológicas e a grandes alterações decorrentes do desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Neste contexto, o fenômeno da globalização (que já havia se iniciado desde a era das descobertas) intensifica-se em razão do grande avanço tecnológico das últimas décadas, tornando ainda mais fluidas as fronteiras nacionais para a livre circulação de bens, capitais e pessoas.

Nessa nova ordem, o Direito Internacional Público passa a incluir o indivíduo como um dos seus sujeitos, superando a ideia clássica de que se tratava de um “*Direito de Estados*”. Ademais, cresce a importância das associações e coletividades não estatais, que, a despeito de não serem pacificamente aceitos como sujeitos deste ramo do direito, exercem papéis de grande relevância no âmbito da sociedade internacional, tais como organizações não-governamentais e empresas.

1.2. Da tendência à regionalização

Como dito anteriormente, o Direito Internacional Público “nasce europeu”, mas segue vigorosa tendência à universalização, pretendendo tornar-se um “*Direito Internacional universal*”, na precisa expressão de Valerio Mazzuoli (2012, p. 59).

Em paralelo a isso, intensifica-se o fenômeno da regionalização, por meio do qual ocorre a reunião de Estados com características homogêneas relativas à cultura, origem histórica e nível de desenvolvimento econômico-social, por exemplo, a fim de definir um conjunto de regras aplicáveis entre si, coordenando-se as diferenças no intuito de propiciar uma integração que, ao final, seria vantajosa para todos. Assim, a regionalização perfaz-se através do estabelecimento de normas jurídicas aplicáveis a um determinado espaço físico, que é dividido politicamente em Estados com características similares.

É facilmente intuitivo concluir que a regionalização pressupõe um desejo comum de instituir e aplicar uma “*ordem normativa e institucional*

autônoma” (BROTTONS, 2007, p. 63 *apud* MAZZUOLI, 2012, p. 60), já que não existe um poder soberano que representa (e mantém) a unidade entre os membros de um bloco regional (como ocorre no Estado Federado, por exemplo). Neste aspecto, evidenciam-se as características clássicas do Direito Internacional Público, que é marcado pela horizontalidade, pelo consenso e pela voluntariedade.

Em que pese possam parecer movimentos opostos, a universalização e a regionalização são tendências que se desenvolvem paralelamente e em geral de forma harmônica, como ocorre em relação à União Europeia. Isto porque, não obstante a sua crescente vocação comunitária, a União Europeia (até pelo seu poderio econômico e geopolítico) tem assumido posição central nas grandes questões mundiais (proteção de dados, fluxos migratórios, dentre outros).

1.3. Das demais tendências relevantes ao tema deste artigo

Além dos dois fenômenos analisados acima, cabe tratar brevemente de outras tendências do Direito Internacional Público que interessam ao tema deste artigo.

De início, registre-se que o Direito Internacional Público tem se distanciado cada vez mais do seu papel tradicional de regular as relações bilaterais ou multilaterais entre Estados para efetivar-se mais ativamente no seio dos organismos internacionais, com especial destaque para a Organização das Nações Unidas – ONU e as suas agências especializadas, ou através da criação de órgãos supranacionais com poderes decisórios (como é o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia).

Esta nova configuração foi classificada pela doutrina (MAZZUOLI, 2012, p. 60) como um processo de *institucionalização*, que pode ser medido pelo número de órgãos criados e respeitados pela maioria dos Estados como instâncias decisórias externas e de observância obrigatória, sedimentando a existência de polos decisórios das relações internacionais e, conseqüentemente, assegurando maior grau de segurança e estabilidade às relações.

Outra tendência a ser salientada é a da *funcionalização*, que expressa o fato de que o Direito Internacional cada vez mais passa a extravasar o âmbito das relações externas entre os Estados, imiscuindo-se de forma mais intensa

nas matérias relativas ao direito interno dos países e no próprio contexto das relações internacionais.

Para SUXBERGER (2015, p. 651), a funcionalização decorre de dois fatores principais, quais sejam, a grande influência que as constituições dos países exercem entre si, inspirando-se reciprocamente, e a incorporação doméstica cada vez maior de normas consagradas por instrumentos internacionais, notadamente no campo dos direitos humanos e das respectivas garantias:

Desse modo, o tópico das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal merece revisitação, a fim de que, para além do debate a respeito do *status* das normas internacionais ou mesmo do diálogo entre normas internas e internacionais, igualmente se preste à construção de soluções interpretativas que considerem a experiência comparada como fonte ou gênese na leitura do sentido e do alcance de direitos e garantias constitucionalmente assegurados (2015, p. 652).

A aplicação do direito interno, portanto, passa a pressupor a observância do sentido e do alcance estabelecidos pelas instâncias formais (e por vezes também das informais) do Direito Internacional, uma vez que comumente reproduz as suas normas.

Outrossim, também é oportuno mencionar a propalada *humanização* do Direito Internacional Público, que passa a abrigar o indivíduo como sujeito deste ramo jurídico, que, até então era protagonizado pelos Estados.

Esse fenômeno surge a partir da concepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como marco central a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, após o esforço da Carta das Nações Unidas de 1945.

SUXBERGER (2015, p. 651) acrescenta ainda a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a criação da Justiça Penal Internacional.

Outra característica apontada pela doutrina diz respeito à *objetivação*, que acaba por colocar em cheque o tradicional caráter voluntarista do Direito Internacional.

Com base nos estudos de Jorge Miranda, MAZZUOLI (2012, p. 61) aponta que o Direito Internacional Público começa a acolher regras internacionais livres e independentes da vontade dos Estados, realizando-se,

pois, de forma mais autônoma em relação aos seus tradicionais sujeitos. Como exemplo deste processo, cita-se o crescimento do papel dos tratados multilaterais, em sede dos quais a liberdade de aposição de reservas, por parte dos Estados, é mais restrita.

Em paralelo a este movimento, no âmbito das relações internacionais, a doutrina ainda aponta, em oposição ao conceito de *hard law*, o aparecimento de normas intituladas de *soft law*, cuja expressão poderia ser traduzida como “direito mole, maleável” (PORTELA, 2015, p. 75), cujo traço mais significativo é a ausência de obrigatoriedade em sentido estrito e, por consequência, a grande maleabilidade e ainda maior voluntariedade por parte de quem adere às respectivas normas. Para NASSER (2006, p. 25), tal modalidade poderia ser definida como:

Regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.

PORTELA (2015, p. 76) destaca ainda que o *soft law* costuma originar-se das negociações entre os Estados ou mesmo no âmbito das organizações internacionais, notadamente no que toca a aspectos mais técnicos que não chegam a ser incorporados em tratados, assumindo a forma de “recomendações” ou “resoluções”, de caráter não vinculante.

Finalmente, registre-se a *jurisdicionalização* do Direito Internacional, que se verifica com a criação e institucionalização de tribunais internacionais de submissão voluntária, mas que apresentam forte tendência à obrigatoriedade em relação aos países, como bem lembrado por SUXBERGER (2015, p. 651).

Tais cortes inicialmente foram criadas para o julgamento de crimes de guerra, a exemplo do Tribunal de Nuremberg e do Tribunal Internacional para o Extremo Oriente, tendo este último sido instalado em Tóquio, também com o objetivo de combater delitos praticados durante a Segunda Guerra Mundial. Em evolução a este processo, tem-se a instituição de tribunais penais internacionais em caráter permanente, sendo o exemplo mais emblemático o Tribunal Penal Internacional – TPI, criado em 2002 e que conta com a participação do Brasil.

2. Das Organizações Internacionais

2.1. O papel das Organizações Internacionais como atores da Sociedade Internacional

Valerio Mazzuoli (2012, p. 612) conceituou organização internacional como:

A associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, criada mediante tratado internacional (nominado de convênio constitutivo) e com finalidades predeterminadas, regida pelas normas do Direito Internacional, dotada de personalidade jurídica distinta da dos seus membros, que se realiza em um organismo próprio e estável, dotado de autonomia e especificidade, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio dos quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos por estes.

O aparecimento das primeiras organizações internacionais intergovernamentais remonta a meados do século XIX e justifica-se como forma de facilitar a cooperação técnica entre os países. Com efeito, seja por questões de ordem estrutural, econômica, militar, política ou social, é muito mais difícil que os Estados realizem sozinhos, apenas por meio de tratados bilaterais ou multilaterais, alguns dos seus objetivos comuns. Tais dificuldades acabam por induzi-los a organizar-se através da criação de entes internacionais relativamente autônomos e destinados a cuidar de questões específicas com maior qualidade técnica.

Neste novo cenário, os Estados continuam sendo os principais sujeitos do Direito Internacional Público, mudando apenas a sua forma de atuação no cenário internacional. No entanto, orientados pelo princípio da especialidade, os países passam a celebrar acordos mútuos através dos quais cedem parte das suas competências a entidades com personalidade jurídica própria, que passam a agir em seus nomes no cumprimento de determinadas funções.

Em razão de receberem apenas parte das atribuições dos entes estatais, diz-se que as organizações internacionais não desfrutam da personalidade plena, permanecendo a serviço dos respectivos membros, que estabelecem e, ao mesmo tempo, limitam os seus poderes.

A partir do momento em que o Direito Internacional vai deixando de realizar-se unicamente através de relações bilaterais ou multilaterais entre os Estados para se desenvolver no âmbito das organizações internacionais, cresce enormemente o número destas entidades, acompanhando o já mencionado processo de institucionalização.

Esse *boom*, conforme já sinalizado anteriormente, verificou-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial e trouxe consigo o incremento das capacidades regulatórias e decisórias, com eficácia vinculante, destas organizações⁵.

2.2. Das decisões organizacionais

Atualmente há certo consenso quanto ao fato de que as decisões proferidas por organizações internacionais constituem importante fonte do Direito Internacional⁶.

Embora pareça óbvio, vale ressaltar que, para se enquadrarem como fontes do Direito Internacional, os atos provenientes destas instituições precisam ser propriamente “internacionais”, manifestando efeitos *externa corporis*. Desse modo, estão despidos de força vinculante os atos cujos efeitos se limitem ao âmbito da própria organização, a exemplo dos que são editados para a regulação de matérias administrativas internas.

Outrossim, como as decisões das organizações não exprimem a vontade direta dos Estados membros, e sim da própria instituição, o seu poder vinculante prescinde de assinatura ou ratificação, como se exige em relação aos tratados e convenções internacionais, bastando a mera aprovação com base nas regras estatutárias da própria instituição.

⁵ Vale frisar, todavia, que antes de 1945 já existiam organizações internacionais de grande relevância normativa e vinculante, sendo o exemplo clássico a Organização Internacional do Trabalho – OIT, que foi criada em 1919 para a elaboração e aplicação de normas internacionais do trabalho, o que o faz através de Convenções e Recomendações, conforme consta na reportagem intitulada *História da OIT*. Disponível em: <<<https://www.ilo.org/brasilica/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>>>. Acesso em 16 nov. 2018.

⁶ Não custa frisar que tais decisões constituem atos institucionais, porquanto são elaboradas pelas próprias organizações, no uso das suas personalidades jurídicas, cabendo aos Estados participarem apenas de forma indireta, por meio do exercício do direito de voto nos órgãos de soluções de controvérsias (em geral, a assembleia-geral).

Normalmente, os atos decisórios intergovernamentais recebem diferentes nomenclaturas, tais como resoluções, declarações, diretrizes, diretivas, recomendações ou simplesmente decisões.

Importante questão que se coloca diz respeito ao fundamento a partir do qual se extrai a obrigatoriedade dos atos decisórios com efeitos internacionais, já que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não inclui as decisões organizacionais no rol das fontes normativas do Direito Internacional, contemplando apenas as convenções internacionais (gerais e especiais), os costumes internacionais, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, as decisões judiciais e a doutrina mais qualificada das diferentes nações⁷.

Para a doutrina brasileira e internacional (TAMMES, 1958, p.261-364 *apud* MAZZUOLI, 2012, p. 148), no entanto, este silêncio normativo não deve ser interpretado de forma a excluir tais atos do rol das fontes do Direito Internacional, sob pena de ser desconsiderada a evolução verificada neste ramo do direito e na própria sociedade internacional.

Ainda é válida a menção à eficácia das decisões organizacionais no plano do direito interno de cada Estado-parte. Com efeito, não obstante seja impossível apontar um padrão comum de eficácia interna, já que este é definido pelas constituições de cada país⁸, a doutrina aponta que, em geral, as decisões aprovadas pelos órgãos deliberativos das organizações internacionais (assembleias-gerais, via de regra) possuem tamanho grau de vinculação em relação aos países-membros que é possível se falar “*poder quase legislativo*” das instituições em comento (MAZZUOLI, 2012, p. 611).

⁷ A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é normativamente descrita como “*o principal órgão judiciário das Nações Unidas*” (artigo 7, item 1, da Carta das Nações Unidas), estando sediado em Haia. O seu estatuto é parte integrante da Carta das Nações Unidas, tendo ambos entrado em vigor em 24/10/1945. O *caput* do art. 38 dispõe que as controvérsias internacionais serão decididas em conformidade com o “*direito internacional*”, listando, em suas quatro alíneas, o que será considerado como fonte deste ramo jurídico.

⁸ No Brasil, o tema é tratado, dentre outros, pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

3. Das Contribuições do Direito Administrativo Global

3.1. Do surgimento do Direito Administrativo Global

Segundo KINGSBURY, KRISCH e STEWART (2016, p. 16), o Direito Administrativo Global tem sua origem remota no século XIX, época na qual teriam sido criados os conceitos de Administração Internacional e de Direito Administrativo Internacional com o surgimento de instituições reguladoras internacionais. Tais agências, que lidavam principalmente com questões relativas a serviços postais, navegação e telecomunicações, acabavam por estabelecer normas secundárias (sem força de tratado internacional), que não exigiam a ratificação nacional para serem legalmente aceitas e efetivas, o que, em última análise, ainda é um processo em franco crescimento no cenário internacional atual e encontra-se no cerne dos estudos do novo ramo jurídico em comento.

Ou seja, ante a “*internacionalização do objeto da norma administrativa*” (ROQUE, 2014, p. 473-474 *apud* SANTOS E SILVA, 2016, p. 360), emergem medidas administrativas transnacionais, transferindo-se muitas decisões da esfera nacional ou mesmo meramente internacional para a global. Neste contexto, surgem os estudos relativos ao *Global Administrative Law*, o qual presume a existência de uma administração global ou transnacional.

Para SANTOS e SILVA (2016, p. 362), a governança mundial nada mais é do que “*a formação de redes de administradores, tribunais e tribunais ad hoc*” que atuam em “*regimes internacionais e transgovernamentais*” a fim de possibilitar a atuação coordenada entre Estados na persecução de resultados com repercussões em nível global.

Atualmente, o Direito Administrativo Global vem sendo discutido sobretudo no *Institute for International Law and Justice*, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque (NYU) e no *Istituto di Ricerche Sulla Pubblica Amministrazione*, que é uma organização não governamental sem fins lucrativos criada em 2004, com sede em Roma.

Citando o professor Miguel Prata Roque, Alice Rocha da Silva e Ruth Maria Pereira dos Santos (ROQUE *apud* SANTOS E SILVA, 2016, p. 360) definem o Direito Administrativo Global como sendo “*o conjunto de normas que visa delimitar o domínio de incidência espacial de normas administrativas, independentemente da fonte normativa da qual advém*”.

Segundo tais autoras (2016, p. 357-358), o Direito Administrativo Global se desenvolve em razão da necessidade de se criar um instrumento regulatório administrativo para fazer frente ao fenômeno da “*pluralidade normativa, jurisdicional e institucional*” e da internacionalização de questões comuns a toda humanidade, que, como mencionado anteriormente, verificam-se de forma mais intensa após a Segunda Guerra Mundial e se aperfeiçoam com o fim da Guerra Fria. Fala-se, pois, na necessidade de instituir níveis globais de governança, aumentando-se também o grau de *accountability* que se exige dos atores internacionais.

Para o professor Miguel Prata Roque, o Direito Administrativo Global teria como pressuposto a “*convergência recíproca dos ordenamentos administrativos nacionais e transnacionais*”, estando inserido no contexto do Direito Administrativo Cosmopolita, o qual agrega ainda o Direito Internacional Administrativo, o Direito Administrativo das Organizações Internacionais, o Direito Administrativo Transnacional e o Direito Administrativo Internacional⁹.

A ascensão do Direito Administrativo Global se deu de forma não intencional, estando ainda em processo de consolidação enquanto ramo jurídico, o que se torna um pouco mais dificultoso em razão da ausência de um conjunto normativo unificado e sistematizado (como ocorre, aliás, em relação ao direito administrativo interno de diversos países, a exemplo do Brasil).

A grosso modo, enquanto o Direito Administrativo interno regula a atuação dos agentes públicos na aplicação das leis nacionais aos casos concretos e institui determinados mecanismos de responsabilização, o Direito Administrativo Global voltar-se-ia para a regulação da atuação dos atores internacionais (não apenas governamentais) na aplicação das plúrimas fontes normativas, estabelecendo e verificando a aplicação de padrões de governança mundial.

Aqui, as preocupações extrapolam o controle dos efeitos dos atos administrativos internos ou externos em relação a um único país, fazendo-se expandir as exigências de boa governança e responsabilidade necessários

⁹ Apontamentos da palestra “Direito Administrativo Global: nova configuração do Direito Administrativo”, ministrada no Curso de Governança e Regulação Global, em Portugal, em maio de 2018.

para uma boa administração global, que se confronta a cada dia com mais problemas de ordem transnacional.

O Direito Administrativo Global, pois, busca identificar, sistematizar e desenvolver novos mecanismos de direito administrativo em esfera global para tratar de decisões e normas criadas no interior de regimes intergovernamentais, assegurando a observância a padrões adequados de transparência, participação democrática e legalidade.

3.2. Dos sujeitos e das fontes do Direito Administrativo Global

Como tratado no subtópico anterior, o Direito Administrativo Global surge em resposta a um cenário global marcado por uma pluralidade normativa, jurisdicional e institucional, o que torna mais complexa a definição de quais são os seus sujeitos e as suas fontes.

Com efeito, no interior de um ordenamento jurídico nacional, é relativamente fácil demarcar os limites entre os atos administrativos, legislativos e jurisdicionais e os respectivos sujeitos (não obstante o exercício de funções atípicas no interior de cada esfera de poder). Todavia, no cenário transnacional – especialmente se ele é tão plural juridicamente –, ficam mais fluidas tais diferenciações.

Como lembrado por KINGSBURY, KRISCH e STEWART (2016, p. 14), muitas das instituições e dos regimes internacionais que exercem “governança global” desempenham funções tidas como de caráter genuinamente administrativas, já que atuam abaixo do nível das conferências diplomáticas e da assinatura de tratados (como um ato administrativo nacional, que está subordinado à lei). No entanto, estas mesmas instituições acabam por regulamentar setores da vida social e econômica, seja por meio da criação de normas específicas, seja através das suas decisões, que, em maior ou menor grau, também configuram instrumentos de regulação. A ação administrativa, neste cenário, mescla-se com a função normativa e por diversas vezes encerra a resolução concreta de disputas entre Estados ou outras partes em conflito.

Abstraído-se a discussão acerca da autonomia ou não do Direito Administrativo Global em relação ao *Direito das Gentes* (ROQUE, 2014, p. 506-516), o qual, sem dúvida, é a sua fonte de inspiração mais significativa, deve-se desde logo recordar que o Direito Administrativo Global (em sua

versão mais recente e aprimorada) surge já num contexto ampliado de atores e fontes de Direito Internacional, marcado pela coexistência de instituições de natureza pública, público-privadas e exclusivamente privadas

Abrindo um parênteses para essa diferenciação, tanto as organizações intergovernamentais como as organizações não governamentais são produto de um ato de vontade que, no primeiro caso, promana dos Estados, quando elaboram um tratado multilateral constitutivo da organização e, no segundo, da vontade de particulares, com ou sem a interveniência de órgãos públicos, almejando criar uma organização não governamental para finalidades lícitas.

Ocorre que, como bem ressaltado por SANTOS e SILVA (2016, p. 361), o Direito Administrativo Global expandiu o campo de atuação das fontes e dos sujeitos internacionais tradicionais, que passam a exercer funções regulatórias em nível global. Por esta razão, as autoras chamam atenção para os seguintes aspectos:

Nessa perspectiva, a Administração Pública Global é constituída por um arcabouço jurídico comum a vários Estados, com origens não tradicionais (fontes do direito internacional), possuindo mecanismos próprios de efetividade e de sanção, possibilitando a solução de problemas similares em virtude do compartilhamento de informações, por meios tecnológicos, de forma rápida e eficaz.

KINGSBURY, KRISCH e STEWART (2016, p. 12) complementam esta ideia, sustentando que grande parte da regulamentação transnacional é realizada por organismos administrativos transnacionais – inclusive organizações internacionais – que desempenham funções administrativas, mas não estão sujeitos diretamente a sistemas jurídicos domésticos ou aos Estados-partes do tratado.

Em interessante sistematização, SANTOS e SILVA (2016, p. 361/362) compilam os citados estudos de KINGSBURY, KRISCH e STEWART, aduzindo a existência de cinco tipos de administração global, quais sejam: **(i)** a “*administração internacional por redes transnacionais*” – exercida pelas organizações internacionais interestatais tradicionais; **(ii)** os “*acordos de coordenação*” – firmados por órgãos e agentes reguladores nacionais que atuam conjuntamente em nível transnacional, cujos poderes regulatórios não necessariamente estão previstos em convenções internacionais ou

mesmo explicitamente declaradas por qualquer outro meio formal; **(iii)** a “*administração dispersa*” – exercida por agências reguladoras nacionais em relação a termos de repercussão transnacional ou “*quando a administração nacional implementa um regime internacional*”; **(iv)** a “*administração híbrida privada-intergovernamental*” – exercida através de acordos entre órgãos e instituições governamentais e não governamentais (empresas, ONGs, governos nacionais e organizações intergovernamentais, por exemplo) a fim de tratar de assuntos que envolvem discussões econômicas e científicas específicas; e **(v)** a “*regulação por órgãos privados*” – estabelecida por meio da criação de normas e procedimentos que são eficazmente adotados por diversos países e entes privados, com reconhecimento público, ainda que destituídos, formalmente, de observância vinculante.

Vale frisar, por oportuno, que tais espécies podem mesclar-se entre si, gerando modelos híbridos de governança global.

Ante esta diversidade de agentes, não é difícil concluir que o Direito Administrativo Global se vale de um sem-número de fontes normativas, valendo citar aqui também o elenco apresentado por SANTOS e SILVA (2016, p. 363/364), que inclui: **(i)** as fontes clássicas do Direito Internacional Público remodeladas, já citadas no subtópico 2.2, além das normas internas das organizações intergovernamentais; **(ii)** o direito interno dos países, incluindo a jurisprudência; **(iii)** a jurisprudência das cortes regionais e internacionais; além de **(iv)** “*mecanismos legais, princípios e práticas que asseguram que os órgãos busquem padrões apropriados de transparência, de participação, de racionalidade e de legalidade*”, além de possibilitar a revisão das decisões institucionais (SANTOS e SILVA, 2016, p. 363).

Em consonância com a previsão genérica descrita no item *iv*, as autoras chamam atenção para o fato de que não é possível esgotar o rol de fontes normativas do *Global Administrative Law* justamente por conta de a sua principal característica ser a “*associação espontânea de diversas fontes normativas, que podem estar associadas às fontes tradicionais ou que fogem às estruturas formais de exercício de poder público*” (ROQUE, 2014, p. 882 *apud* SANTOS e SILVA, 2016, p. 363).

O traço discriminativo de tais fontes, por sua vez, segundo Rajeshwar Tripathi, (TRIPATHI, 2011, p. 355 *apud* SANTOS e SILVA, 2016, p. 363) encontrar-se-ia no fato de as respectivas normas deverem contemplar os conceitos de “*accountability intra-regime*”, proteção dos direitos individuais e implementação da democracia.

Por “*accountability intra-regime*”, entende-se a necessidade de previsão de mecanismos de salvaguarda da atuação global coordenada, papel este que costuma ser desempenhado pelas normas de cada país (SANTOS e SILVA, 2016, p. 364). Por seu turno, a proteção dos direitos individuais e a implementação da democracia relacionam-se intimamente com a ideia de limitação dos poderes, que, em última análise, é o marco que orientou o próprio surgimento do Direito Administrativo interno dos países. Ademais, tais valores estão inteiramente alinhados com os princípios da boa governança, com especial destaque para os da transparência, responsabilidade, efetividade, eficiência e prestação de contas.

O tema deste artigo diz respeito aos indicadores de boa governança estabelecidos pelo Banco Mundial e o respectivo *ranking*, buscando verificar o seu grau de vinculação em relação aos países. Para tanto, serão imprescindíveis breves considerações acerca da Organização das Nações Unidas, já que o Banco Mundial se enquadra como agência especializada de cooperação econômica vinculada a esta Organização Internacional, o que passa a ser feito a seguir.

4. Do sistema das Nações Unidas – da ONU e do Banco Mundial¹⁰

4.1. Da ONU

A Organização das Nações Unidas – ONU é uma organização internacional intergovernamental de fins gerais e de caráter universal, que admite o ingresso de qualquer Estado, sem critérios de discriminação. O seu objetivo principal é, por meio da coordenação articulada entre os seus membros, promover a paz e o desenvolvimento mundial, o que resta enunciado desde o preâmbulo do seu ato constitutivo.

Esta organização é composta pelos 51 países-membros *originários*, que estiveram presentes na Conferência de São Francisco e ali assinaram a Carta

¹⁰ Os dados estatísticos enunciados neste tópico e as menções aos posicionamentos de cada entidade foram todos extraídos no site da “ONUBR Nações Unidas no Brasil”, nos endereços << <https://nacoesunidas.org/conheca/> >> e << <https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/> >>, os quais estão devidamente indicados na lista de referências deste artigo.

das Nações Unidas (incluindo o Brasil), e pelos atuais 142 Estados *admitidos* ou *eleitos*, que ingressaram na instituição após a sua criação.

O seu surgimento foi emblemático no que toca à proteção dos direitos em esfera global, especialmente daqueles mais próximos ao núcleo de dignidade da pessoa humana. Não por coincidência, a sua criação ocorreu em 24 de outubro de 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, mediante a assinatura da Carta das Nações Unidas, que é o seu tratado constitutivo, de composição multilateral, no qual estão previstos os meios pelos quais os órgãos da organização normatizam e gerenciam o seu funcionamento.

É imprescindível destacar que, pela sua composição e pelos seus fins gerais, a ONU acaba por exercer papel central na governança global, servindo de palco para intensas discussões que envolvem temas relativos ao planejamento governamental, à soberania dos Estados-membros, à defesa de interesses nacionais, aos efeitos da globalização e à necessidade de se assegurar o crescimento econômico dos países de forma equilibrada e sustentável.

Os principais órgãos desta organização internacional são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado.

A principal sede da ONU atualmente funciona em Nova Iorque, sendo que diversos países contam com alguns dos seus escritórios, cabendo aos governos apresentarem eventuais demandas neste sentido perante a organização em apreço. O Brasil conta com representação fixa das Nações Unidas desde 1947, que atua através de algumas agências especializadas, fundos e programas.

Uma destas agências especializadas é justamente o Banco Mundial, que financia diversas iniciativas nas esferas federal, estadual e municipal brasileiras há mais de 60 anos.

4.2. Do Banco Mundial

O Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD ou simplesmente Banco Mundial é uma instituição internacional que atua na concessão de assistência financeira a países em desenvolvimento, figurando, ademais, como observador no Grupo de Desenvolvimento das Nações Unidas e em outros fóruns internacionais, como o G-20 financeiro.

De acordo com as informações disponíveis no site da entidade, trata-se de espécie de “*cooperativa de países*” cujo intuito é o de “*apoiar os esforços das nações em desenvolvimento para atingir um crescimento duradouro, sustentável e equitativo*”, tendo como objetivo principal reduzir a pobreza e as desigualdades sociais.

O que hoje se intitula de “Banco Mundial” iniciou-se com a criação do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), nas Conferências de Bretton Woods de 1944, das quais resultaram, também, o Fundo Monetário Internacional e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

Vale frisar que tais conferências ocorreram antes mesmo do final da Segunda Guerra Mundial, de sorte que, inicialmente, o BIRD foi criado com o intuito de soerguer economicamente os países após o conflito, tendo sido ampliadas as suas funções posteriormente.

O Grupo Banco Mundial atualmente é designado como um organismo internacional de cooperação econômica, atuando em áreas prioritárias ao desenvolvimento econômico-social, mediante a concessão de financiamentos, doações e garantias aos países em desenvolvimento que necessitam de assistência financeira.

As instituições que compõem o “Grupo Banco Mundial” atualmente são: **(i)** o BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento; **(ii)** a AID – Associação Internacional de Desenvolvimento; **(iii)** a CIF – Corporação Financeira Internacional; **(iv)** a AMGI – Agência Multilateral de Garantia de Investimentos; e **(v)** o CIADI – Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos.

O Banco Mundial conta hoje com 185 países-membros, entre eles o Brasil.

5. Do ranking de governança do Banco Mundial

5.1. Dos Indicadores de Desempenho

Conforme já tratado em outros tópicos deste artigo, o instituto da governança emerge no contexto do Estado de Direito e está intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento social e econômico dos países, reforçando a necessidade de atuação coordenada entre os atores sociais e de aperfeiçoamento do planejamento governamental. Neste contexto, ganham ainda

mais importância as iniciativas ligadas à transparência, à *accountability*, à efetividade, à participação democrática e à prestação de contas.

É crescente o interesse e a preocupação de diversos países com aspectos relacionados à governança e, no Brasil, não é diferente. Tanto no setor público quanto no privado, existem iniciativas de melhoria de governança, as quais se relacionam e se complementam, sendo que organizações como o Banco Mundial dedicam-se a promovê-la.

Em consonância com o papel da ONU no que toca à Governança Global, o Banco Mundial enuncia, em sua página oficial no Brasil, que o seu trabalho de cooperação econômica pressupõe a crença de que investir em governança é um dos pilares essenciais para a redução da pobreza, ao lado dos incentivos ao desenvolvimento, à inclusão social e ao fortalecimento das instituições.

Tendo sido estabelecida esta premissa básica, o Banco Mundial desde 1996 gerencia um projeto cujo intuito é medir a qualidade da governança em mais de 200 países, tendo sido utilizadas cerca de 40 fontes de dados (governamentais e não governamentais) produzidas por mais de 30 organizações em todo o mundo.

Com base nas informações coletadas, foram criadas seis dimensões de governança, a partir das quais são registrados indicadores de desempenho, agregados e individuais, intitulados de *Worldwide Governance Indicators* – WGI. De acordo com esses indicadores, os países foram colocados em um *ranking* de governança mundial, cujo *score* varia de -2,5% (nota mais baixa) a +2,5% (nota mais alta), periodicamente divulgado na forma de relatório.

Registre-se que os dados mencionados neste tópico foram extraídos do site oficial do Grupo Banco Mundial e encontram-se disponíveis no link <<<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>>>¹¹.

O primeiro indicador foi intitulado de **“Voz e Responsabilidade”** (*Voice and Accountability*). Através deste, avaliam-se a transparência dos atos governamentais, a participação social e a influência desta participação nas decisões governamentais, bem como as liberdades de expressão, associação e dos meios de comunicação.

¹¹ Disponível em: <<<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>>>. Acesso em 17 nov. 2018.

Ademais, busca-se averiguar como as instituições políticas podem aumentar a voz da sociedade e a transparência dos seus atos, estimulando-se a adoção de regimes cada vez mais democráticos e participativos.

O segundo parâmetro, por sua vez, é o da **“Estabilidade Política e Ausência de Violência/Terrorismo”** (*Political Stability and Absence of Violence*), que busca aferir a probabilidade que um país tem de se desestabilizar politicamente em razão da utilização de métodos inconstitucionais ou violentos, bem como o nível de violência doméstica e terrorismo.

É interessante notar que este indicador considera também o nível de estabilidade econômica do país e a distância entre as políticas governamentais e as demandas sociais, contemplando os efeitos dos fatores econômicos na seara da estabilidade das instituições.

O outro parâmetro é o da **“Eficácia do Governo”** (*Government Effectiveness*), avaliando-se a importância da eficiência e a honestidade da burocracia para o processo de crescimento estatal através de aspectos relativos à qualidade dos serviços públicos, à competência da administração pública e à sua independência em relação a pressões políticas, e à qualidade da formulação das políticas governamentais.

O quarto índice é o da **“Qualidade Regulatória”** (*Regulatory Quality*), que avalia a capacidade governamental de promover o desenvolvimento do setor privado. Com efeito, o bom desempenho na seara regulatória depende da existência de uma legislação completa e estável, bem como de agências reguladoras munidas de alto grau de independência, a fim de que possam exercer suas funções normativas e de controle de maneira técnica e isenta.

Neste ponto, não custa recordar que o surgimento das agências reguladoras é um marco importante do neoliberalismo e da consequente redução da participação do Estado da Economia, motivo pelo qual o grau de independência destas foi considerado nesta dimensão da governança.

Em seguida, o indicador **“Regime de Direito”** (*Rule of Law*) mede o grau de confiabilidade das normas jurídicas e o quanto a sociedade pauta suas condutas com base nelas. Busca-se, em suma, avaliar o papel da lei em sentido amplo na condução das condutas sociais.

Aqui, analisa-se a qualidade e a exatidão na execução de contratos, o respeito aos direitos de propriedade, a confiabilidade na polícia e nos tribunais, além da probabilidade de cometimento de crimes e de atos violentos.

Por outro lado, estão incluídos ainda a tolerância com o descumprimento das normas jurídicas, o grau de motivação política nas decisões e

atos jurisdicionais, a qualidade da produção legislativa quanto ao grau de clareza e de ausência de antinomias, bem como a segurança jurídica que se assegura em relação aos atos praticados pela Administração Pública.

Por fim, o sexto e último indicador é o do “**Controle da Corrupção**” (*Control of Corruption*), que busca aferir as iniciativas adotadas pelos países para combater este entrave e, com isso, alavancar o seu desenvolvimento nas mais diversas áreas.

Este indicador é bastante autoexplicativo, sendo desnecessárias maiores acerca do tema. No entanto, é interessante observar que ele contempla a análise quanto ao êxito na duplicação de estratégias que foram empregadas por países de alta renda, tais como a criação de órgãos especializados de combate à corrupção ou a elaboração de leis prevendo penas mais duras, que nem sempre geram resultados satisfatórios em países nos quais os níveis de desenvolvimento e os arranjos políticos ainda não permitem a aplicação eficaz de regras formais.

5.2. Do grau de vinculação dos indicadores de governança

Conforme se extrai de documento divulgado em site oficial do Banco Mundial¹², os *Worldwide Governance Indicators* e o respectivo ranking não condicionam a concessão de assistência financeira pelo Banco aos países em desenvolvimento. Ou seja, os indicadores de governança não são formalmente utilizados como critérios para a definição dos países e das situações que serão financiados com os recursos desta entidade de financiamento.

Trata-se, ao menos em teoria, de mera pesquisa de dados relativos à governança e a sua relação com o desenvolvimento dos Estados, ostentando apenas caráter informativo e teórico.

Tal constatação, embora possa causar certa estranheza, justifica-se, dentre outros, em razão de o BIRD ser uma instituição financeira internacional, cabendo-lhe avaliar aspectos referentes ao risco e à rentabilidade da operação de crédito (custo do capital, tempo de retorno, percentual de lucratividade, garantias a serem exigidas e taxa de juros aplicável, por exemplo).

¹² Disponível em: <<https://siteresources.worldbank.org/EXTWBIGOVANTCOR/Resources/Brochure_por.pdf>>. Acesso em 19 nov.2018.

Diante disto, na esteira das discussões travadas neste artigo, não se pode dizer que os WIG e o ranking constituam normas de Direito Internacional Público ou de Direito Administrativo Global, mesmo considerando a categoria do *soft law*. Isto porque, não obstante ostentem o traço característico da ausência de coercitividade e obrigatoriedade, não chegam a se traduzir como uma recomendação, resolução ou mesmo “*acordo não vinculante*” do Banco Mundial, ante o seu expresso caráter informativo.

Com efeito, em que pese sejam elaborados e gerenciados por uma Organização Internacional, os indicadores em comento não expressam, em sentido formal, qualquer manifestação decisória ou normativa desta, tampouco ostentam caráter propriamente internacional. Em verdade, tendo em vista a sua essência informativa, não se pode dizer sequer que se enquadram na classificação de ato *interna* ou *externa corporis*.

No entanto, no documento intitulado *Governance Matters 2008*¹³, o Banco Mundial chama atenção para o fato de que:

Muitos formuladores de políticas e grupos da sociedade civil utilizam os WGI para monitorar o desempenho e defender a reforma da governança. **Os WGI são usados também por doadores de ajuda que reconhecem que a qualidade da governança é um determinante importante do êxito dos programas de desenvolvimento.** Os acadêmicos também utilizam indicadores em sua pesquisa empírica sobre as causas e consequências da boa governança. (grifos acrescidos)

Desse modo, dada a relevância do Banco Mundial como a maior fonte de assistência aos países em desenvolvimento e diante da constatação de que, a rigor, trata-se de um órgão financeiro que precisa avaliar o perfil e o grau de risco em relação à sua clientela, uma boa posição no ranking de governança sem dúvidas confere vantagens aos países interessados em obter ajuda financeira.

Nesse contexto, ressalte-se que a entidade financiada decerto detém mais informações sobre a condução dos projetos que o Banco e que este, muitas vezes, utiliza-se do seu poder discricionário para condicionar a

¹³ Parte do documento intitulado “*Governança e a Lei: visão geral*”. Disponível em: <<https://siteresources.worldbank.org/EXTWBIGOVANTCOR/Resources/Brochure_por.pdf>>. Acesso em 19 nov, 2018.

realização de seus empréstimos à adoção de políticas condizentes com os seus interesses e suas finalidades.

Diante disto, não obstante a ausência de normatividade em sentido estrito, é possível se falar em certo grau de vinculação do WGI, ao menos em relação aos Estados que buscam valer-se desta fonte de financiamento.

Outrossim, deve-se considerar que o BIRD é uma instituição vinculada à ONU, cujo caráter universalizante acaba por conferir maior grau de constrangimento em relação aos respectivos atos, ainda que de caráter meramente informativo, sobretudo em se tratando de aspectos relacionados à governança mundial.

6. Da relação do Banco Mundial com o Brasil e dos seus desafios

O Brasil é país-membro da ONU desde 1946¹⁴ e constantemente se vale dos auxílios econômicos oferecidos pelo Banco Mundial, realizando financiamentos anuais em torno de 3 bilhões de dólares. Inclusive, de acordo com informações contidas no site desta agência junto ao Portal ONUBR, o Estado brasileiro, através dos seus entes federativos, já recebeu mais de 430 financiamentos, doações e garantias, no total de quase 50 bilhões de dólares. Dentre tais iniciativas, vale ressaltar as parcerias do Banco Mundial com o governo brasileiro nos programas Bolsa-Família e de combate à AIDS.

É cediço que o Governo Brasileiro baseou seu modelo de desenvolvimento, em grande parte, na captação de recursos externos no mercado internacional. Consoante informa Neryson Lima da Silva (2011, p. 17) os valores anuais destinados ao Brasil pelo Banco Mundial representam apenas 0,4% do PIB nacional. Tais montantes, porém, quando comparados com a parcela de recursos do PIB destinados a investimentos públicos, representam algo em torno de 12% do PIB.

O referido Autor ainda ressalta que, dentre os principais organismos financiadores do Brasil e o seu respectivo percentual de atuação, o Banco Mundial é o responsável por 33,4% do volume de financiamentos.

¹⁴ O ingresso ocorreu por força promulgação da Convenção sobre o FMI e sobre o BIRD, por meio do Decreto nº 21.177, de 27 de maio do mesmo ano.

Até 2010, o Brasil era o segundo maior parceiro do Banco Mundial, tendo sido financiado no montante de 49,2 bilhões de dólares, que foi utilizado para projetos governamentais no país.

No entanto, vale frisar que a parceria entre o Brasil e o Banco Mundial vai além do aspecto financeiro, uma vez que tal parceria traz conhecimento de ponta e expertise internacional, ajudando o país a lidar com questões complexas e de difícil solução, sem olvidar o conhecimento adquirido com as experiências do Brasil e a difusão destas junto a outras nações.

A assistência do Banco Mundial ao Brasil está dirigida a apoiar iniciativas de longo prazo que irão promover a redução da pobreza e o crescimento sustentável. Essa assistência implica investir nas pessoas (através de saúde, educação, melhores serviços públicos e transferências de recursos), promover a inclusão social (mediante o estímulo à participação e ao aprimoramento dos mecanismos de direcionamento dos programas), a administração dos recursos naturais, o aumento da produtividade e a estabilização da economia.

Conforme asseverou Neryson da Silva em sua dissertação (2011, p. 54), *“a seletividade dos investimentos defendida pelo Banco Mundial baseia-se nos seguintes princípios: (i) não investir em áreas que o Brasil detém forte conhecimento e capacidade de gestão; (ii) não atuar como governo paralelo, engajando-se em todos os desafios do país; (iii) foco na interação de transmissão de conhecimentos; (iv) atuação em desafios estruturantes e de longo prazo em que o país ainda não tenha encontrado a solução (BANCO MUNDIAL, 2008, p. 22)”*.

Com efeito, há evidências de que houve crescimento inclusivo e sustentado no país entre os anos de 2003 a 2013, gerando a retirada de mais de 30 milhões de pessoas da pobreza, com o consequente fortalecimento da classe média.

Por sua vez, a ampliação da classe média e a redução da pobreza elevaram as percepções de injustiça, de sorte que as pessoas passaram a exigir mais qualidade na prestação dos serviços públicos, inclusive em razão do aumento das suas contribuições com o pagamento de tributos e do aumento nos níveis de educação e de entendimento situacional.

Outro aspecto que chamou atenção foi o crescimento da onda de protestos generalizados por parte da classe média, fragmentando-se o contrato social. Tais ocorrências influenciaram no vetor de eficácia para uma melhor governança denominado “cooperação”, levando as classes média e alta a demandar por serviços privados e, por consequência, reduzindo a

sua disposição fiscal e social de contribuir para o fornecimento de bens e serviços públicos.

Outrossim, convive-se com políticas públicas caracterizadas pela instabilidade, de sorte que fica a critério do governante, seja na instância federal, estadual ou municipal, a manutenção ou não das políticas que vinham sendo adotadas até então, o que enfraquece o indicador relativo à estabilidade política.

Certamente, também o *impeachment* da ex-Presidente da República, Dilma Roussef, em 2015, contribuiu para o cenário de instabilidade política no País.

Em 2017, o Banco Mundial elaborou e divulgou o *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2017: Governança e o Direito*¹⁵, por meio do qual busca incentivar os países em desenvolvimento e as entidades internacionais a considerar a governança como a chave para superar os desafios relacionados ao desenvolvimento e à redução da pobreza, notadamente em relação à segurança, ao crescimento econômico e sustentável e à equidade.

Neste relatório, o Brasil foi mencionado 9 vezes, tendo sido abordados aspectos relativos à “demanda por serviços públicos melhores”, “cumprimento das metas de segurança crescimento e equidade”, e “crescimento econômico inclusivo”.

Como objetivo econômico principal para os dias atuais, o Banco Mundial aponta a restauração da sustentabilidade fiscal, inaugurada, na atual fase, com a Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que limita o crescimento da despesa pública, implicando ajuste fiscal e estabilizando, de certa forma, a dívida pública brasileira.

Outra medida, já adotada pelos governantes e representantes do Poder Legislativo, foi a aprovação da Reforma da Previdência que, para o Banco Mundial, representa a limitação do aumento projetado para o déficit da previdência e, por conseguinte, para o déficit fiscal.

Um aspecto importante é a aceleração do crescimento da produtividade e do desenvolvimento da infraestrutura do País. De acordo com dados do Banco Mundial, a renda média do brasileiro aumentou apenas 0,7% ao ano desde meados da década de 1990, o que corresponde a um décimo da taxa na China e apenas à metade dos países que compõem a OCDE. Além disso,

¹⁵ Disponível em: << <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/210950ovPT.pdf?sequence=15&isAllowed=y>>>, Acesso em 15 nov.2018.

o Brasil possui um dos menores níveis de investimento em infraestrutura quando comparado aos seus pares, qual seja, apenas 2,1% do PIB.

Esses e outros diagnósticos foram apontados como os principais desafios para o desenvolvimento econômico e social do Brasil num relatório denominado “Notas de Política Pública”, produzido em julho de 2018 e tendo como público-alvo a sociedade brasileira como um todo e, em especial, os candidatos às eleições daquele ano.

Por outro lado, como visível avanço na seara da governança, foi publicado o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança pública na administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Por meio desse Decreto, instituiu-se o Comitê Interministerial de Governança – CIG e a obrigação de cada órgão e entidade pública federal de criar comitê interno ou unidade responsável, com o objetivo de garantir que as boas práticas de governança se desenvolvam e sejam apropriadas pela instituição de forma contínua e progressiva.

Além disso, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei nº 9.163, de 23 de novembro de 2017, que é mais amplo do que o referido Decreto, uma vez que tem por finalidade dispor sobre a política de governança da administração pública federal, porém com destaque à definição dos instrumentos que devem compor o planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, incluindo a Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

Iniciativas como estas vão ao encontro das boas práticas propostas pelo Banco Mundial através dos seus indicadores de desempenho e se coadunam com o intuito de aprimorar a governança no Brasil, reforçando os seus compromissos internos e externos de promover o seu desenvolvimento social e econômico.

Considerações finais

O intuito último da sociedade internacional é fortalecer os mecanismos e as instituições internacionais capazes de conciliar as divergências entre os Estados, indo, assim, ao encontro da almejada paz mundial.

O relatório do Banco Mundial brevemente analisado neste artigo sugere que o aprimoramento das práticas de governança, nos níveis locais, regionais e globais, é fundamental para o desenvolvimento social e econômico das

sociedades e, por consequência, é também imprescindível para o atingimento dos objetivos da sociedade internacional

Os seus indicadores de desempenho, portanto, vêm facilitar esta tarefa.

Todavia, tendo em vista que tais parâmetros não constituem propriamente uma decisão (em sua acepção mais ampla) do Banco Mundial, consoante demonstrado acima, o conteúdo do referido relatório não tem o *enforcement* necessário a garantir a sua observância pelos países associados, mesmo na categoria de *soft law*.

Não obstante isto, dada a relevância do Banco Mundial no âmbito da concessão de assistência financeira aos países em desenvolvimento e por se tratar de órgão de financiamento, obter uma boa posição no ranking de governança confere vantagens aos países interessados em obter ajuda financeira junto ao Banco Mundial. Desse modo, não obstante a ausência de normatividade em sentido estrito, é possível se falar em certo grau de vinculação do WGI, ao menos em relação aos Estados que buscam valer-se desta fonte de financiamento.

Outrossim, dado o caráter universalizante da ONU, os atos emanados das suas agências especializadas, ainda que informativos, acabam por ser dotados de maior grau de constrangimento, especialmente no que toca aos aspectos relacionados à governança mundial.

Referências

- Acuerdos de Derecho de Giro (Stand-By) del FMI.** 8 mar. 2018. Disponível em: <<<https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/20/33/Stand-By-Arrangement>>>. Acesso em 16 nov. 2018.
- GAFI (FATF). Disponível em: <<<http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/gafi.html>>>. Acesso em 19 nov. 2018.
- Governança e a Lei: visão geral. Disponível em: <<https://siteresources.worldbank.org/EXTWBIGOVANTCOR/Resources/Brochure_por.pdf>>. Acesso em 19 nov, 2018.
- GOVERNANCE MATTERS 2008:** Indicadores de Governança 1996-2007. Disponível em: <<https://siteresources.worldbank.org/EXTWBIGOVANTCOR/Resources/Brochure_por.pdf>>. Acesso em 19 nov, 2018.
- História da OIT.** Disponível em: <<<https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>>>. Acesso em 16 nov. 2018.

- Institute.** Disponível em: << <https://www.irpa.eu/en/istituto/>>>. Acesso em 17 nov. 2018.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. **A emergência de um Direito Administrativo Global.** In: Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil. Michelle Ratton Sanchez Badin (org.). São Paulo: FGV Direito SP, 2016. 214 p. Disponível em: << <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaios-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>>>. Acesso em 18 nov. 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas de Direito Internacional:** um estudo sobre a Soft Law. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- Notas de Política Pública.** Disponível em: <<<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brazil-policy-notes>>>. Acesso em 30 agosto 2019.
- ONUBR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL.** Disponível em: <<<https://nacoesunidas.org/conheca/>>>. Acesso em 03 nov. 2018.
- ONUBR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL.** Disponível em: <<<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>>. Acesso em 03 nov. 2018.
- ONU debate seu papel na governança global. Matéria publicada em 26/09/18. Disponível em: << <https://nacoesunidas.org/onu-debate-seu-papel-na-governanca-global/>>>. Acesso em 19 nov. 2018.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado:** incluindo noções de Direitos Humanos e de Direitos Comunitários. 7^a ed. Salvador: *Juspodivum*, 2015.
- ROQUE, Miguel Prata. **A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo.** Lisboa: AAFDL, 2014.
- SANTOS, R. M. P. dos, SILVA, A. R. da. **As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global.** Revista de Direito Internacional. Brasília, vol. 3., nº 13, 2016. p. 355-373.
- SÃO FRANCISCO. **Carta Das Nações Unidas,** elaborada em 26 de junho de 1945 e vigente desde 24 de outubro deste mesmo ano. Disponível em: << <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>>. Acesso em 17 nov. 2018.
- SÃO FRANCISCO. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça,** elaborada em 26 de junho de 1945 e vigente desde 24 de outubro deste mesmo ano. Disponível em: << <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>>. Acesso em 17 nov. 2018.

SILVA, Nerylson Lima da. **Relação Brasil – Banco Mundial: O papel do Banco Mundial, no auxílio ao financiamento do Governo Brasileiro – Um olhar sob a Teoria da Agência**. 2011. 90 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2011. Disponível em: << http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB_e2d3940c4878a14f9a10d1850030e8f4 >>. Acesso em 12 set. 2019.

SUXBERGER, A. H. G. **A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil**. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, nº 2, 2015. p. 649-665.

O papel da União Europeia na regulação global da proteção de dados pessoais: a nova lei brasileira e os níveis adequados de proteção

The role of the European Union in the global regulation of personal data protection: the new brazilian law and the adequate levels of protection

CARLOS TRIVELATTO FILHO¹

Resumo: A legislação europeia tem assumido papel de protagonismo na disciplina da proteção de dados pessoais. Tais normas estão influenciando a produção de normas similares pelo mundo, mas também produzem efeitos diretos sobre todos aqueles que de alguma forma se relacionam com a União Europeia, que, assim, está regulando a matéria em nível global. O presente estudo objetiva apontar a influência da legislação europeia sobre a nova lei brasileira de proteção de dados pessoais² e demonstrar que apesar da elevada convergência o sistema normativo brasileiro ainda não é capaz de assegurar nível adequado de proteção. Para tanto, partiu-se do estudo do fenômeno da regulação global e dos mecanismos adotados na legislação europeia. Em sequência foram analisadas as normas brasileiras. Por fim, utilizou-se o referencial de adequação estabelecido no WP 254 para demonstrar que a nova lei brasileira é insuficiente para assegurar a obtenção de uma decisão de adequação pela Comissão Europeia.

Palavras-chave: *Proteção de dados pessoais. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Padrões europeus. Regulação global. Lei brasileira de proteção de dados pessoais.*

¹ Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em direito processual.

² O presente trabalho foi escrito antes da publicação da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, posteriormente convertida da Lei nº 13.844/2019, que ao estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais como órgão integrante da Presidência da República.

Abstract: European legislation has assumed a leading role in the discipline of the protection of personal data. Such norms have been influencing the production of similar standards throughout the world, but they also have direct effects on all those who are in some way related to the European Union, which has been regulating the matter at a global level. This study aims to show the influence of European legislation on the new Brazilian law on the protection of personal data and to demonstrate that despite high convergence, the Brazilian regulatory system is not yet capable to ensure an adequate level of protection. To do so, it started from the study of the phenomenon of global regulation and of the mechanisms adopted in European legislation. In sequence, the Brazilian legislation were analyzed. Finally, the adequacy reference established in WP 254 was used to demonstrate that the new Brazilian law is insufficient to ensure that a decision of adequacy is obtained by the European Commission.

Keywords: *Protection of personal data. General Data Protection Regulation. European standards. Global regulation. Brazilian law on data protection.*

Data de submissão: 20 de novembro de 2018.

Introdução

O mundo jurídico encontra-se diante de um dilema de grandes proporções em relação ao tratamento de dados pessoais. De um lado, os desdobramentos da sociedade da informação (que está se transformando em sociedade digital sob os influxos da revolução provocada pelo surgimento e desenvolvimento das Tecnologias da Informação e das Comunicações), a queda de fronteiras físicas e virtuais, o aumento das trocas comerciais e dos fluxos de pessoas e capitais, o surgimento de uma economia fortemente calcada na obtenção e troca de informações, *o e-commerce*, o direito à informação e os imperativos da transparência, a liberdade de expressão, a necessidade de cooperação e o tratamento de dados por questões de segurança (tanto interna como internacional), exigem a formação de gigantes bancos de dados e o compartilhamento destes dados em diferentes níveis e formatos. De outro, a promoção da dignidade humana, a proteção dos direitos da personalidade, da honra, da imagem, da privacidade e da intimidade, a proteção da propriedade intelectual, da segurança jurídica,

da liberdade pessoal e política, e do direito à autodeterminação pessoal informativa, exigem o controle sobre a obtenção e o tratamento de dados pessoais, criando paradoxos de complexo equacionamento.

Neste contexto, a legislação europeia (particularmente da União Europeia) se apresenta como a mais desenvolvida e aprofundada na tentativa de solucionar tal conflito: garantir o livre fluxo de dados sem restrições excessivas e ao mesmo tempo proteger direitos fundamentais. O papel de vanguarda e o modelo regulatório adotado pela Europa impactam diretamente a formação da legislação sobre o tema em vários países pelo mundo e até mesmo de instrumentos jurídicos internacionais, estabelecendo aquilo que vem sendo chamado de “padrões europeus” de proteção de dados. É neste sentido amplo, de modelo e ao mesmo tempo de estímulo à *compliance/* adequação, que a expressão regulação, num contexto de globalização, será utilizada no presente trabalho.

Sob os auspícios da evolução da legislação europeia, notadamente do novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, o Brasil acaba de aprovar sua primeira lei específica sobre o assunto. Além de promover direitos assegurados desde a Constituição Federal de 1988, assegurar níveis adequados de proteção pode propiciar o livre fluxo (sem quaisquer garantias adicionais) de dados entre o Brasil e a União, situação desejada tanto pelo Poder Público (diante da facilitação do compartilhamento de dados necessários a realização de finalidades públicas, principalmente ligadas à segurança) quanto pelo Setor Privado (sobretudo pela abertura de mercados e pelo ganho de competitividade que a redução de custos pode representar para as empresas nacionais).

Assim, torna-se relevante investigar a presença dos elementos europeus na legislação brasileira e se tal influência garantiu um nível adequado de proteção. Para tanto, será realizada uma breve análise do fenômeno da regulação global e as formas direta e indireta que a legislação europeia acaba exercendo esse papel regulatório na proteção de dados pessoais. Após, será analisada a evolução da legislação brasileira para identificar os princípios e mecanismos adotados e a convergência com o modelo europeu. Por fim, se demonstrará se a nova legislação qualificaria o Brasil para obtenção de uma decisão de adequação da Comissão Europeia. Por uma questão de método, a análise se restringirá apenas ao aspecto normativo da adequação, que, como se verá, é muito mais abrangente.

1. Regulação global e o direito da União Européia

O multifacetado e complexo processo de globalização, assim entendido como um processo de integração social, econômica e cultural, produziu alterações profundas também nos sistemas jurídicos. Novas questões surgiram ou se ampliaram da intensificação das relações econômicas e sociais, e problemas que por sua própria natureza são transnacionais ou globais, como a questão ambiental, o comércio internacional e o uso dos oceanos, puderam ser melhor discutidos. Impacta profundamente este cenário a explosão do desenvolvimento das Tecnologias da Informação e das Comunicações (TICs), notadamente no campo do comércio eletrônico³, e o surgimento das gigantes da tecnologia, que possuem como grande ativo e principal insumo os dados coletados dos usuários de seus sistemas.

Para fazer frente a tais desafios surgem ou se desenvolvem as organizações intergovernamentais, os padrões globais estabelecidos por organizações internacionais e regionais (direcionados aos governos ou à sociedade civil, emitindo diretrizes que garantem o *compliance*) e as cortes globais.⁴

No plano jurídico, assiste-se à:

[...] fragmentação do direito em virtude da criação de sistemas autônomos, com a igualdade de competências e, ao mesmo tempo, a criação de redes de cooperação e instituições privadas, dando origem ao direito administrativo global, permitindo uma maior interação entre os diferentes sistemas e a padronização de procedimentos e instrumentos para a realização de objetivos comuns, decorrentes da integração de atores domésticos e internacionais.⁵

³ Invocando Globerman, Roehl e Standif, Souza consigna que “[...] o comércio eletrônico anuncia o fim da limitação geográfica e das fronteiras entre as pessoas e organizações, de modo a permitir que um grande número de potenciais negociantes conduza a uma maior integração entre mercados, os quais, em princípio, demandariam maior custo em razão da distância física”. SOUZA, Luciano Comper de. *O Comércio eletrônico global: desenvolvimento e regulação internacional*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/2661684-O-comercio-eletronico-global-desenvolvimento-e-regulacao-internacional.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁴ CAROTTI, Bruno; CASINI, Lorenzo; CASSESE, Sabino; CAVALIERI, Eleonora; MACDONALD, Euan. *Global Administrative Law: The casebook*. Third Edition, 2012, p. 22. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2140384>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁵ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*. Brasília,

Sem se aprofundar sobre as questões teóricas e conceituais, o presente trabalho adota noção ampla de regulação, no sentido de “padrões de articulação e cooperação entre os atores e os arranjos institucionais que coordenam os sistemas sociais”.⁶ Neste diapasão, a regulação se configura como um processo multilateral de diálogo e negociações que “ocorre ao longo de etapas que incluem definição de agenda, negociações, implementação, monitoramento e fiscalização”.⁷

Embora os mecanismos reguladores não se esgotem na *Global Administrative Law*, esta é um importante instrumento da governança global, “uma vez que o ordenamento jurídico nacional é incapaz de solucionar as questões transfronteiriças que surgiram após o processo de internacionalização do Direito e a multiplicação de atores e temas a serem tratados”⁸, abrangendo os “princípios e regras jurídicas que tem por escopo a regulação da organização administrativa pública transnacional e da atividade administrativa dos órgãos que a compõem, bem como as pessoas públicas ou privadas que são afetadas pelas atividades transnacionais”.⁹

Para Freitas, existem três tipos de estruturas de regimes regulatórios globais: regimes baseados em tratados internacionais que diretamente regulam atores não-estatais, os regimes baseados em tratados internacionais que regulam através do Estado membro e os regimes complexos.¹⁰ Para Kingsbury, Krisch e Stewart, são cinco os tipos principais de administração global, que na prática podem se sobrepor ou se combinar: administração

v. 13, n. 3, 2016, p. 356. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4032/pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁶ REIS, Isaura. Governança e regulação da educação. Perspectivas e conceitos. *Educação, Sociedade & Culturas*, n. 39, 2013, p. 104. Disponível em: <<https://www.fpce.up.pt/ciie/sites/default/files/07.IsauraReis.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018.

⁷ BARDO, Gustavo Augusto. *Sistemas de regulação global: o terceiro setor no estado de bem-estar*. 2014. Disponível em: <<https://gustavoaugustobardo.wordpress.com/2014/07/31/sistemas-de-regulacao-global-o-terceiro-setor-no-estado-de-bem-estar/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁸ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias..., cit., p. 359.

⁹ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias..., cit., p. 361.

¹⁰ FREITAS, Tiago Fidalgo. *Governança global e regulação: a nova ordem global*. Aula ministrada em 19 maio 2018 no Curso sobre Governança e Regulação Global, realizado na Universidade Nova de Lisboa, 17 a 25 maio de 2018. Material de apoio.

por organizações internacionais formais; administração baseada na ação coletiva de redes transnacionais de arranjos cooperativos entre autoridades reguladoras nacionais; administração distribuída realizada por reguladores nacionais sob tratados, redes ou outros regimes cooperativos; administração por arranjos híbridos intergovernamentais-privados; e administração por instituições privadas com funções reguladoras.¹¹

Tais regimes administrativos levam à regulação global através da construção de valores e princípios globais¹², que extraem sua força normativa e validade das suas qualidades intrínsecas, não da autoridade do órgão que as emana ou do instrumento jurídico que as veicula.

No espaço europeu o processo de inter-relacionamento das ordens jurídicas (calcado no Princípio do Primado da União Europeia) e das instituições se desenvolveu de forma bastante profunda por conta da estruturação do bloco econômico e do direito comunitário, o que talvez explique, juntamente com os níveis de desenvolvimento humano, cultural, econômico e social alcançados, o avançado estágio do Direito Europeu na definição de regras globais.

Neste contexto:

Há uma interação com base nas diretivas que podem ser tratadas como um padrão normativo do Direito Administrativo Global, em virtude do seu caráter harmonizador, aproximando direito comunitário e direito nacional. Além disso, o Parlamento e o Conselho da União Europeia exercem um papel de órgão regulatório em virtude da integração do espaço administrativo que realizam por meio das decisões que tomam a fim de implementar o direito europeu nas administrações nacionais por meio das diretivas.¹³

¹¹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Org.). *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*. São Paulo, 2016, p. 17. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17512>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹² SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias..., cit., p. 362.

¹³ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias..., cit., p. 364.

Assim, é possível dizer que o Direito da União Europeia constitui relevante fonte do Direito Administrativo Global, e o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia atuam como órgãos regulatórios transnacionais, “compondo os mecanismos de *accountability* administrativa interna”.¹⁴

A proteção de dados é uma daquelas questões que tipicamente não cabem nos limites das fronteiras de um único país ou região, sobretudo na era da economia digital, pois as leis internas sobre o tema perdem grande parte de sua eficácia com a transferência dos dados para um país sem o mesmo nível de proteção, tornando indispensável a existência de mecanismos eficazes de proteção dos direitos nos fluxos transfronteiriços de dados pessoais.¹⁵ Tais preocupações estão expressamente refletidas no considerando 116 do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que também revela um escopo regulatório internacional:

Sempre que dados pessoais atravessarem fronteiras fora do território da União, aumenta o risco de que as pessoas singulares não possam exercer os seus direitos à proteção de dados, nomeadamente para se protegerem da utilização ilegal ou da divulgação dessas informações. Paralelamente, as autoridades de controlo podem ser incapazes de dar seguimento a reclamações ou conduzir investigações relacionadas com atividades exercidas fora das suas fronteiras. Os seus esforços para colaborar no contexto transfronteiras podem ser também restringidos por poderes preventivos ou medidas de reparação insuficientes, regimes jurídicos incoerentes e obstáculos práticos, tais como a limitação de recursos. Por conseguinte, revela-se necessário promover uma cooperação mais estreita entre as autoridades de controlo da proteção de dados, a fim de que possam efetuar o intercâmbio de informações e realizar investigações com as suas homólogas internacionais. Para efeitos de criação de regras de cooperação internacional que facilitem e proporcionem assistência mútua internacional para a aplicação da legislação de proteção de dados pessoais, a Comissão e

¹⁴ SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias..., cit., p. 366.

¹⁵ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues; OLIVEIRA, José Sebastião De. *A transferência de dados pessoais para países terceiros acompanhada de uma decisão de adequação no direito da União Europeia*, p. 3. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b8f9c769baebee0>>. Acesso em 03 nov. 2018.

as autoridades de controlo deverão trocar informações e colaborar com as autoridades competentes de países terceiros em atividades relacionadas com o exercício dos seus poderes, com base na reciprocidade e em conformidade com o presente regulamento.¹⁶

Portanto, a proteção dos dados pessoais é uma questão universal¹⁷, quer por se tratar da realização de um direito fundamental, quer pela própria natureza e características do direito, sobretudo diante dos novos desafios impostos pelas novas tecnologias.

A legislação europeia sobre o tema tem se desenvolvido há mais de 50 anos. Particularmente a legislação da União Europeia, lastreada na importância econômica e política do bloco, tem influenciado a legislação de outros países e impactado as relações sociais e econômicas, regulando a proteção dos dados pessoais. Esse efeito regulatório se dá tanto de forma indireta, através, por exemplo, da construção dos padrões considerados desejáveis e da construção de redes internacionais de cooperação e assistência mútua (que não serão abordadas neste trabalho), como diretamente pelo impacto de suas regras sobre as atividades econômicas de terceiros, como é o caso da adoção do princípio da extraterritorialidade e dos mecanismos para transferência transfronteiriça de dados.

1.1. A Legislação Europeia sobre proteção de dados e a formação de standards globais. Mecanismos com repercussão indireta

Aponta-se o artigo 12.^º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) das Nações Unidas, de 1948, relativo ao respeito pela vida privada e familiar, que assegurava o direito à proteção contra intromissões de terceiros, especialmente do Estado, na vida privada, como a primeira oportunidade em que um instrumento jurídico internacional abordou o tema, influenciando a formulação de outros instrumentos sobre direitos

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

¹⁷ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues; OLIVEIRA, José Sebastião De. A transferência..., cit., p. 7.

humanos na Europa.¹⁸ O artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 4 de novembro de 1950, consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar.¹⁹

A Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, foi o primeiro e continua sendo o único instrumento internacional juridicamente vinculativo e decorre do surgimento da tecnologia da informação na década de 60. Tem por objetivo garantir o respeito aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, especialmente o direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal e é fortemente inspirada nas *Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).

Disciplina tanto os tratamentos de dados pessoais realizados pelo setor privado como pelo setor público (inclusive os realizados pelas autoridades policiais e judiciárias) e regula o fluxo transfronteiriço. Adota os princípios da lealdade, licitude, finalidade, limitação temporal do armazenamento e qualidade dos dados (adequação, pertinência e proporcionalidade). Proíbe o tratamento de dados sensíveis na ausência de garantias jurídicas adequadas e assegura os direitos à informação e retificação, admitindo restrições aos direitos estabelecidos apenas quando estiverem em causa interesses superiores, como a proteção da segurança do Estado. Embora o princípio geral adotado seja o do livre fluxo de dados pessoais entre os Estados signatários, impõe algumas restrições caso o Estado destinatário não proporcione proteção equivalente. Em 2001 houve adoção de um protocolo adicional disciplinando os fluxos transfronteiriços para Estados não signatários, sobre a criação obrigatória de autoridades nacionais de controle de proteção de dados²⁰ e direito de acesso aos tribunais, aproximando os

¹⁸ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. *Manual da legislação europeia sobre proteção de dados*. Bruxelas, 2014, p. 14. Disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/conselho-da-europa9750/downloadFile/attachedFile_f0/Handbook_data_protection_POR.PDF?nocache=1534237952.71>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2018*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf>. Acesso em: 31 out 2018.

²⁰ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. *Manual da...*, cit., p. 17.

padrões da convenção aos padrões da Diretiva 95/46/CE, o que demonstra que a legislação da União Europeia também tem influenciado outros instrumentos internacionais.²¹

Em 10/10/2018 um novo protocolo de modernização foi adotado, cujas principais inovações são a adoção de requisitos mais rigorosos em relação aos princípios da proporcionalidade e minimização de dados; ampliação do conceito de dados sensíveis (para incluir dados genéticos e biométricos, filiação sindical e origem étnica); obrigação de notificar violações de dados; maior transparência no processamento de dados; novos direitos em um contexto de tomada de decisão algorítmica; ampliação da responsabilidade dos controladores de dados; adoção do princípio da “privacidade desde a concepção”; aplicação dos princípios de proteção de dados a todas as atividades de processamento, inclusive por razões de segurança nacional, com possíveis exceções e restrições e com revisão e supervisão independentes e efetivas; fixação do regime de fluxos de dados transfronteiriços; reforço dos poderes e independência das autoridades de proteção de dados; e reforço da base jurídica para a cooperação internacional²².

O novo protocolo, que adota os elementos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, é mais uma evidencia de que a legislação da União Europeia serve de guia e referência na regulação internacional da matéria, pois a Convenção 108 permite a adesão de Estados não pertencentes ao Conselho da Europa, incluindo Estados não europeus, o que lhe confere potencial para se tornar uma convenção global sobre o tema. O Uruguai foi o primeiro Estado não europeu a aderir à Convenção, em 2013. Atualmente, 53 países aderiram à convenção, 9 não membros do Conselho da Europa, incluindo a Argentina e México (além do Uruguai) na América Latina²³.

²¹ GREENLEAF, Graham. *The influence of European data privacy standards outside Europe: Implications for globalisation of Convention 108?* International Data Privacy Law, v. 2, Issue 2, 2012, p. 19. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1960299>. Acesso em: 05 nov. 2018.

²² CONSELHO DA EUROPA. *Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²³ CONSELHO DA EUROPA. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 108*. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais da Organização da OCDE (as “Diretrizes sobre a Privacidade”)²⁴ foram originariamente adotadas em 1980 e revisadas em 2013. Até hoje influenciam os regramentos jurídicos nacionais e representam um consenso internacional sobre o assunto, contendo definições de conceitos fundamentais (controlador de dados, dado pessoal, fluxos transfronteiriços de dados pessoais) e se aplicando a dados que representam, seja no setor público ou privado, uma ameaça para a privacidade e a liberdade individual.

Adota como princípios básicos de aplicação nacional os princípios de limitação da coleta, de qualidade dos dados, de finalidade, de limitação de utilização, de cópia de segurança, de abertura, de participação do indivíduo e de responsabilização. Quanto aos princípios de aplicação internacional, estabelece o livre fluxo como regra geral (com recomendação para que se evitem regras e práticas protetivas excessivas), delimitado pelas restrições legítimas. Devem ser tomadas todas as disposições razoáveis e adequadas para garantir a continuidade e segurança dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais, admitidas restrições na ausência de proteção equivalente. Além de adotar legislação doméstica apropriada, os países membros devem estabelecer mecanismos de *enforcement*, como procedimentos e instituições legais e administrativas para a proteção da privacidade e da liberdade individual, encorajar e apoiar a auto-regulamentação, fornecer aos indivíduos meios razoáveis para exercício de seus direitos, sanções e soluções apropriadas em caso de inobservância dos princípios adotados e garantir que não haja injusta discriminação contra os sujeitos dos dados. Por fim, as diretrizes estimulam a cooperação internacional através da troca de informações, da simplificação e compatibilização dos procedimentos relativos aos fluxos transfronteiriços de dados e à proteção da privacidade e da liberdade individual e do desenvolvimento dos princípios (domésticos e internacionais) que regem a lei aplicável em caso de fluxos transfronteiriços.²⁵

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000, nos artigos 7º e 8º, nº 1, conferiu o respeito à vida privada e à proteção de dados

²⁴ OCDE. *The OECD privacy framework*. 2013. Disponível em: < http://www.oecd.org/interinternet/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁵ OCDE. *Síntese Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais*. 2002. Disponível em: < <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

personais a condição de direitos fundamentais, estabelecendo que os dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Estabeleceu, ainda, o direito de acesso e de retificação dos dados, bem como a necessidade de fiscalização e cumprimento das regras por parte de uma autoridade independente. Desde dezembro de 2009, com a vigência do Tratado de Lisboa, a Carta passou a ter o mesmo valor jurídico dos tratados, de modo que a proteção de dados passou a ter status de direito fundamental autônomo.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) desde 2007 consagra a proteção de dados de caráter pessoal que lhes digam respeito (artigo 16^o), conferindo ao Parlamento Europeu e ao Conselho a competência para disciplinar a matéria, o que permitiu a possibilidade de a matéria ser tratada através de regulamento.

Com base na previsão contida no artigo 11 da Convenção 108 (possibilidade dos membros adotarem instrumentos adicionais de proteção) surge a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre-circulação desses dados (Diretiva de Proteção de Dados)²⁶, que tinha por objetivo garantir a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros e ao mesmo tempo proteger as liberdades e direitos fundamentais das pessoas singulares.

Tamanha a importância da Diretiva na regulação da matéria que foi considerada por Bennett e Raab, citado por Kuner, de longe o mais influente instrumento de política internacional em matéria de proteção de dados.²⁷ O conjunto de direitos e mecanismos estabelecidos na diretiva, e que representam um aumento do nível de proteção em relação à versão original da Convenção 108, formam os chamados direitos de segunda geração ou padrões europeus de proteção de dados, melhor analisados adiante.

²⁶ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²⁷ KUNER, Christopher. *The Internet and the global reach of EU law*. Paper n. 24/2017, p. 17, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2890930>>. Acesso em: 05 out. 2018.

Entre as principais críticas ao instrumento está a de que o processo de transposição da Diretiva às ordens jurídicas internas dos 28 Estados que compõem o Espaço Econômico Europeu (EEE) levou à grande complexidade e fragmentação jurídica²⁸, inclusive nas transferências transfronteiriças²⁹, gerando insegurança. O fato é expressamente reconhecido pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, que nos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679 referem também o sentimento da opinião pública de que subsistiam riscos significativos para a proteção dos dados, sobretudo por via eletrônica, e que as diferenças no nível de proteção poderiam constituir um obstáculo ao exercício das atividades econômicas, distorcer a concorrência e impedir o cumprimento das obrigações legais pelas autoridades.³⁰

Em de 25 de maio de 2018 entrou em vigor o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre-circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46. O novo Regulamento, reflexo do desenvolvimento de mais de 20 anos de legislação e jurisprudência sobre o tema, busca aumentar o nível de proteção concebido pela Diretiva revogada diante dos novos desafios surgidos pelo aumento dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais decorrentes da integração econômica e social, bem como da globalização e da evolução tecnológica.³¹ Além disso, buscou-se diminuir a insegurança jurídica e a complexidade e fragmentação causadas pelo processo de incorporação da Diretiva aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.³² Importante lembrar que os regulamentos, ao contrário das diretivas, são de natureza geral e vinculativa, substituindo as leis nacionais (não necessitam de transposição).

²⁸ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências transatlânticas de dados pessoais: o nível de proteção adequado depois de Schrems. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 5, n. 9, 2017, p. 206. Disponível em <<https://doi.org/10.21527/2317-5389.2017.9.201-236>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁹ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências..., cit., p. 225.

³⁰ Cf. considerando n. 9.

³¹ Cf. considerandos 5 e 6.

³² ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências..., cit., p. 225.

Além da uniformização das regras e da busca pela igualdade de condições para todas as empresas que operam no mercado da União, entre as inovações há normas aplicáveis ao *profiling* e aos algoritmos autônomos (como os dos motores de busca); proteção de dados desde o nascimento e por defeito; reforço dos direitos individuais (novos requisitos de transparência, ampliação dos direitos de informação, acesso e esquecimento, ação afirmativa para manifestação do consentimento, proteção dos direitos das crianças); direito de portabilidade; aumento da proteção contra violação de dados (com ampliação da obrigação de notificação); harmonização dos poderes das autoridades com ampliação da competência para aplicação das multas; novos mecanismos de cooperação entre as autoridades; princípio da responsabilidade (*accountability*) e a criação da figura do encarregado de proteção de dados (*data protection officer*); avaliação de risco (especialmente quando uma empresa avalia de forma sistemática e completa aspetos pessoais, incluindo definição de perfis, quando trata dados sensíveis em larga escala ou quando controla sistematicamente zonas acessíveis ao público em grande escala); novos instrumentos para as transferências transnacionais (instrumentos de transferência alternativos, como cláusula contratuais normalizadas e regras vinculativas aplicáveis às empresas); e detalhamento dos elementos necessários para avaliar a adequação de um sistema estrangeiro.³³

Completando o quadro das principais normas da União Europeia sobre o tema, a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016³⁴, trata da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de crimes ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, entrando em vigor em maio de 2018. A diretiva busca conciliar o direito fundamental à proteção de dados com a necessidade de compartilhamento de dados e cooperação

³³ COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018/FMT*. Bruxelas, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52018DC0043&qid=1517578296944&from=EN>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁴ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

judiciária em matéria penal. Por fim, vale mencionar duas normas que estão em processo de reforma, pois objeto de propostas de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho: a Diretiva 2002/58/CE, que trata da privacidade nas comunicações eletrônicas e o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE, que cuidam do tratamento dos dados pessoais pelas instituições, órgãos, organismos e agências da União e à livre circulação desses dados.³⁵

Para identificar a influência do modelo europeu, em oposição ao modelo que chama de “global”, Greenleaf segrega os elementos compartilhados entre a Diretiva 95/46/CE (e usualmente na Convenção 108, versão original) e o Guia da OCDE e os elementos que são encontrados apenas na Diretiva e na Convenção 108 após a modificação do protocolo adicional de 2001. Assim, os padrões de primeira geração são aqueles do Guia da OCDE e da Convenção 108 original (modelo global), e os padrões europeus ou de segunda geração correspondem ao acréscimo introduzido pela Diretiva.³⁶

Constata o autor que em 2017, dentre os 53 maiores PIBs apenas oito países não tinham leis de proteção à privacidade de primeira geração (ou padrões globais), sendo os três primeiros, em ordem do PIB, EUA, China e Brasil. Dentre os 20 maiores PIBs mundiais, as legislações incluem em média 6 dos elementos dos padrões europeus.³⁷ Em junho de 2018, 126 países (75 deles não europeus) já tinham leis sobre proteção de dados contendo pelo menos os dez elementos principais dos tratados internacionais celebrados no começo da década de 80 (elementos globais), revelando um elevado nível de convergência dos padrões adotados. Pelo menos outros 34 possuíam projetos de lei em trâmite. Muitos países reformaram ou estão reformando suas leis originárias para aumentar o nível de proteção, impactados pelo que chama de “*gold standard of data protection*” estabelecido pelo RGPD. Na legislação dos 75 países não europeus, pelo menos 7 dos 10 elementos europeus (decorrentes da Diretiva de 95) estão presentes. Muitos dos novos princípios introduzidos pelo RGPD já estão presentes em algumas

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações da..., cit.

³⁶ GREENLEAF, Graham. “European” data privacy standards implemented in laws outside Europe. 149 Privacy Laws & Business International Report 21-23, 2017, p. 1. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3096314>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁷ GREENLEAF, GRAHAM. “European” data..., cit., p. 2.

legislações fora da Europa, como as leis da Malásia (portabilidade), Korea (multas administrativas de 4%), Indonésia (direito ao esquecimento)³⁸ e Brasil, como se verá adiante.

Assim, a cada dia mais países adotam os padrões europeus e se afastam do modelo regulatório norte americano, que tem padrões fundamentalmente inferiores, concluindo o autor que *“There is nothing occurring in the rest of the world which represents a coherent alternative to the spread of European-influenced data privacy standards, or even coherent resistance (except in the USA) to the adoption of such standards”*.³⁹

Além desta influência da legislação europeia nas leis nacionais que adotam os mesmos padrões e da aplicação extraterritorial do Regulamento, Greenleaf observa a convergência voluntária por empresas fora da Europa, como a Microsoft, que mesmo sem obrigação legal estão adotando o *“GDPR compliance”* em todas suas operações negociais.⁴⁰

O fenômeno aqui tratado é uma manifestação do *soft power* europeu.⁴¹ Esse poder normativo exercido pela Europa, segundo Laidi, citado por Greenleaf, *“[...] seeks the integration of a world order based on the legitimacy of rules, the predictability, and especially the enforceability of accepted principles”*.⁴² E conclui Greenleaf:

The most likely alternative is the global order imposed by the economic dominance of Google, Facebook and other US-based companies, the imperatives of the US economy, and a legal framework which imposes few restraints upon them because of the lack of consistent implementation of most key principles of data privacy protection.⁴³

³⁸ GREENLEAF, Graham. *Global convergence of data privacy standards and laws: speaking notes for the European Commission events on the launch of the General Data Protection Regulation (GDPR) in Brussels & New Delhi, 25 May 2018*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3184548>. Acesso em: 07 nov. 2018.

³⁹ GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 3.

⁴⁰ GREENLEAF, Graham. *Global convergence...*, cit.

⁴¹ GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 34.

⁴² GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 34.

⁴³ GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 34.

1.2. Mecanismos com repercussão direta

Como visto, leis sobre proteção de dados ao redor do mundo todo estão incorporando elementos originariamente estabelecidos na legislação europeia, demonstrando sua influência indireta ao estabelecer as melhores práticas sobre proteção de dados. Mas a regulação exercida pela União Europeia se dá também através de mecanismos que impactam diretamente a atividade econômica e jurídica de países e instituições de fora da União, muitas vezes contrariando as noções mais convencionais do Direito Internacional.

O primeiro destes mecanismos diz respeito à eficácia extraterritorial da norma ou alargamento da jurisdição, adotado no artigo 4º, do RGPD, que se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. Aplica-se, ainda, ao tratamento de dados pessoais de titulares que se encontrem no território da União, independentemente do local de residência, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido no seu território, quando o tratamento esteja relacionado com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União ou com o controle do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.⁴⁴ Por fim, aplica-se no lugar onde for aplicável o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

Em outras palavras, o Regulamento se aplica mesmo às entidades não estabelecidas e sem presença dentro do território da União, caso sejam oferecidos bens ou serviços a titulares localizados naquele território ou haja monitoramento do comportamento de titulares dentro de seu território, sendo irrelevantes a nacionalidade e o local de residência dos titulares dos

⁴⁴ Conforme esclarece o considerando 24, “[...] A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada «controlo do comportamento» de titulares de dados, deverá determinar-se se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes.”

dados⁴⁵, de modo que o novo regramento busca alcançar as novas realidades de uma economia baseada em dados.

A aplicação extraterritorial do regime europeu de proteção de dados e dos novos elementos introduzidos pelo Regulamento é algo ainda muito recente, que deve provocar intensas discussões na doutrina e na jurisprudência até sua efetiva utilização, havendo desde quem considera os novos critérios como revolucionários até quem questiona sua validade e legitimidade, passando pelos que anteveem dificuldades práticas na sua execução.⁴⁶

O segundo mecanismo é o rígido controle para as transferências internacionais de dados para um país terceiro ou uma organização internacional, que se aplicam tanto às transferências originárias quanto às subsequentes. Os fluxos transfronteiriços de dados pessoais, quer ocorram por razões econômicas, quer motivados por razões de segurança nacional, podem ser efetivados em diferentes bases legais, sempre tendo por base o princípio do nível de proteção adequado⁴⁷, positivado no art. 44^o, do Regulamento.

A matéria está agora disciplinada no Capítulo V do Regulamento, que prevê a transferência irrestrita com base numa decisão de adequação (que será melhor analisada adiante) ou de forma restrita, mediante apresentação de garantias adequadas (cláusulas contratuais específicas, adoção de instrumentos juridicamente vinculativos e com força executiva, regras vinculativas aplicáveis às empresas em conformidade com o artigo 47^o – *Binding Corporate Rules*⁴⁸, adoção de cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas pela Comissão, adoção de um código de conduta e procedimentos de certificação⁴⁹) ou com base nas derrogações específicas (como o consentimento explícito e informado do titular; a transferência necessária para a execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento ou de diligências prévias à formação do contrato

⁴⁵ Cf. considerandos 2 e 14 do Regulamento

⁴⁶ MONIZ, Graça Canto. Finalmente: coerência no âmbito de aplicação do regime da União Europeia de proteção de dados pessoais! O fim do enigma linguístico do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD. UNIO – *EU Law Journal*. v. 4, n. 2, Julho 2018, p. 120. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%204%20.%20Vol%201/Unio%204%20n.%202%20PT/Gra%C3%A7a%20Canto%20Moniz.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁴⁷ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências..., cit., p. 203.

⁴⁸ Cf. considerando 110.

⁴⁹ Cf. art. 42º, 2, do Regulamento.

decididas a pedido do titular dos dados; a transferência necessária para a celebração ou execução de um contrato, celebrado no interesse do titular; a transferência necessária por importantes razões de interesse público; necessária à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial; necessária para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de outras pessoas, se esse titular estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; a transferência realizada a partir de um registo público).

Por fim, fora das hipóteses acima, configurando uma novidade em relação ao regramento anterior, há a possibilidade de transferência internacional baseada nos legítimos interesses do responsável diante de condições específicas: não ser repetitiva, diga respeito a um número limitado de titulares de dados, não envolva a totalidade dos dados pessoais nem categorias completas de dados constantes do registo e não se sobreponha aos interesses, direitos e liberdades do titular dos dados. Ademais, o responsável pelo tratamento deve ponderar as circunstâncias e com base nessa avaliação apresentar garantias adequadas e informar a transferência de dados à autoridade de controle e ao titular.

A decisão de adequação, que não abrange o intercâmbio de dados disciplinado pela “Diretiva da Polícia” (artigo 36.º da Diretiva (UE) 2016/680), é agora adotada exclusivamente pela Comissão Europeia, modificando o Regulamento o sistema anterior, onde o nível de proteção adequado podia ser constatado tanto a nível dos Estados-Membros como da Comissão Europeia. A decisão é obrigatória para todos os Estados-Membros do EEE e deve ser periodicamente revisada. Em síntese, os critérios estabelecidos no artigo 45º para a avaliação da adequação são: o primado do Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, especialmente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados; as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional; a jurisprudência; as vias de recurso administrativo e judicial; a existência e o efetivo funcionamento de pelo menos uma autoridade de controle independente; os compromissos internacionais assumidos pelo país ou pela organização internacional ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente

vinculativos⁵⁰; a participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais.

Tais critérios buscam, essencialmente, garantir a conformidade com os valores fundamentais em que a União se assenta, notadamente a defesa dos direitos humanos. Assim, são buscadas garantias para assegurar um nível adequado de proteção essencialmente equivalente ao assegurado na União, o que significa conferir (através dos país terceiro) aos titulares dos dados direitos efetivos e oponíveis, vias efetivas de recurso administrativo e judicial e garantir o controle efetivo e independente da proteção dos dados. Busca-se, ainda, o estabelecimento de regras de cooperação com as autoridades de proteção de dados dos Estados-Membros.⁵¹

A obtenção de uma decisão de adequação, que permite a livre transferência de dados, sem qualquer garantia adicional, garante acesso privilegiado ao mercado europeu⁵², o que, além da abertura e ampliação (propiciada pelo aumento de confiança nos serviços prestados) do mercado em si, tende a representar vantagem competitiva para as empresas, sobretudo pequenas e médias, pelo aumento de agilidade das operações e pela eliminação de custos adicionais atrelados ao regime de transferências baseadas em instrumentos jurídicos e sujeitas a salvaguardas adequadas.

Foram poucas as decisões de adequação até hoje, com reconhecimento de proteção adequada apenas por Andorra, Argentina, Canadá (organizações comerciais), Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Ilha de Man, Jersey, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e Estados Unidos da América (limitado ao quadro do *Privacy Shield*)⁵³. Além destes países, estão em curso conversas com a Coreia do Sul e o procedimento de adoção da decisão de adequação relativa ao Japão foi lançado em 5 de setembro de 2018. Como observa Araújo:

O escasso número de decisões de adequação no plano europeu, assim como o fracasso da eficácia dos princípios de porto seguro na proteção dos dados, são aspectos que têm minado o claro potencial destas decisões, no entanto,

⁵⁰ Especialmente a adesão à Convenção 108 e ao seu Protocolo Adicional, nos termos do considerando 105.

⁵¹ Considerando 104.

⁵² ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. *As Transferências...*, cit., p. 213.

⁵³ COMISSÃO EUROPEIA. *Adequacy decisions*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_pt>. Acesso em: 04 nov. 2018.

quer as clarificações do acórdão Schrems, quer as novidades introduzidas pelo novo quadro jurídico europeu para as transferências internacionais de dados pessoais podem transformar-se em dois importantes aliados para um novo impulso na adoção das decisões de adequação.⁵⁴

A vinculação dos fluxos transfronteiriços ao mecanismo de adequação (princípio do nível de proteção adequado em sentido abrangente, não apenas a decisão de adequação) é um dos meios pelos quais os padrões europeus são disseminados.⁵⁵ Talvez seja mesmo o principal instrumento de regulação global sobre o tema. Isso porque num mundo onde a economia se baseia cada dia mais nas trocas comerciais, nos fluxos de pessoas e recursos financeiros, e, sobretudo, nas novas tecnologias (“*data-driven economy*”) como as práticas de *big data*, de inteligência artificial, da computação em nuvem e da busca de mercados digitais únicos, que pressupõem o fluxo contínuo e massivo de dados entre fronteiras e jurisdições diferentes⁵⁶, a questão da disciplina dos fluxos internacionais é essencial. Por outro lado, a investigação e aplicação da lei penal, quer enquanto valor universal, quer enquanto imperativo de resposta à sofisticação da criminalidade ou combate aos crimes que via de regra possuem, pelo menos em algum momento, feições transnacionais (como, por exemplo, o terrorismo, o tráfico de drogas, os crimes ambientais de grande extensão e as organizações criminosas), exige cada vez mais a uniformização de regras e o aperfeiçoamento dos mecanismo de troca de informações entre os Estados.

Ao impor seus próprios padrões a tais transferências (seja como condição para proteção dos direitos fundamentais, seja para estabelecer a igualdade da concorrência com as empresas europeias), exigindo a conformidade (*compliance*), a União Europeia regula a matéria em âmbito global.

Identificado o fenômeno regulatório global sobre a proteção de dados à partir da legislação europeia, por mecanismo diretos e indiretos, importa agora analisar a legislação brasileira e investigar se e como os padrões europeus influenciaram a nova lei brasileira.

⁵⁴ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências..., cit., p. 231.

⁵⁵ GREENLEAF, Graham. The influence..., cit., p. 14.

⁵⁶ FUSTER, G.; SCHERRER, A. *Big data and smart devices and their impact on privacy: study for the LIBE Committee*. Serviço de Publicações da União Europeia, Bruxelas, 2015, p. 31. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536455/IPOL_STU\(2015\)536455_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536455/IPOL_STU(2015)536455_EN.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

2. A disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil. Padrões europeus na nova lei geral

2.1. As normas brasileiras sobre proteção de dados

A proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto manifestação da proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de desenvolvimento da pessoa natural⁵⁷, e, portanto, não como um direito fundamental autônomo, está prevista no incisos X e XII, do artigo 5º, da Constituição Federal⁵⁸, que estabelece serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (com exceção para investigação criminal ou instrução processual penal, mediante ordem judicial). No inciso LXXII, a Constituição assegura ainda a garantia do *habeas data* para propiciar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A forma com que o legislador constitucional disciplinou a matéria permitiu que surgissem teses, inclusive com repercussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que apenas o sigilo das comunicações seria objeto da proteção, não os dados em si.⁵⁹ A questão é particularmente problemática quando se considera, como ressalta Araújo, que há diferenças entre os direitos à privacidade e à proteção de dados, e nem sempre há coincidência da amplitude de proteção de um direito

⁵⁷ VIEIRA, Fernando Borges. *Lei geral de proteção de dados – Lei 13.709/2018*. 2018. Disponível em: <<https://ecommercenews.com.br/artigos/dicas-artigos/lei-geral-de-protecao-de-dados-lei-13-709-2018/>>. Acesso em: 24 out. 2018./

⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁵⁹ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, 2011, p. 105. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protecao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental>. Acesso em: 16 nov. 2018.

e outro, podendo a proteção dos dados ser mais ou menos ampla que a proporcionada pela proteção da privacidade.⁶⁰

Em nível infraconstitucional, até o momento a matéria era tratada de forma pontual e esparsa.

A Lei 8.078/90⁶¹, Código de Defesa do Consumidor, representou importante inovação, e seu artigo 43 assegura ao consumidor o direito ao acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. Tais dados devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. Ainda, assiste ao consumidor o direito de ser comunicado por escrito quando da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele, bem como o direito à correção de inexatidão de seus dados, possuindo os bancos de dados relativos a consumidores e os serviços de proteção ao crédito caráter público atribuído pela lei. Como se nota, uma sistemática claramente influenciada pelos *Fair Information Principles*⁶², presentes, por exemplo, na Convenção 108 e no Guia da OCDE.

O Novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/02⁶³, no capítulo dedicado aos direitos da personalidade, estabelece que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Também na seara da legislação consumerista, a Lei 12.414/11⁶⁴, chamada Lei do Cadastro Positivo, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, estabelece que somente

⁶⁰ ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências..., cit., p. 208.

⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁶² DONEDA, Danilo. A proteção dos..., cit., p. 103.

⁶³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado, proibindo a anotação de informação excessiva e estabelecendo diversos direitos para o cadastrado, como limitação temporal dos registros, exigência de autorização para o compartilhamento de informações, direito ao cancelamento do cadastro, acesso gratuito às informações pelo cadastrado, correção e cancelamento das informações inexatas, informação sobre os critérios para análise de risco, informação prévia sobre o armazenamento e tratamento de dados pessoais e utilização de dados de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

Outro marco normativo bastante relevante é a Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/11⁶⁵, que regula o acesso à informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º⁶⁶, no inciso II, do § 3º, do artigo 37⁶⁷, e no § 2º, do artigo 216⁶⁸, da Constituição Federal. A norma define como informação pessoal aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável,

⁶⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁶⁶ XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁶⁷ § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

[...].

⁶⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]

estabelecendo que o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. O acesso às informações pessoais deve ser restrito, independentemente de classificação de sigilo, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem, salvo se a divulgação ou acesso por terceiros tiver previsão legal ou consentimento expresso, ressalvada a necessidade de utilização dos dados para tratamento médico, realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral (sob certas condições), ao cumprimento de ordem judicial, à defesa de direitos humanos e à proteção do interesse público e geral preponderante.

A norma contém, ainda, uma condicionante à proteção de dados ao estabelecer que a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

No campo penal, a Lei 12.737/12⁶⁹ alterou o Código Penal Brasileiro para tipificar o crime de invasão de dispositivo informático⁷⁰. A conduta de invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, tem a pena agravada se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

[...].

⁶⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁷⁰ A lei ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, em referência ao episódio envolvendo famosa atriz de televisão que teve seu e-mail invadido e fotos pessoais de cunho íntimo roubadas. Após tentativa frustrada de chantagem as fotos foram divulgadas na internet. O caso provocou grande comoção e o Congresso Nacional aprovou a lei em tempo recorde para os padrões brasileiros (cerca de um ano).

remoto não autorizado do dispositivo invadido; ou se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos; ou se for praticado contra determinadas autoridades da República. Também comete o crime quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a invasão de dispositivo.

A Lei 12.965/14⁷¹, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet), consigna que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamentos o respeito aos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais. Consagra como princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais, assegurando ao usuário a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas.

Assegura, ainda, o direito ao não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; o direito à informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades lícitas que justifiquem sua coleta e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; a necessidade do consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; e direito à exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na lei.

Outras normas cuidam de aspectos mais específicos do tratamento de dados, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei

⁷¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

9.394/96⁷², que cuida do acesso, pela União, a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais, para viabilizar o planejamento e implantação das políticas educacionais, e a Lei 10.861/04⁷³, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), que pressupõe, para sua viabilização, a coleta de dados das instituições de ensino.

A análise da legislação vigente até o advento da nova lei compreensiva demonstra que a despeito de sua consagração como direito fundamental na Constituição e embora vários elementos da moderna legislação europeia estivessem incorporados em diversos diplomas legais (por exemplo, consentimento livre e informado, retificação e exclusão de dados, transparência, restrições ao compartilhamento de dados com terceiros e definição de informação pessoal), a proteção de dados carecia de uma norma mais abrangente, específica (sobretudo diante dos novos desafios impostos pelas tecnologias), detalhada e dotada de mecanismos específicos de *enforcement*, cujo escopo fosse a proteção do direito em si mesmo, e não enquanto desdobramento de outros valores tutelados, como as relações de consumo e a disciplina do uso da internet.

2.2. A Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18⁷⁴, foi sancionada em 14 de agosto de 2018, e possui um período de *vacatio* de 18 meses.

Os registros das discussões sobre o projeto de lei aprovado revelam que o parlamento foi sensibilizado pelos recentes episódios de vazamentos e utilização indevida de dados pessoais acontecidos no país e no exterior, tais como a acusação de comercialização de dados pessoais por uma empresa

⁷² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁷³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

pública federal de processamento de dados⁷⁵ e o escândalo do vazamento de dados pelo Facebook para a empresa de marketing digital britânica *Cambridge Analytica* (com repercussão no processo eleitoral norte-americano de 2016), o que culminou no estabelecimento das condições políticas necessárias para aprovação do projeto, cujas primeiras iniciativas legislativas remontavam ao ano de 2012. Cita-se, ainda, a falta de uma disciplina mais abrangente e eficaz na legislação brasileira e os prejuízos econômicos decorrentes da perda de oportunidades de investimento internacional, sobretudo do setor de Tecnologia da Informação e das Comunicações, em razão da inadequação do ordenamento jurídico nacional, como motivações para a inovação legislativa⁷⁶.

O modelo europeu é, declaradamente, a inspiração da nova lei brasileira, que buscou se afastar da abordagem legislativa e regulatória adotada pelos EUA⁷⁷. O modelo regulatório norte-americano, que traz um forte caráter de auto-regulação, de autonomia e responsabilidade do usuário⁷⁸, não possui lei específica nem uma autoridade central (setorial e fragmentado) com funções regulatórias e fiscalizatórias, e o direito à privacidade é tratado no contexto de outros temas, como a regulação da proteção ao consumidor e

⁷⁵ A Comissão de Proteção dos Dados Pessoais do Ministério Público do Distrito Federal apontou que dados da Receita Federal, como nome completo, data de nascimento, CPF e endereço do contribuinte, teriam sido repassados para o site Consulta Pública. In: COELHO, Gabriela. MP-DF acusa empresa pública de vender dados pessoais de brasileiros. *Consultor jurídico*. 31 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-31/mp-df-acusa-empresa-publica-vender-dados-brasileiros>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁷⁶ CÂMARA FEDERAL. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751914&ts=1538690044718&disposition=inline&ts=1538690044718>>. Acesso em: 26 out 2018.

⁷⁷ CÂMARA FEDERAL. *Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados Destinada a Preferir Parecer ao Projeto de Lei Nº 4.060, de 2012*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filename=SBT+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁷⁸ As observações são de Kara Sutton, da *US Chamber's Center for Global Regulatory Cooperation* – GRC durante Seminário Internacional de Proteção de Dados Pessoais – 10 e 11 de Maio de 2017, Brasília, promovido pela Câmara dos Deputados para debater o PL nº 5.276/16 (projeto de autoria do Poder Executivo, de iniciativa do Ministério da Justiça, que promoveu consulta junto à população). In: CÂMARA FEDERAL. *Parecer da...*, cit., p. 23.

da concorrência, sob responsabilidade da *Federal Trade Commission* (FTC⁷⁹), do sistema financeiro (por exemplo, *Financial Services Modernization Act of 1999* e *Fair Credit Reporting Act of 1970*), da portabilidade de planos de saúde (*Health Insurance Portability and Accountability Act*), e da proteção à criança (*Children's Online Privacy Protection Act*, de 1998 – COPPA). Além disso, os EUA adotam acordos específicos, como o *Safe Harbour Decision*, substituído pelo *Privacy Shield* após a decisão da Corte Europeia de Justiça que entendeu o primeiro acordo inválido⁸⁰, e que busca assegurar o mesmo nível de proteção da legislação europeia quando o tratamento de dados de cidadãos europeus ocorrer nos EUA.

A lei tem por escopo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, adotando como fundamentos o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Adotou um conceito bastante amplo de dado pessoal, que é qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, independentemente do meio utilizado e do país em que a pessoa esteja sediada ou do país em que os dados estejam armazenados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional, a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou os dados pessoais

⁷⁹ A FTC vem, desde 2016, investigando e punindo o UBER, entre outras razões, por não proteger adequadamente os dados pessoais de motoristas e passageiros. Cf. *UBER decision and order*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_technologies_decision_and_order.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁸⁰ A decisão do Tribunal de Justiça da UE considerou que o *Safe Harbour* não assegurava nível compatível com o direito europeu de proteção de direitos fundamentais, já que não estabelecia limites ao tratamento de dados pelas autoridades americanas nem meios de oposição pelos titulares.

objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. Não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, realizado para fins exclusivamente jornalístico, artísticos ou acadêmicos, para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, e provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado.

Adotou os princípios da boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

A legitimação do tratamento de dá, como regra geral, pelo consentimento do titular (com exceção dos dados tornados manifestamente públicos pelo titular e os dados cujo acesso é público, respeitada a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização). Pode também ocorrer para o cumprimento de obrigação legal pelo controlador; pela administração pública, para execução de políticas públicas; para a realização de estudos por órgão de pesquisa (garantida, sempre que possível, a anonimização); quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida ou da incolumidade física; para a tutela da saúde; quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros (exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular); e para a proteção do crédito.

A lei não traz definição sobre o conceito de interesses legítimos do controlador ou de terceiros, o que deveria ser feito pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cuja criação foi vetada pelo Presidente da República. Não obstante, o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, como o apoio e promoção de atividades do controlador, a proteção do exercício regular de direitos pelo titular ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas suas legítimas expectativas e direitos e liberdades fundamentais.

Há ênfase sobre o consentimento, que pode ser revogado a qualquer momento por procedimento gratuito e facilitado, não pode ser genérico, e se fornecido por escrito deverá constar de cláusula destacada das demais, cabendo ao controlador o ônus da prova sobre a obtenção do consentimento em conformidade com a lei.

Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. Além disso, tem amplo direito à informação; direito de correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; direito à anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade; portabilidade dos dados (observados os segredos comercial e industrial); direito à eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, com algumas exceções; revogação do consentimento; e direito de que não sejam utilizados em seu prejuízo os dados referentes ao exercício regular de direitos.

Mereceu atenção especial do legislador a proteção dos dados sensíveis (dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural), cujo incremento de proteção se dá pela exigência de autorização específica do titular, bem como pela limitação das possibilidades de tratamento sem o consentimento. Curiosamente, a lei permite a comunicação ou o uso compartilhado de dados sensíveis com objetivo de obter vantagem econômica, salvo se houver vedação da autoridade nacional ou dos dados sensíveis referentes à saúde (possível apenas para portabilidade, com consentimento do titular).

Com relação aos dados pessoais de crianças e adolescente, além do consentimento específico dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, há limitação para coleta de informações pessoais quando forem condição para participação dos titulares em jogos, aplicações de internet ou outras atividades e a imposição da obrigação ao controlador de realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento exigido foi dado pelo responsável pela criança.

Os fluxos transfronteiriços são legítimos quando o destinatário assegurar grau de proteção adequado ao previsto na nova lei, que define os critérios para tal aferição, a cargo da autoridade nacional. Também é possível mediante garantias do controlador quanto ao cumprimento do regime de proteção

da lei (cláusulas contratuais específicas para determinada transferência; cláusulas-padrão; normas corporativas globais; selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos); quando necessária para a cooperação jurídica internacional; quando necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física; quando autorizada pela autoridade nacional; quando for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público; quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência; ou quando necessário o cumprimento de obrigação legal, necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a seu pedido ou para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

O encarregado pelo tratamento de dados pessoais, indicado pelo controlador, deve exercer uma função de interface entre os titulares, as empresas ou entidades que fazem o tratamento de dados e o Poder Público, recebendo reclamações e comunicações dos titulares e da autoridade nacional, prestando esclarecimentos e adotando providências quanto à conformidade (*compliance*).

Quanto ao sistema de responsabilização (*accountability*), a legislação brasileira adota a regra geral da responsabilidade objetiva quando envolvida relação de consumo e quando a atividade desenvolvida é considerada de risco⁸¹. Fora do âmbito das relações de consumo, expressamente excluídas (e que, portanto, continuam submetidas às regras do Código de Defesa do Consumidor), o novo regulamento geral estabeleceu a responsabilidade solidária do operador quando descumprir obrigação legal ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador (equiparação entre controlador e operador). Da mesma forma, os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento respondem solidariamente, salvo quando provarem que não realizaram o tratamento, que este foi legítimo ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular ou de terceiro.

Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

⁸¹ Cf. art. 927, do Código Civil Brasileiro.

O controlador tem obrigação jurídica de comunicar, em prazo razoável, à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares, indicando, precipuamente, os principais aspectos do incidente, riscos relacionados e medidas adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

Quanto à fiscalização e aplicação de sanções administrativas, fazendo uso de uma técnica no mínimo questionável, o legislador definiu os tipos de sanção (advertência, multa – de até R\$ 50 milhões de reais por infração, publicização da infração, bloqueio de dados até a regularização e eliminação de dados) e os critérios e parâmetros gerais para sua aplicação. Mas a especificação de tais critérios com relação à fixação da multa e a própria definição das infrações foram delegadas à regulamentação a ser elaborado pela autoridade administrativa após consulta pública.

A criação da autoridade central (Autoridade Nacional de Proteção de Dados-ANPD e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade) foi vetada pelo Presidente Michel Temer quando da promulgação da nova lei, por entender que havia afronta ao artigo 61, § 1º, II, 'e', cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição, já que são de iniciativa privada do Presidente da República as leis que disponham sobre a criação e extinção de órgãos da administração pública⁸².

Por fim, merece destaque a cláusula de incorporação automática de outros direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Apresentada a nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, pertinente investigar a adoção dos padrões da legislação europeia.

2.3. Standards europeus presentes na nova Lei Geral

A partir do critério já explicitado, Greenleaf⁸³ segrega os dez elementos globais, universalmente aceitos como parte de uma lei compreensiva de proteção de dados. Os elementos, e sua presença (principal mas não exclusivamente) na nova lei brasileira, podem ser assim descritos: coleta – limitada,

⁸² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁸³ GREENLEAF, Graham. The influence..., cit., p. 7.

legal e por meios justos, com consentimento ou conhecimento (artigo 6º, artigo 7º); qualidade dos dados (artigo 6º, V); especificação do propósito no momento da coleta (artigo 6º); informação do propósito e direitos no momento da coleta (artigo 9º); usos limitados (incluindo divulgações) para fins especificados ou compatíveis (artigo 6º); segurança através de salvaguardas razoáveis (artigo 6º; segurança – artigos 46 a 49; boas práticas e governança – artigos 50 e 51; sanções administrativas – artigos 52 a 54); abertura das práticas de dados pessoais (artigo 6º, IV, artigo 9º e artigo 51)⁸⁴; Acesso – direito individual de acesso (artigos 9º e 18); Correção – direito individual de correção (artigo 18, III); Responsabilização – responsáveis pelo tratamento de dados são responsáveis pela implementação das normas e princípios (artigo 6º, X, artigo 42 e artigos 46/47).

Dentre os dez principais elementos europeus⁸⁵, e lei brasileira não contempla a exigência de uma autoridade independente de proteção de dados como elemento-chave de um regime de *enforcement* e nem requisitos para notificar e eventualmente fornecer verificação prévia de tipos específicos de sistemas de processamento.

Seis elementos estão presentes de forma bastante explícita: Recurso aos tribunais para fazer valer os direitos de privacidade de dados (artigo 22); *Border control* – exigência de restrições às exportações de dados pessoais para países que não possuem um padrão adequado de proteção de privacidade (Capítulo V, artigos 33 a 36); Coleta mínima para os fins declarados – artigo 6º, III; Requisito geral de tratamento justo e lícito – artigos 6º a 10. Embora não se adote a terminologia processamento ou tratamento equitativo, há uma estrutura baseada em obrigações que caracterizam processos de tratamento equitativo⁸⁶; Destruição ou anonimização de dados pessoais após um período – artigo 16; e Proteções adicionais para dados sensíveis (Seção II – artigos 11 a 13).

⁸⁴ *Openness Principle. 12. There should be a general policy of openness about developments, practices and policies with respect to personal data. Means should be readily available of establishing the existence and nature of personal data, and the main purposes of their use, as well as the identity and usual residence of the data controller.* OCDE. *The OECD...*, cit., p. 15. Entretanto, boa parte da política geral de abertura mencionada no Guia seria desenvolvida e implantada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados e pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, que tiveram suas criações vetadas pelo Presidente da República, como visto.

⁸⁵ GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 8.

⁸⁶ GREENLEAF, Graham. *The influence...*, cit., p. 8.

Dois dos elementos estão presentes mas com alguma ressalva. O artigo 20 da lei não estabelece limites claros à tomada de decisões automatizadas mas assegura o direito de conhecer a lógica do processamento automatizado e o direito à oposição contra decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado que afetem seus interesses, inclusive de decisões destinadas a definir perfil. Quanto ao requisito para fornecer *opt-out* de usos de marketing direto de dados pessoais, a lei não trata expressamente da matéria, embora o direito decorra dos artigos 15, II e 20.

Além disso, é possível identificar elementos do novo Regulamento, como a extraterritorialidade (artigo 3º), normas aplicáveis ao *profiling* (artigo 20), proteção de dados desde o nascimento e por defeito (artigo 46, § 2º), proteção dos direitos das crianças (artigo 14), portabilidade (artigo 18, V), criação da figura do “encarregado da proteção de dados”, responsável, em síntese, por controlar a conformidade das normas da empresa com o regulamento e cooperar com a autoridade de controle nacional (artigo 41) e ação afirmativa para manifestação do consentimento (artigo 8º). Por fim, embora o direito ao esquecimento não tenha sido expressamente mencionado, as disposições dos artigos 15 e 16 sobre o fim do tratamento trarão novos elementos para a discussão no direito brasileiro, onde o tema é encarado de forma diferente da legislação europeia.

É possível concluir, assim, que a nova Lei Geral brasileira sobre proteção de dados é fortemente influenciada pelos padrões europeus, inclusive com elementos adotados pelo novo Regulamento e pela Convenção 108 após o protocolo adicional de outubro de 2018.

3. Perspectivas para obtenção de uma decisão de adequação pelo Brasil

Diante da convergência entre o modelo adotado pelo Brasil e os standards europeus, resta indagar se tal confluência poderia assegurar, ao menos do ponto de vista normativo, a obtenção de uma decisão de adequação.

2.1. Requisitos normativos para um adequado nível de proteção

A decisão de adequação da Comissão Europeia, que deve ser periodicamente revisada, tem por objetivo confirmar, com efeitos vinculativos para

os Estados-Membros, que o nível de proteção de dados de um país terceiro ou organização internacional é substancialmente equivalente ao nível de proteção de dados da União Europeia, à partir da análise, fundamentalmente, do arcabouço normativo vigente e da eficácia dessas normas (mecanismos executórios eficientes)⁸⁷.

Com a entrada em vigor do novo Regulamento, o GT 29 deixou de existir e suas funções passaram a ser exercidas pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD). Em 28 de novembro de 2017 o CEPD adotou o WP 254 do GT 29, que traz as orientações à Comissão Europeia, bem como aos países e organizações internacionais interessados em alcançar a adequação, estabelecendo os princípios centrais da proteção de dados que devem ser incluídos no quadro normativo de um país terceiro ou organização internacional para assegurar uma equivalência substancial em relação ao quadro normativo europeu.

O WP 254 estabelece que o sistema do país ou organização internacional deve conter alguns princípios e mecanismos básicos relativos ao conteúdo: conceitos e princípios básicos que reflitam coerentemente os conceitos consagrados na legislação europeia (sem embargo da possibilidade de adoção de terminologia distinta); os fundamentos para o tratamento lícito e leal para fins legítimos devem ser estabelecidos de forma suficientemente clara; limitação da finalidade do tratamento; qualidade e proporcionalidade dos dados; dados não devem ser conservados mais tempo do que o necessário para as finalidades para as quais são tratados; segurança (considerando o estado atual dos conhecimentos e os custos conexos) e confidencialidade; princípio da transparência, que abrange amplo direito à informação sobre os elementos do tratamento, necessários para assegurar a lealdade, admitidas exceções quanto à abrangência da informação, especialmente para fins de investigação penal, segurança nacional, questões judiciais e outros objetivos de interesse público; direito de acesso, retificação, apagamento e oposição, que também admite exceções; e restrições relativas a transferências subsequentes.

⁸⁷ COMITÊ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. *Documento de referência relativo à adequação*. WP 254, adotado em 28 de novembro de 2017, última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_pt>. Acesso em: 04 nov. 2018.

Ainda, o documento traz exemplos de princípios adicionais relativos ao conteúdo que devem ser aplicados a tipos específicos de tratamento: consentimento explícito do titular ou medidas de segurança adicionais para os dados sensíveis, *Opt-out* de usos de marketing direto e disposições especiais sobre decisões automatizadas e definição de perfis (com previsão de salvaguardas, inclusive direito à informação dos motivos subjacentes à decisão e da lógica em questão, direito de oposição e correção).

Quanto aos requisitos relativos aos mecanismos processuais e de aplicação efetiva, embora também não se exija identidade de meios, um sistema adequado deve conter os seguintes elementos: autoridade de controle competente e independente; deve assegurar um bom nível de conformidade; responsabilidade (o sistema deve obrigar o cumprimento das obrigações pelos responsáveis e pode incluir medidas como avaliação de impacto, conservação de registos ou arquivos das atividades de tratamento de dados durante um período de tempo adequado, designação de um responsável pela proteção de dados e a proteção de dados desde a concepção e por defeito); o sistema deve prever apoio e ajuda destinada aos titulares de dados no exercício dos seus direitos e mecanismos de reparação adequados.

Por fim, e como um desdobramento da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso Schrems, são exigidas garantias essenciais em relação ao acesso para fins de aplicação coerciva da lei e segurança nacional, para limitar interferências nos direitos fundamentais. As quatro garantias fundamentais, que devem ser analisadas levando em conta também o disposto no WP 237⁸⁸, são: o tratamento deve basear-se em regras claras, precisas e acessíveis (base jurídica); demonstração da necessidade e proporcionalidade relativamente aos objetivos legítimos prosseguidos; o tratamento tem de estar sujeito a supervisão independente; e devem existir meios de recurso eficazes ao dispor das pessoas físicas.

Embora o presente estudo se restrinja ao panorama normativo, convém ressaltar que embora sua análise seja bastante relevante para a constatação da adequação, não é suficiente. Para além das regras abstratas, há análise da jurisprudência e avaliação sobre o funcionamento das instituições e a efetividade dos mecanismos previstos na legislação, que deve contemplar disposições específicas, de caráter executório, que regulem necessidades

⁸⁸ Adotado em 13 de abril de 2016, com as orientações que refletem a jurisprudência do TJUE e da TEDH no domínio da vigilância.

concretas relativas a aspetos práticos pertinentes do direito à proteção de dados⁸⁹, bem como regras de cooperação com as autoridades de proteção de dados dos Estados-Membros⁹⁰. Devem ser analisados também os compromissos internacionais assumidos ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos e o cumprimento dessas obrigações, bem como a participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais, especialmente a adesão à Convenção 108⁹¹.

2.2. A lei brasileira e a adequação

Como é possível constatar neste ponto do estudo, ao contrário do extenso e minudente regulamento europeu vigente, que possui 99 artigos e 173 considerandos, o legislador brasileiro optou por uma disciplina mais concisa, outorgando à autoridade nacional extensa função regulamentar, além das funções fiscalizatórias, educativas e preparatórias. Assim, a despeito da fonte europeia, a falta de profundidade e muitas vezes de densidade normativa da legislação brasileira reflete, de certa maneira, o incipiente nível das discussões em torno da matéria na sociedade e mesmo na jurisprudência nacional, enquanto a legislação modelo revela, ao revés, o fruto do amadurecimento e da evolução normativa e jurisprudencial dos últimos 50 anos.

Tal quadro poderia ou não configurar impedimento à obtenção da decisão da adequação, a depender da efetividade dos mecanismos de *enforcement* e da realização, na prática, dos princípios e direitos consagrados na legislação, que, no geral, preenche em abstrato as exigências do referencial de adequação estabelecido no WP 254. Porém, o aprofundamento da análise sobre tais normas é desnecessário porque o veto à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados-ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade constituem óbices intransponíveis para obtenção de uma decisão de adequação.

⁸⁹ Cf. WP 254.

⁹⁰ Cf. considerando 104.

⁹¹ Cf. considerando 105.

De fato, o sistema de proteção de dados pessoais concebido pela nova lei pressupõe a criação da autoridade nacional, que é a entidade responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da nova lei. Além disso, convém repisar, possui inúmeras funções regulatórias, educativas e punitivas, como emitir opiniões técnicas, recomendações e solicitar relatórios de impacto à proteção de dados em diversas situações; dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança; regulamentar a utilização de dados para realização de estudos em saúde pública; determinar o término do tratamento de dados pessoais, em caso de violação da lei; receber reclamações do titular de dados contra o controlador; realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais; supervisionar e regulamentar, ainda que em caráter complementar, as operações de tratamento e compartilhamento de dados pelo Poder Público, sugerindo a adoção de padrões e de boas práticas; enviar informes com medidas cabíveis para fazer cessar a violação; autorizar a transferência internacional de dados avaliar o nível de proteção a dados pessoais conferido por país ou organismo internacional; dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança e tempo de guarda dos registros; estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados; dispor sobre padrões técnicos mínimos para preservação do sigilo de dados, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis; receber do controlador comunicações de ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares; determinar ao controlador a adoção de providências para salvaguarda dos direitos dos titulares; estimular a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais e aplicar as penalidades previstas na lei.

A autoridade nacional também deveria estabelecer as regras sobre a adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a data de entrada em vigor da lei, consideradas a complexidade das operações de tratamento e a natureza dos dados. Ou seja, tinha o papel fundamental de orientar e preparar os agentes de tratamento para a recepção e correta aplicação da

nova disciplina legal, e a sua ausência sugere que dificilmente a lei entrará em vigor após a *vacatio* originalmente prevista.

Portanto, além das normas europeias e internacionais considerarem a criação de autoridades de controle, enquanto garantia de aplicação da lei, um elemento essencial de qualquer sistema adequado de proteção de dados, ela constitui elemento essencial também do modelo concebido pela lei brasileira, de modo que sua ausência acarreta a inefetividade das novas normas, quer pela impossibilidade de suprir a falta de densidade normativa, quer pela ausência de mecanismos dissuasórios punitivos do descumprimento da legislação. Além disso, hoje inexistente na legislação vigente qualquer mecanismo de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, atribuição que seria exercida pela ANPD.

Pelo quadro posto, hoje resta ao titular dos direitos violados apenas a busca da tutela individual ou coletiva de seus interesses junto ao Judiciário, sem qualquer mecanismo administrativo ou preventivo eficaz e acessível, solução inaceitável em um país com sérios problemas de acesso à Justiça (ocasionados pelos custos elevados para a realidade brasileira, pela morosidade da Justiça e pelo nível de desinformação e educação, entre outros fatores), pouca tradição e desenvolvimento na tutela de dados pessoais e com grande histórico de ocorrência de incidentes envolvendo a utilização indevida destes dados⁹².

Para além da tutela individual, as violações aos direitos assegurados pela lei continuarão a ser eventualmente apuradas de forma pontual e assistemática por autoridades locais, o que tende a se mostrar ineficaz. Nos episódios mais simples e individuais, por falta de interesse e de estrutura material das instituições, que tendem a dedicar os escassos recursos públicos para apuração de delitos e infrações considerados mais graves. Nos episódios mais sérios e que atingem maior número de pessoas, por conta das próprias características dos incidentes, cuja apuração muitas vezes demanda conhecimentos especializados e meios técnicos adequados.

⁹² Para ilustrar este aspecto, pertinente invocar os casos citados pela ONG Artigo 19 em estudo realizado em 2016 sobre os projetos de lei sobre proteção de dados que tramitavam no Congresso. In: ARTIGO 19. *Proteção de dados pessoais no Brasil – Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional*. 2016. Disponível em: <<http://artigo19.org/?p=11329>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Releva também considerar o modelo de autoridade nacional que será adotado, pois devem ser atendidos requisitos básicos para adequação ao modelo europeu, como a existência de poderes e mecanismos adequados para o exercício das funções básicas de supervisão e aplicação da lei e a efetiva independência e autonomia destas autoridades (o que envolve dotação orçamentária e recursos humanos compatíveis com as atividades que serão exercidas). Em relação ao primeiro tema, preocupa o veto sobre a suspensão parcial ou total do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração, reduzindo o poder sancionatório da autoridade. Em relação ao segundo, a inserção da ANPD como órgão da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça, como fazia a lei antes do veto, também pode fragilizar a autonomia e a independência da autoridade, já que frequentemente a violação dos dados parte do próprio Poder Público⁹³, em particular do Poder Executivo⁹⁴.

Por fim, a inexistência de uma autoridade nacional, e, portanto, de mecanismos de garantia e responsabilização eficientes, torna incompatível a adesão do Brasil à Convenção 108, também impactando negativamente a análise da Comissão⁹⁵.

⁹³ SCHREIBER, Anderson. Proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa. *Jornal Carta Forense*, 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁹⁴ Por exemplo, uma falha de segurança do aplicativo E-Saúde do Ministério da Saúde, que reúne informações pessoais e dados sensíveis sobre a saúde dos indivíduos (histórico de medicamentos, consultas agendadas, etc.) resultou no vazamento de dados de milhões de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), tendo a reportagem conseguido dados de importantes autoridades como o Presidente da República, o Governador do Estado de São Paulo, o Prefeito da Cidade de São Paulo, o presidente da Câmara Federal e o presidente do Senado Federal. In: FELITTI, Chico. Brecha em aplicativo do SUS expôs informações de saúde até de Temer. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1953472-brecha-em-aplicativo-do-sus-expos-informacoes-de-saude-ate-de-temer.shtml>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁹⁵ Esclarece o considerando 105: “Além dos compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional, a Comissão deverá ter em conta as obrigações decorrentes da participação do país terceiro ou da organização internacional nos sistemas multilaterais ou regionais, em especial no que diz respeito à proteção dos dados pessoais, bem como o cumprimento de tais obrigações. Em especial, há que ter em conta a adesão do país terceiro em causa à Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas

Considerações finais

A legislação europeia sobre a proteção de dados reflete o fruto do amadurecimento social, econômico e jurídico da União em torno do tema, consolidando as melhores práticas conhecidas, tanto em termos normativos quanto institucionais. O estágio do desenvolvimento desse sistema regulatório e os elevados níveis de proteção de direitos fundamentais acabam por estabelecer os padrões desejáveis a serem alcançados por todo mundo, o que, aliado aos mecanismos de repercussão direta, produz verdadeiro fenômeno de regulação global, mensurável, por exemplo, através da presença dos elementos europeus nas legislações nacionais.

A Convenção 108, após o protocolo deste ano, incorporou os avanços do RGDP, e a possibilidade de adesão de países não europeus indica sua aptidão para se tornar o principal instrumento de regulação internacional formal sobre o tema. Neste aspecto, se apresenta de grande interesse investigar quais razões explicam o baixo nível de adesão de países não europeus ao tratado, o que, aliado ao reduzidíssimo número de decisões de adequação até hoje proferidas, sugere que os padrões europeus ainda são inatingíveis para boa parte do mundo.

A análise da legislação brasileira, especialmente da nova lei geral sobre proteção de dados, demonstra a presença formal da quase totalidade dos elementos de primeira e segunda gerações, segundo o critério proposto por Greenleaf, e até mesmo da nova geração de direitos consolidados no RGPD. Porém, a ausência de uma autoridade de proteção de dados constitui falha insuperável do sistema normativo aprovado, e que inviabiliza qualquer pretensão de obtenção de uma decisão de adequação pelo Brasil.

Mais grave que o não atendimento do referencial de adequação da União, a não criação da ANPD implodiu qualquer tentativa de disciplina e proteção eficientes dos direitos relacionados ao tratamento de dados no país, pois sem mecanismos de superação da baixa densidade normativa da legislação aprovada, sem instrumentos de *enforcement* (não há definição de infrações e não há quem fiscalize o cumprimento da lei e aplique as sanções cabíveis) e sem dispositivos de cooperação internacional a lei representa

relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, de 28 de janeiro de 1981, e ao seu Protocolo Adicional. A Comissão deverá consultar o Comité quando avaliar o nível de proteção nos países terceiros ou organizações internacionais”.

pouco mais que uma carta de princípios e boas intenções para a maioria dos titulares de dados pessoais e dos casos de tratamento indevido. Exceção, é claro, para a tutela de direitos pela via judicial (individual ou coletiva), campo em que a nova lei representa efetivo aumento de direitos e do nível de proteção, embora modelos que levam à judicialização excessiva tenham sistematicamente demonstrado sua ineficácia, sobretudo no Brasil.

Assim, a despeito do relativo avanço, a nova lei ficou bastante aquém do necessário para inserir o país em um novo patamar de promoção dos direitos fundamentais e, com isso, assegurar o desejável livre fluxo de dados com a União Europeia.

Por fim, outras questões não abordadas no presente estudo merecem análise, como qual o impacto da nova legislação sobre as pretensões do Brasil de ingressar na OCDE, e, ainda sob a perspectiva da adequação, a disciplina do tratamento de dados pelo Poder Público e a presença dos requisitos extra normativos (jurisprudência, funcionamento das instituições, participação em compromissos internacionais, entre outros) no sistema nacional.

Referências

- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. *Manual da legislação europeia sobre proteção de dados*. Bruxelas, 2014. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/conselho-da-europa9750/downloadFile/attachedFile_f0/Handbook_data_protection_POR.PDF?nocache=1534237952.71>. Acesso em: 04 nov. 2018.
- ARAS, Vladimir. GDPR torna mais difícil a cooperação entre Brasil e Europa. *UOL Tecnologia*. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/05/25/gdpr-torna-mais-dificil-a-cooperacao-entre-brasil-e-europa.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- ARAÚJO, Alexandra Maria Rodrigues. As Transferências transatlânticas de dados pessoais: o nível de proteção adequado depois de Schrems. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 5, n. 9, 2017, p. 201-236. Disponível em <<https://doi.org/10.21527/2317-5389.2017.9.201-236>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- _____; OLIVEIRA, José Sebastião De. *A transferência de dados pessoais para países terceiros acompanhada de uma decisão de adequação no direito da União Europeia*. Dispo-

nível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b8f9c769baebee0>>. Acesso em 03 nov. 2018.

ARTIGO 19. *Proteção de dados pessoais no Brasil* – Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. 2016. Disponível em: <<http://artigo19.org/?p=11329>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BARDO, Gustavo Augusto. *Sistemas de regulação global: o terceiro setor no estado de bem-estar*. 2014. Disponível em: <<https://gustavoaugustobardo.wordpress.com/2014/07/31/sistemas-de-regulacao-global-o-terceiro-setor-no-estado-de-bem-estar/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011*. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012*. Dispõe sobre a tipificação criminal

de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004*. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

CAROTTI, Bruno; CASINI, Lorenzo; CASSESE, Sabino; CAVALIERI, Eleonora; MACDONALD, Euan. *Global Administrative Law: The casebook*. Third Edition, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2140384>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

CÂMARA FEDERAL. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751914&ts=1538690044718&disposition=inline&ts=1538690044718>>. Acesso em: 26 out 2018.

____. *Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei Nº 4.060, de 2012*. Disponível em: <<http://www.camara>

- gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305&filenam e=SBT+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012>. Acesso em: 26 out. 2018.
- COELHO, Gabriela. MP-DF acusa empresa pública de vender dados pessoais de brasileiros. *Consultor jurídico*. 31 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-31/mp-df-acusa-empresa-publica-vender-dados-brasileiros>>. Acesso em: 27 out. 2018.
- COMISSÃO EUROPÉIA. *Adequacy decisions*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_pt>. Acesso em: 04 nov. 2018.
- _____. *Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018/FMT*. Bruxelas, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=C ELEX%3A52018DC0043&qid=1517578296944&from=EN>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- COMITÊ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. *Documento de referência relativo à adequação*. WP 254, adotado em 28 de novembro de 2017, última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_pt>. Acesso em: 04 nov. 2018.
- CONSELHO DA EUROPA. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 108*. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- _____. *Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>>. Acesso em: 12 nov. 2018.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço *Jurídico Joaçaba*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 91-108. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protacao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- _____. O que está em jogo com a nova Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Opinião & Análise*. 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-esta-em-jogo-com-a-nova-autoridade-nacional-de-protacao-de-dados-13082018>>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. *UBER decision and order*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_tech-nologies_decision_and_order.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

- FELITTI, Chico. Brecha em aplicativo do SUS expôs informações de saúde até de Temer. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1953472-brecha-em-aplicativo-do-sus-expos-informacoes-de-saude-ate-de-temer.shtml>>. Acesso em: 03 nov. 2018.
- FREITAS, Tiago Fidalgo. *Governança global e regulação: a nova ordem global*. Aula ministrada em 19 maio 2018 no Curso sobre Governança e Regulação Global, realizada na Universidade Nova de Lisboa, 17 a 25 maio de 2018. Material de apoio.
- FUSTER, G.; SCHERRER, A. *Big data and smart devices and their impact on privacy: study for the LIBE Committee*. Serviço de Publicações da União Europeia, Bruxelas, 2015. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536455/IPOL_STU\(2015\)536455_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536455/IPOL_STU(2015)536455_EN.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2018.
- GONZALES, Rafael. *Quais as diferenças entre a Lei de Proteção de Dados brasileira e europeia?* Disponível em: <<http://blogs.tribuna.com.br/blogredessociais/2018/08/quais-as-diferencas-entre-a-lei-de-protecao-de-dados-brasileira-e-europeia/>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- GREENLEAF, Graham. “European” data privacy standards implemented in laws outside Europe. 149 Privacy Laws & Business International Report 21-23. UNSW Law Research Paper No. 18-2. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3096314>. Acesso em: 12 out. 2018.
- _____, Graham. *Global convergence of data privacy standards and laws: speaking notes for the European Commission events on the launch of the General Data Protection Regulation (GDPR) in Brussels & New Delhi, 25 May 2018*. UNSW Law Research Paper No. 18-56. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3184548>. Acesso em: 07 nov. 2018.
- _____, Graham. *The influence of European data privacy standards outside Europe: Implications for globalisation of Convention 108?* International Data Privacy Law, v. 2, Issue 2, 2012. UNSW Law Research Paper No. 2011-39. Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1960299>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. A emergência de um direito administrativo global. In: BADIN, Michelle Raton Sanchez (Org.). *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*. São

- Paulo, 2016, p. 11-88. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17512>>. Acesso em: 29 out. 2018.
- KUNER, Christopher. *The Internet and the Global Reach of EU Law*. Forthcoming, Collected Courses of the Academy of European Law (Oxford University Press). LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2017. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 24/2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2890930>>. Acesso em: 05 out. 2018.
- MARTINELLI, Caio Barbosa. *O jogo tridimensional: o hard power, o soft power e a interdependência complexa, segundo Joseph Nye*. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/conjunturaglobal/files/2016/06/5-Caio-Barbosa-Martinelli.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- MONIZ, Graça Canto. Finalmente: coerência no âmbito de aplicação do regime da União Europeia de proteção de dados pessoais! O fim do enigma linguístico do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD. UNIO – *EU Law Journal*. v. 4, n. 2, Julho 2018, p. 119-131. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%204%20.%20Vol%201/Unio%204%20n.%202%20PT/Gra%C3%A7a%20Canto%20Moniz.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.
- MONTEIRO, Renato Leite. *O impacto da regulação geral de proteção de dados da EU em empresa brasileira*. Eficácia extraterritorial e transferência internacional de dados. Disponível em: <<https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Prote%C3%A7%C3%A3o-de-Dados-da-UE.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- OCDE. *Síntese Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais*. 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.
- _____. *The OECD privacy framework*. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2018*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf>. Acesso em: 31 out 2018
- _____; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre-circulação desses dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- _____. *Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de*

- dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- _____. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- REIS, Isaura. Governança e regulação da educação. Perspectivas e conceitos. *Educação, Sociedade & Culturas*, n. 39, 2013, p. 104. Disponível em: <<https://www.fpce.up.pt/ciie/sites/default/files/07.IsauraReis.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018.
- SCHREIBER, Anderson. Proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa. *Jornal Carta Forense*, 2018. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/protECAo-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269>>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- SCORSIM, Ericson M. *Lei brasileira de proteção de dados pessoais: análise de seu impacto para os titulares de dados pessoais, empresas responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e setor público.* Migalhas, 29 ago 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286453,21048-Lei+brasileira+de+protecao+de+dados+pessoais+analise+de+seu+impacto>>. Acesso em: 03 nov. 2018.
- SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 355-373. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4032/pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.
- SOUZA, Luciano Comper de. *O Comércio eletrônico global: desenvolvimento e regulação internacional.* Disponível em: <<https://docplayer.com.br/2661684-O-comercio-eletronico-global-desenvolvimento-e-regulacao-internacional.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- VIEIRA, Fernando Borges. *Lei geral de proteção de dados – Lei 13.709/2018.* 2018. Disponível em: <<https://ecommercenews.com.br/artigos/dicas-artigos/lei-geral-de-protecao-de-dados-lei-13-709-2018/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Governança na advocacia pública federal: perspectivas de um novo paradigma na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal

Governance in the federal public advocacy: perspectives of a new paradigm in the advocacy-general of the Union and in the Federal General Attorney

DANIEL MARTINS FELZEMBURG¹

Resumo: Governança é um assunto que está em pauta no cenário mundial. Apesar disso, pouco ou quase nada se escreveu sobre governança no âmbito da Advocacia Pública. Assim, o objetivo deste artigo consiste em analisar os impactos da governança na advocacia pública brasileira, em sua esfera federal, mais precisamente no âmbito da Advocacia-Geral da União, numa visão geral dessa instituição, e, especificamente, em um dos seus órgãos, a Procuradoria-Geral Federal. Para tanto, será feita inicialmente uma abordagem geral, visando firmar uma compreensão conceitual e histórica da governança, tratando da sua evolução desde a esfera privada até a esfera pública, no âmbito internacional. Em seguida, será abordada a evolução da governança no Brasil, com enfoque especial na análise dos diplomas legislativos nacionais que se sucederam e o tratamento dado pelas instituições nacionais sobre o tema. Finalmente, será examinado o papel da advocacia pública e a importância da governança para que essa instituição exerça com excelência as suas missões, traçando-se um panorama desse novo paradigma na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal. O método utilizado neste trabalho é qualitativo, histórico e descritivo, adotando-se

¹ Procurador Federal. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB, em convênio com a Escola da AGU. Autor do livro “Cancelamento administrativo do registro imobiliário: Instrumento de combate à grilagem de terras públicas”.

como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica. Conclui-se, portanto, que os impactos positivos da governança pública na advocacia pública federal foram evidentes, resultando em benefícios, tanto para o Estado, como para a sociedade brasileira em geral.

Palavras-chave: *Governança. Integridade. Advocacia Pública. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal.*

Abstract: Governance is a subject that is on the agenda of the day on the world stage. Despite this, little or nothing was produced about governance within the scope of Public Advocacy. Thus, the purpose of this article is to analyze the impacts of governance in Brazilian public advocacy, in its federal sphere, more precisely within the scope of the Advocacy-General of the Union, in an overview of this institution, and in one of its organs, Federal General Attorney, in a more specific perspective. To do so, a general approach will be made, initially to establish a conceptual and historical understanding of governance, dealing with the evolution of governance from the private sphere to the public sphere, at the international level. Afterwards, it will deal with governance in Brazil, addressing the evolution of governance in this country, with a special focus on the analysis of the successive national legislative acts and the treatment given by national institutions on the subject. Finally, the role of public advocacy and the importance of governance will be examined, so that this institution can excellently carry out its missions, drawing a panorama of this new paradigm in the Advocacy-General of the Union and the Federal General Attorney. The methods used in this paper is qualitative, historical and descriptive, adopting as a technical procedure a bibliographic research. It is concluded, therefore, that the positive impacts of public governance on federal public advocacy were evident, resulting in benefits for both the state and Brazilian society in general.

Keywords: *Governance. Integrity. Public Advocacy. Advocacy-General of the Union. Federal General Attorney.*

Data de submissão: 20 de novembro de 2018.

Introdução²

A temática da governança tem sido cada vez mais discutida não somente no cenário internacional como também no cenário nacional. Para um estudo mais aprofundado desse assunto, adotou-se como objeto dessa pesquisa, a análise dos impactos da governança na advocacia pública brasileira, em sua esfera federal. No aspecto da delimitação espacial, o estudo da governança enfocará a advocacia pública federal no Brasil, embora seja também necessária uma abordagem sobre a experiência internacional a respeito da governança. No que tange à delimitação temporal, focar-se-á na análise dos instrumentos legais de governança na atualidade, contextualizada com a evolução histórica sobre o tema.

O foco, portanto, estará direcionado ao estudo e pesquisa de um novo paradigma de governança na advocacia pública federal, órgão público responsável por importantes missões para o Estado brasileiro, como a viabilização das políticas públicas, proteção do erário e combate à corrupção, dentre outras, nos termos do art. 131 da Constituição Brasileira. Nesse contexto, pergunta-se como a governança pode contribuir para que a Advocacia-Geral da União e, mais especificamente, o seu relevante órgão, a Procuradoria-Geral Federal, exerça essas importantes atribuições trazidas pelo constituinte? Essa é a questão crucial que se buscará responder nesse estudo, constituindo-se, portanto, no problema levantado no presente artigo.

Assim, tem-se como objetivo geral demonstrar como a governança poderá trazer impactos positivos para a advocacia pública federal, para o seu cliente, o Estado brasileiro, e em última instância a sociedade. Já os objetivos específicos serão desenvolvidos no decorrer do estudo, nos três capítulos estruturados, a seguir:

No primeiro capítulo, far-se-á uma abordagem geral visando firmar uma compreensão conceitual e histórica da governança. Será feita uma exposição sobre a evolução da governança desde a esfera privada até a esfera pública, de abrangência internacional. O segundo capítulo tratará da governança no Brasil. Da mesma forma que no primeiro capítulo, será abordada a evolução da governança neste país, com enfoque especial nos diplomas legislativos

² Artigo produzido em novembro de 2018 e revisado em setembro de 2019.

nacionais que se sucederam e o tratamento dado pelas instituições nacionais sobre o tema. O terceiro capítulo apresenta a confirmação da hipótese anteriormente formulada, examinando primeiramente o papel da advocacia pública e a importância da governança para que essa importante instituição exerça com excelência as suas missões. Enfrenta-se, ainda, as perspectivas desse novo paradigma no âmbito geral da Advocacia- Geral da União e de modo mais específico na esfera da Procuradoria- Geral Federal.

Dessa forma, a hipótese suscitada como resposta provisória, que procura demonstrar ser verdadeira em face do problema científico ora apresentado, representa a ideia de um novo modelo de advocacia pública federal. Este modelo está inspirado nos princípios da governança, que resultará em um melhor serviço público prestado por essa Função Essencial da Justiça, beneficiando o Estado e a sociedade. A justificativa desta pesquisa, portanto, está baseada na necessidade de uma análise da efetiva aplicação dos princípios e fundamentos da governança na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal. Em suma, buscar-se-á analisar como a governança pode contribuir com um melhor serviço prestado por essas instituições, elencadas pelo constituinte como Função Essencial da Justiça, beneficiando em última análise, a sociedade brasileira. Metodologicamente, este trabalho utilizou os métodos histórico, comparativo e monográfico, adotando como técnica a pesquisa bibliográfica e a observação. Por fim, conclui-se o trabalho com a reflexão acerca dos impactos da governança pública na advocacia pública federal, com um necessário benefício para o Estado e a sociedade brasileira.

1. Noções gerais sobre governança

Segundo Nardes, Altounian e Vieira (2018), é difícil precisar a data em que os conceitos de governança começaram a ser utilizados, porquanto, desde que o ser humano iniciou a delegação de tarefas a outrem, sempre esteve presente a preocupação da construção de mecanismos que permitisse a quem delegasse, ter maior certeza de que suas orientações seriam observadas pelo delegado, ou seja, a criação de instrumentos que viabilizassem a redução dos riscos da delegação. Ainda segundo os referidos autores, o incremento da complexidade das relações humanas e das incertezas do ambiente acabaram por induzir a implantação de mecanismos de governança

por aqueles, legítimos detentores do poder, que designavam outras pessoas para atuar em seu nome. (NARDES, ALTOUNIAN e VIEIRA, 2018)

Evidencia-se claramente que a ideia de governança é comumente associada a poder, mais precisamente ligada aos critérios de como este é adquirido em uma dada sociedade, bem como na forma de sua distribuição. Passa, portanto, por operacionalizar processos, coordenando a atuação dos gestores, estabelecendo órgãos de deliberação e descentralização do poder, estabelecendo critérios de hierarquia interna, criação de normas de conduta e procedimentos, gerando uma organização em rede e circular. (CONI JUNIOR, 2019)

Embora seja difícil conceituar governança diante da multiplicidade de contextos em que a expressão é utilizada, é possível extrair algumas ideias convergentes, como ressalta José Bezerra de Carvalho Ferreira (2016):

(...) percebe-se que a ideia converge para alguns pilares afetos à transparência, ao direcionamento planejado das ações, ao controle do uso dos recursos, à capacidade de articulação e coordenação dos diversos segmentos interessados (*stakeholders*), e ao atendimento efetivo das necessidades do “principal”, que, em relação ao setor público, representa a próprio sociedade.

As definições de governança a agrupam em quatro critérios principais: (i) como guardião de direitos; (ii) como sistema de relações; (iii) como estrutura de poder; e (iv) como sistema normativo. Seus valores indissociáveis são: transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*), prestação de contas (*accountability*), cumprimento das leis (*compliance*) e integridade (*integrity*). A efetivação desses valores representa o alcance da responsabilidade social inerente à boa governança. (FERREIRA, 2016) São várias as interpretações de governança, conforme sejam as missões dos órgãos governamentais. Na perspectiva estatal, governança tem uma visível origem financeira. O Banco Mundial introduziu tal conceito como conjunto de condições para que os Estados alcançassem um patamar de eficiência (gerencial e administrativa) e, conseqüentemente, tivessem acesso às suas linhas de créditos. (MAXIMIANO e NOHARA, 2017)

Para o Banco Mundial, em trabalho intitulado *Worldwide Governance Indicators* (WGI), governança consiste nas tradições e instituições pelas quais a autoridade em um país é exercida. Isso inclui o processo pelo qual os governos são selecionados, monitorados e substituídos; a capacidade

do governo para formular e implementar efetivamente políticas sólidas; e o respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles.³ São preconizados pelo Banco Mundial seis grupos de indicadores da governança: Expressão e Prestação de Contas (*Voice and Accountability*); Estabilidade política e ausência de violência/terrorismo (*Political Stability and Absence of Violence*); Eficácia do governo (*Government Effectiveness*); Qualidade do marco regulatório (*Regulatory Quality*); Estado de Direito (*Rule of Law*) e Controle da corrupção (*Control of Corruption*).

No entendimento da Organização das Nações Unidas (ONU), a governança é “boa” e “democrática”, se as instituições e os processos do país forem transparentes. Assim, a boa governança promove a igualdade, a participação, o pluralismo, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura. O Sistema da ONU promove a boa governança por meio de vários caminhos. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), por exemplo, apoia ativamente os processos nacionais de transição democrática. Neste processo, o Programa está focado em dar aconselhamento político e suporte técnico, e fortalecer a capacidade de instituições e indivíduos. Ele está engajado com a advocacia e com as comunicações, apoia campanhas de informação pública, e promove e faz intermediação de diálogos. Ele também facilita as “redes de conhecimento” e a partilha de boas práticas.

O Fundo Monetário Internacional (FMI), por sua vez, promove a boa governança por meio de programas de financiamento e assistência técnica. Sua abordagem para combater a corrupção enfatiza a prevenção, através de medidas que fortaleçam a governança. O FMI encoraja os Países-Membros a melhorarem sua responsabilidade, aumentando a transparência das políticas, em conformidade com as normas e códigos reconhecidos internacionalmente. Em seu trabalho com países pobres, o FMI destaca sistemas adequados de monitoramento dos gastos públicos relativos à redução da

³ Em tradução livre, no original: “Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them.” (2018).

pobreza. O FMI também fornece pareceres sobre questões relativas à governança nas consultas regulares com os seus Membros.

O Fundo de Democracia das Nações Unidas (UNDEF), estabelecido em 2005, apoia projetos que dão voz à sociedade civil, promovem os direitos humanos e encorajam a participação de todos os grupos nos processos democráticos. A maior parte dos seus fundos são destinados a organizações locais, tanto nas fases de transição, como de consolidação da democratização. Desta forma ele complementa o trabalho da ONU com os governos, para fortalecer a governança democrática em todo o mundo.

A Rede Pública de Administração das Nações Unidas (UNPAN) foi criada para estabelecer uma rede baseada na Internet para ligar instituições de administração públicas, regionais e nacionais. Ela facilita a troca de informações e de experiências, bem como a formação na área da política de gestão pública. Seu objetivo é construir a capacidade das instituições regionais e nacionais, melhorando a administração pública em geral. Observa-se, portanto, que governança é objeto de estudo e trabalho de diversos organismos internacionais, o que evidencia a importância dos Governos, seus órgãos e entidades observarem os seus princípios e fundamentos.

1.1. Governança privada ou corporativa

Há um certo consenso de que a governança surgiu no ramo privado, mais precisamente no setor empresarial, chamada por isso de governança privada ou corporativa. Em síntese, governança corporativa está ligada ao modo de gestão das sociedades empresariais, visando controlar os atos e evitar possíveis conflitos de interesses entre acionistas majoritários e acionistas minoritários ou entre acionistas e gestores, bem como entre estes e terceiros interessados (*stakeholders*).

Outra ideia compartilhada pela doutrina é a de que a governança corporativa surgiu motivada pelos escândalos financeiros que abalaram a credibilidade das corporações no mercado de capital internacional. O Referencial básico de governança do Tribunal de Contas da União (TCU) traz um breve histórico sobre a matéria:

Embora o termo governança date de idades remotas, o conceito e a importância que atualmente lhe são atribuídos foram construídos nas últimas três

décadas, inicialmente nas organizações privadas. De acordo com Berle e Means (1932), que desenvolveram um dos primeiros estudos acadêmicos tratando de assuntos correlatos à governança, é papel do Estado regular as organizações privadas. Nessa mesma linha, em 1934 foi criada, nos Estados Unidos, a *US Securities and Exchange Commission*, organização que, ainda hoje, no contexto americano, é responsável por proteger investidores; garantir a justiça, a ordem e a eficiência dos mercados e facilitar a formação de capital.

Anos depois, no começo da década de 90, momento histórico marcado por crises financeiras, o Banco da Inglaterra criou uma comissão para elaborar o Código das Melhores Práticas de Governança corporativa, trabalho que resultou no *Cadbury Report*. Em 1992, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – COSO; publicou o *Internal control – integrated framework*. Anos mais tarde, em 2002, depois de escândalos envolvendo demonstrações contábeis fraudulentas ratificadas por empresas de auditorias, publicou-se, nos Estados Unidos, a Lei *Sarbanes-Oxley*, cujo objetivo era melhorar os controles para garantir a fidedignidade das informações constantes dos relatórios financeiros. No mesmo ano, com vistas a apoiar a investigação independente e induzir à melhoria da governança, fundou-se o *European Corporate Governance Institute* – ECGI. Em 2004, o COSO publicou o *Enterprise risk management – integrated framework*, documento que ainda hoje é tido como referência no tema gestão de riscos.

Nos anos que se seguiram, dezenas de países passaram a se preocupar com aspectos relacionados à governança e diversos outros códigos foram publicados. Atualmente, o G8 (reunião dos oito países mais desenvolvidos) e organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE dedicam-se a promover a governança (ECGI, 2013).

O conceito de governança foi inicialmente discutido nos Estados Unidos da América, a partir da constatação de que os gestores de recursos, patrimônio e interesse de terceiros devem ser monitorados, a fim de evitar a concentração suprema de poderes internos e afastar comportamentos danosos aos acionistas, a terceiros e à própria sobrevivência da empresa. (FORTINI; SHERMAM, 2017)

Portanto, a governança corporativa aparece como uma técnica para tratar do denominado “conflito de agência”. Essa teoria preceitua que o principal acionista/proprietário contrata agentes para administrar a empresa. Assim,

o conflito surge quando os agentes agem em benefício próprio, ao invés de se guiarem pelo interesse do acionista/proprietário. Nesse contexto, a boa governança empresarial significaria a adoção de mecanismos que estimulasse os administradores (não acionistas) a proteger os interesses dos acionistas. Posteriormente, a teoria foi ampliada, para se admitir não somente o conflito entre proprietários e gestores, mas também dos acionistas majoritários em relação aos minoritários. Não é, nesse caso, o proprietário que busca proteção contra o oportunismo do gestor, mas os minoritários que veem seus direitos, sua riqueza e seu retorno serem solapados pelos majoritários.

Atualmente, admite-se a governança corporativa como a necessidade de atender aos interesses não só da empresa, como também dos múltiplos terceiros interessados (*stakeholders*) que com ela travam relação. Desse modo, a governança corporativa se apresenta como um conjunto de mecanismos para evitar o conflito de agência e equilibrar os diferentes interesses no interior da companhia, sejam de acionistas, administradores, clientes, fornecedores, financiadores, governo e comunidade, sejam dos chamados *stakeholders*.

Assim, programas de *compliance* passam a ter importância capital na mitigação de riscos e nos custos envolvidos com a responsabilização por atos de fraude e corrupção, destacando-se a característica de prevenção da governança. Daí o destaque dado a procedimentos e mecanismos de integridade como gestão de riscos, transparência, *accountability*, instâncias de auditoria, dentre outros.

A implementação das boas práticas de governança corporativa pelas organizações, modifica substancialmente a cultura interna destas com o passar do tempo, agregando valor e repercutindo em diversos benefícios, entre eles: (i) a melhoria da gestão; (ii) a garantia da representatividade dos acionistas; (iii) a melhoria da imagem da empresa; (iv) a facilitação do processo de sucessão; (v) o atendimento aos requisitos legais e regulatórios; e (vi) a redução de atritos entre Conselho e Diretoria. (FERREIRA, 2016)

A observância de tais princípios, regras e valores da governança, gera, portanto, diversos benefícios para as corporações que os adotam, sobretudo, no que diz respeito à melhoria da gestão interna da empresa, especialmente no que toca aos processos de tomada de decisões da diretoria ou dos conselhos de administração, o que repercute externamente, com incremento da imagem e da confiança da instituição perante terceiros, notadamente

investidores, pretensos *stakeholders*, acionistas e agentes de financiamento. Com efeito, a adoção de tais práticas dissemina uma imagem de maior credibilidade da empresa, o que facilita sobremaneira o acesso e a captação de novos recursos a um custo financeiro mais reduzido, em face da segurança jurídica e institucional avalizada pelos padrões de governança instituídos e experimentados na prática. (CONI JUNIOR, 2019)

Daí porque, embora os princípios de governança tenham se desenvolvido para atender às empresas de capital aberto, suas boas práticas podem ser aplicadas a qualquer tipo de administração que tenha por objetivo o sucesso do empreendimento, de modo que a sua aplicabilidade no setor público não se exclui, ao revés, se revelou como um importante instrumento para melhoria da gestão estatal. Em outras palavras, o sucesso de tais sistemas de gestão, representado por flagrante incremento de eficiência, resultados operacionais e financeiros das corporações, aliado à crescente demanda por maior transparência, ética, controle, monitoramento e participação popular no direcionamento das políticas públicas, fizeram com que os conceitos arraigados na governança corporativa fossem adaptados e incrementados para uma nova forma de governança pública, em face do incremento da complexidade das relações humanas e sociais e suas interações com o Estado (CONI JUNIOR, 2019), como será exposto no tópico seguinte.

1.2. Governança pública ou governamental

Conforme antecipado na subseção anterior, a governança pública ou governamental tem sua origem no êxito resultante da governança privada ou corporativa, embora tenha características e peculiaridades próprias do setor público.

A gestão estatal ineficiente, sem controle e monitoramento, aliada ao déficit popular na elaboração das políticas públicas e o aumento da corrupção, levaram a alguns países a incluir a discussão sobre governança corporativa aplicada ao setor público em suas reformas administrativas, considerando que, mesmo que o setor privado e o setor público apresentem focos distintos à aplicação da governança, há questões comuns.

Sobre as semelhanças e diferenças nos conceitos de governança pública e privada, lecionam Nardes, Altounian e Vieira (2018):

É importante notar que a governança pública costuma ser utilizada com maior foco na atuação do Estado em execução das políticas públicas, enquanto a governança corporativa tem preocupação mais voltada à direção e controle das organizações, públicas ou privadas.

Mas esses conceitos não são estanques e acabam se entrelaçando. O Estado realiza suas ações por meio de órgãos e entidades, ou seja, pode ser entendido como uma grande organização à qual se aplicam os conceitos de governança corporativa. Também se aplicam a cada órgão e entidade os conceitos da referida governança. Nesse diapasão, e para evitar confusão na utilização das expressões, consideramos mais adequado entender a “governança pública” como gênero cujas espécies são a “governança de políticas” e a “governança corporativa pública”.

Na governança pública, de modo distinto da corporativa, temos que considerar a transversalidade das políticas governamentais. Os resultados não dependem apenas da atuação corporativa de um órgão e entidade, mas da ação conjunta e coordenada de todos os interessados, públicos e privados.

Quanto à questão relativa ao conflito de agência visto na governança corporativa, Nardes, Altounian e Vieira (2018) explicam que os cidadãos correspondem aos acionistas, o ‘principal’, enquanto os políticos e os gestores públicos são os agentes. O problema de agência pode ocorrer também quando os agentes políticos delegam a execução das ações aos gestores públicos superiores e estes aos seus subordinados. No primeiro caso, os políticos são os principais e os gestores são os agentes. No segundo, os gestores superiores são os principais e os gestores subordinados, os agentes. Nesse contexto, extrai-se o entendimento de que a governança corporativa aplicada ao setor público, ou tão somente governança pública, está vinculada ao propósito de criar na Administração (agente) um ambiente seguro e favorável para a formulação e implementação de políticas públicas em benefício da sociedade (principal).

Ainda segundo os ensinamentos de Nardes, Altounian e Vieira (2018), a governança pública pode ser representada pela capacidade que os governos têm de assegurar que a vontade dos cidadãos seja considerada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais, mediante a seleção de pessoas e instituição de normas e processos adequados para executar as ações planejadas, articulação das ações de todos os agentes públicos e privados, alcance e controle de todos os resultados previstos, estabelecimento

de indicadores de desempenho para verificar o quanto as metas foram alcançadas e divulgação de todas essas etapas à sociedade. Então, se no modelo burocrático, o gestor estava mais apegado às normas, distante das pressões sociais, o atual contexto exige que ele esteja em sintonia com os anseios da população e atue de modo a atendê-los, por meio da articulação e integração com todos os agentes públicos ou privados envolvidos. Nisso consiste a transversalidade do modelo pós-burocrático ou neoburocrático atual. Portanto, não basta mais aos gestores públicos somente o cumprimento das leis e regulamentos, mas se torna cada vez mais premente e imprescindível que se atenda às necessidades do “principal” (cidadãos) de forma eficaz, eficiente e efetiva.

É nesse cenário que se fez necessária uma mudança de comportamento dos gestores estatais, no sentido de observar e pautar suas ações nas regras, princípios e procedimentos importados da governança corporativa, na seara da governança pública, visando, em última análise, atender aos anseios da população. Assim, enquanto nas empresas privadas as boas práticas de governança corporativa permitem aumentar o valor da organização, facilitando o acesso ao capital e contribuindo para a perenidade das empresas, nos órgãos e entidades públicas essas boas práticas buscam aumentar o reconhecimento dos trabalhos prestados à sociedade e o resultado econômico produzido, de forma a contribuir para o atendimento das necessidades da população. (TRAVAGLIA; CÉSAR, 2016)

No cenário internacional, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulga princípios e diretrizes atinentes tanto à governança corporativa, quanto à governança pública. Dentre seus inúmeros trabalhos, destaca-se no âmbito da governança pública a Recomendação da OCDE sobre a Integridade Pública, que reconhece o princípio da integridade como vital para a boa governança pública, salvaguardando o interesse público e reforçando valores fundamentais como o compromisso com uma democracia pluralista, baseada no estado de direito e no respeito dos direitos humanos.

Outros organismos supranacionais têm se ocupado de editar medidas e expedir diretrizes destinadas ao combate da corrupção, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), esses em nível regional, e o Banco Mundial, o que demonstra a existência de uma agenda mundial de combate à corrupção e promoção da integridade no setor público. (FORTINI; SHERMAM, 2017)

Em suma, para que se tenha uma boa governança pública, todo o comportamento do agente público precisa estar indispensavelmente apoiado nos princípios de transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*), prestação de contas (*accountability*), cumprimento das leis (*compliance*), integridade (*integrity*) e ética (*ethics*). Logo, governança pública não se trata de uma mudança institucional ou na forma de gestão, muito menos de simples atendimento a regras, mas de uma mudança de mentalidade e comportamento de toda uma sociedade na aplicação corriqueira dos princípios a ela inerentes. (FERREIRA, 2016)

2. Evolução da governança no Brasil

A discussão sobre a governança e a sua efetiva aplicação também vem sendo estudada e trabalhada no Brasil. Há quem identifique a adoção de seus princípios e a delimitação de seu conteúdo já na Lei nº 6.404/1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas. Com efeito, o parágrafo único do art. 116 da citada Lei dispõe o seguinte:

Art. 116. [...]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

De acordo com Cristiana Fortini e Ariane Sherman (2017), na referida norma sobressaem aspectos importantes do que se concebe como governança, como a necessidade de atender aos interesses não só da empresa, como também dos múltiplos *stakeholders* que com ela travam relação.

Ainda segundo as referidas autoras, há outros diplomas normativos importantes no cenário nacional, como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.27/2011) e a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013) que trazem aspectos inerentes à governança, como *accountability*, transparência e normas de conduta incidentes sobre agentes públicos:

Ambas as Leis, antes mesmo da edição de um diploma específico anticorrupção, já visavam implementar na Administração as melhores práticas atinentes à transparência pública, com ênfase na transparência ativa e na limitação do sigilo, e à responsabilização de agentes públicos que ocupam posições sensíveis na Administração ou que tenham, em razão de seu cargo ou emprego, acesso a informações privilegiadas, pelo descumprimento de seus deveres legais e éticos. (FORTINI; SHERMAM, 2017)

Cabe mencionar ainda, a contribuição da Lei n. 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que permitiu significativa evolução do controle interno, ao exigir dos gestores a adoção de uma postura mais austera, prudente e transparente, focada no planejamento e no equilíbrio das finanças públicas, por meio da obrigatoriedade de prestação de contas, do controle de gastos com pessoal e de endividamento, do estabelecimento de metas, entes outros. (TRAVAGLIA; CÉSAR, 2016)

Relevante mencionar, também, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que garante o acesso às informações e prevê o controle da conduta de agentes públicos, bem como o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GESPÚBLICA), instituído pelo governo federal através do Decreto n. 5.378, de 23 de fevereiro de 2005, que prevê implementação de medidas de fortalecimento de gestão interna, visando o oferecimento de serviços de melhor qualidade aos cidadãos. (TRAVAGLIA; CÉSAR, 2016)

Não obstante, é consenso que o marco normativo da governança no Brasil ocorreu com a edição da Lei n. 12.846 de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Na ocasião, o Brasil aprovava a legislação interna que se comprometera com a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto n.º 4.410/2001) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n.º 5.687/2006). O art. 7º da referida Lei, ao trazer parâmetros de aplicação das penalidades pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevê em seu inciso VIII expressamente que serão considerados: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Assim, o legislador nacional criou uma importante medida de fomento para o desenvolvimento de programas de *compliance* dentro das empresas,

princípio inerente à governança corporativa. A partir de então, programas de integridade passaram a ter importância capital na mitigação de riscos e nos custos envolvidos com a responsabilização por atos de fraude e corrupção.

Outro marco normativo importante surgiu com a edição da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, chamada de Lei das Estatais. O referido diploma incorporou normas originariamente gestadas pela iniciativa privada a respeito da governança, em especial no viés da promoção da integridade.

Dessa maneira, leis recentemente editadas, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais buscaram incorporar, respeitados os diferentes vieses (uma se volta à iniciativa privada, enquanto a outra às pessoas de direito privado da Administração que exercem atividade empresarial), parâmetros, diretrizes e balizas da governança, com enfoque nos mecanismos e procedimentos de promoção da integridade. Confere-se, nesse âmbito, um destaque às medidas de controle interno, à gestão de riscos, à auditoria, à *accountability* e à transparência. (FORTINI; SHERMAM, 2017)

Em relação ao tratamento dado pelas instituições nacionais sobre o tema da governança, especificamente no âmbito da governança corporativa, cita-se a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal criada no mesmo mês de publicação da Lei das Sociedades Anônimas, o que demonstrou um pacote legislativo relativo a esse mercado e, conseqüentemente, trouxe regras de governança corporativa. A CVM desenvolve função similar à SEC americana, disciplinando, normatizando e fiscalizando o mercado de valores mobiliários. Além da atuação normativa, a autarquia tem uma cartilha de governança corporativa onde sugere diretrizes para conselhos de administração, atuação de auditorias e de proteção dos minoritários.

Por sua vez, a Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&FBOVESPA) tem um papel destacado como autorregulação do mercado em relação à governança corporativa. A Bolsa classifica as empresas por seis níveis, mediante prévia adesão da corporação, conforme o cumprimento de regras de governança, mais rígidas do que as impostas pela legislação. O nível mais rígido é conhecido como Novo Mercado e traz regras societárias que ampliam direitos dos acionistas, fortalecendo em especial a abrangência e transparência do direito à informação, percentual de 20% de conselheiros independentes e divulgação mensal de negociações de determinados agentes (diretores, executivos e controladores) com valores mobiliários da empresa.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) foi criado em 1995 objetivando fortalecer os conselhos de administração, tendo ainda as seguintes atribuições:

O IBGC promove palestras, fóruns, conferências, treinamentos e networking entre profissionais, além de produzir publicações e pesquisas. O instituto conta, ainda, com o Programa de Certificação para Conselheiros de Administração e Conselheiros Fiscais, que permite ao participante adquirir conhecimentos sobre um conjunto de temas necessários para seu bom desempenho dentro das organizações. Ao obter essa certificação, o conselheiro passa a integrar o Banco de Conselheiros Certificados do IBGC. (MAXIMIANO e NOHARA, 2017)

Já na esfera da governança pública, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem sido um importante formador do referencial teórico sobre o assunto. Tanto com suas publicações sobre governança pública, como no exercício de sua função típica. Em relação a sua atuação controladora, destacam-se iniciativas de levantamento do nível de governança, desde 2010, por meio do índice integrado de governança e gestão – IGG e de índices de governança em setores como: gestão de pessoas, tecnologia da informação e contratações. Dentre as publicações sobre o tema, destaca-se o Referencial Básico de Governança publicado em 2013, já na segunda versão. Desse referencial foi elaborado, em formato de cartilha, os “Dez passos para a boa governança”, que, em linguagem direta explica as bases do referencial.

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. Como Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, a CGU deve prover, ainda, orientação normativa e supervisão técnica às unidades de auditoria interna governamental. Comprometido com essas atribuições e com a missão institucional de promover o aperfeiçoamento e a transparência da Gestão Pública, a prevenção e o combate à corrupção, com participação social, por meio da avaliação e controle das políticas públicas e da qualidade do gasto, o Órgão criou o Programa de Integridade da CGU, mediante a publicação da Portaria nº 750, de 20 de abril de 2016.

Em novembro de 2017, em iniciativa capitaneada pelo Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a União publicou o Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, inaugurando com isso um marco normativo sobre a governança pública no Brasil. No referido Decreto, encontra-se no artigo 2º, inciso I, a definição de governança pública como sendo: “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. Coube a CGU, pelo art. 20 do Decreto, estabelecer orientações gerais sobre os procedimentos para estruturação, execução e monitoramento dos programas de integridade da administração direta, autárquica e fundacional federal. A Portaria MTCGU n.º 1.089 de 25/04/2018 é o primeiro documento sobre tal implantação.

Conclui-se, assim, que tanto no aspecto normativo, quanto no trabalho desenvolvido pelas instituições competentes, o Brasil vem dando o devido tratamento ao tema da governança, seja na esfera privada ou pública. Resta saber então, se os princípios e fundamentos da governança vêm sendo efetivamente aplicados, em especial no âmbito da Advocacia Pública Federal, o que será abordado a seguir.

3. Advocacia pública e governança

Antes de examinar os impactos da política de governança na Advocacia Pública, cumpre fazer alguns esclarecimentos sobre o seu perfil institucional.

Dentro da organização trazida pela Constituição Federal (CF), consta o Título IV, nomeado de “Da Organização dos Poderes”, onde se dedica três capítulos para tratar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ocorre que, ainda dentro do mesmo título, a Constituição apresenta um Capítulo IV chamado “Das Funções Essenciais”, no qual trata de três instituições: Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Trata, ainda, da advocacia em geral num único artigo, segundo o qual “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (art. 133, CF).

Portanto, a primeira conclusão a que se chega sobre a identidade institucional da Advocacia Pública é que ela (assim como o Ministério Público

e a Defensoria Pública) não está dentro de nenhum dos três Poderes, porquanto entendeu o constituinte que sua função seria melhor exercida sem a referida vinculação. Como bem ressalta Carlos Marden (2016):

Esta é uma afirmação categórica: eventual entendimento de que a Advocacia Pública está inserta em algum dos Poderes do Estado fere diretamente a Constituição Federal, violando o princípio da conformidade funcional. É preciso que qualquer tratamento dado à Advocacia Pública respeite a condição de Função Essencial à Justiça que lhe foi constitucionalmente reservada. Nesse ponto, impõe-se um esclarecimento: por que criar um título dedicado à organização dos Poderes e nele incluir um quarto capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça? Em outras palavras: por que determinadas instituições são essenciais à justiça e por que a Constituição Federal optou por lhes disciplinar em um tópico exclusivo e com este nome específico. São perguntas que requerem uma resposta cuidadosa.

As Funções Essenciais à Justiça se constituem num plexo de instituições incumbidas de realizar a promoção de interesses públicos, individuais, coletivos e difusos. (BABILÔNIA, 2016). Percebe-se que o constituinte originário concedeu às Funções Essenciais à Justiça um tratamento diferenciado e destacado, que ostentam independência em relação aos três Poderes que organizam o Estado, exatamente por compreender que sua função seria melhor exercida sem a referida vinculação. Daí se extrai outro perfil institucional importante da Advocacia Pública, consistente na correta compreensão do conceito de Advocacia de Estado.

Segundo ensinamentos do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016), os vários ramos das Funções Essenciais à Justiça podem ser considerados advocacias *latu sensu*, uma vez que todas representam categorias de interesses juridicamente tutelados. Segundo o autor, a distinção estaria na existência de dois ramos: o privado, representado pela advocacia geral (art. 133, CF), e três ramos públicos, respectivamente: a advocacia específica da sociedade e de valores constitucionalmente explícitos (o Ministério Público, art. 127, CF), a advocacia dos entes estatais (a Advocacia Pública, arts. 131 e 132, CF) e a advocacia dos necessitados (a Defensoria Pública, art. 134, CF).

Uma vez delineado o conceito de Advocacia de Estado, repele-se a ideia de que a Advocacia Pública exerce uma advocacia de governo. A Advocacia

Pública não está a serviço dos interesses dos gestores de plantão, porquanto isso seria incompatível com o status constitucional de Função Essencial da Justiça, independente dos três Poderes da República. Dessa maneira, conclui-se que a Advocacia Pública ostenta uma qualificação especial de Função Essencial da Justiça, com o papel de exercer uma Advocacia de Estado.

Feita essas considerações iniciais sobre o perfil institucional da Advocacia Pública, cabe agora detalhar as suas relevantes missões, com vistas a contextualizar a importância da governança para essa nobre instituição. Com efeito, dispõe a Constituição Federal que a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131, CF). Extrai-se desse dispositivo que a Advocacia-Geral da União contém duas espécies de atribuições: uma de natureza contenciosa-repressiva, de amplitude geral para representar judicial e extrajudicialmente todos os entes vinculados à União, e outra de natureza consultiva-preventiva, restrita ao assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Veja-se, portanto, que a Advocacia-Geral da União é a única Função Essencial da Justiça que representa em juízo todos os Poderes da República, como também as demais Funções Essenciais da Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública), o que demonstra a magnitude da importância dessa instituição para o Estado Democrático de Direito. No que tange a sua atribuição de natureza consultiva-preventiva, realça-se a missão de exercer o controle prévio da juridicidade dos atos da Administração, reduzindo com isso a ineficiência da gestão estatal e a própria corrupção. Sobre o reflexo da atuação da Advocacia Pública na eficiência do Estado, Marcelo Kokke (2018) traz importantes informações:

A compreensão dos papéis institucionais e constitucionais dos Poderes ou funções do Estado é imprescindível para reformulações de eficiência do Estado. A Presidência da República está inserta nessa compreensão, na medida em que o Presidente exerce as funções de Chefe de Estado, Chefe da Administração Pública e Chefe de Governo. Em um Estado de Direito, em que a integração político-jurídica se expõe como um fenômeno incontornável, principalmente

após meados do século XX, as funções da Presidência da República estão ligadas às funções essenciais à justiça.

Dentre todas as funções essenciais à justiça, a única que se encontra vinculada de forma imanente à viabilização das políticas públicas do Governo é a Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição. O século XX e o início do século XXI, tanto sob a perspectiva histórica quanto sob a perspectiva econômica, demonstraram que, sem um apoio jurídico interno dos órgãos encarregados da defesa judicial de um novo Governo, suas políticas públicas não alcançam os níveis pretendidos.

Aqui adotando acepção ligada ao exercício funcional da atividade de defesa jurídica, judicial e extrajudicial, exemplos não faltam. O *New Deal* somente conseguiu ser implementado por Franklin Delano Roosevelt a partir de uma atuação jurídica da União junto à Suprema Corte norte-americana, como demonstra *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Situações semelhantes viveram Ronald Reagan e George W. Bush, o primeiro, principalmente, na adoção de medidas voltadas para desregulação da economia, e o segundo no *Patriot Act*. Não haveria política econômica e liberal no Governo Reagan sem a atuação de Edwin Meese, Attorney General (Advogado-Geral) no governo.

A compreensão histórica e econômica, enlaçada à jurídica, demonstra o nível de relevância que a assume a Advocacia Pública para qualquer Governo que se inicie. A situação se exaspera no Brasil, em que há uma pulverização de decisões e linhas jurisprudenciais, em *stare decisis* e segurança jurídica ainda pouco assentadas. O papel da Advocacia-Geral da União é ainda mais drástico e intenso do que no quadro norte-americano. A situação se vê agravada em um modelo de gestão tatuado pelo medo e por resistência de vias de fortalecimento centradas na retribuição por resultados.

Dessa maneira, a missão institucional da Advocacia Pública em viabilizar as políticas públicas, preservar o patrimônio e prevenir/combater a corrupção, constituem peça fundamental ao funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito, contribuindo com a própria governança pública do Estado brasileiro, como ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2015) em artigo específico sobre o tema:

Não obstante, reforçando o anteriormente exposto, em razão mesmo da necessidade de salvaguardar-se a exigida eficiência do sistema político-administrativo da Governança Pública, o elemento diferencial da ação de

controle de juridicidade a cargo da Advocacia Pública de Estado reside em sua exclusiva função de prevenção e contenção da antijuridicidade na governança pública.

Esse é, pois, o elemento diferencial, em relação às demais modalidades constitucionais de controle, pois lhe cabe normalmente atuar, preventiva ou concomitantemente, com as funções de governança, notadamente de modo a ter condições de evitar que se produzam ou se mantenham atos inquinados de injuricidade e, assim, impedir possíveis e, tantas vezes, gravosas consequências adversas para o interesse público que deles decorram, tais como, apenas exemplificando, paralisações, danos injustos a terceiros, corrupção, favorecimentos e tantos outros deploráveis vícios que o assolam, bem como na defesa dos jurídicos interesses do Estado.

A esta singularíssima especificidade constitucional das funções da Advocacia Pública de Estado, acresceu-se, na Carta, a exclusividade constitucional de sua atuação evitando-se qualquer dispersão ou superposição de seu específico controle de juridicidade, tanto em suas atuações de consultoria, na esfera administrativa da governança pública, quanto em suas atuações de representação, na esfera judicial do contencioso público (cf. os arts. 131, 132 e 129, IX, da Constituição).

Disso resulta que, para o cabal desempenho neutral de suas funções, tal como rigorosamente previsto na Constituição, desde logo evidente por se tratar de uma das funções essenciais à justiça – e não de órgão de mero assessoramento jurídico inserido na estrutura administrativa, – a Advocacia Pública de Estado necessita ser absolutamente independente de ingerências que partam de quaisquer órgãos da governança pública, político-partidariamente comprometidos, só admitindo ser externamente controlada – de resto, como qualquer outro órgão público – pelo Judiciário, e sob provocação de entes ou órgãos para tanto legitimados.

Todas essas nuances da Advocacia Pública, enquanto relevante Função Essencial da Justiça, conduzem a inexorável conclusão da importância da observância dos princípios e fundamentos da governança. Princípios e ações importados da governança, tais como avaliação de resultados, transparência, participação dos membros na gestão, democratização e temporariedade no acesso aos cargos de chefia, podem indiscutivelmente contribuir para um melhor desempenho do exercício das missões da Advocacia Pública. Resta saber como anda a efetiva aplicação desses princípios e ações da

governança na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal, que finalmente se passa a analisar.

3.1. Perspectivas de governança na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal

Embora originariamente prevista na Constituição Federal de 1988, a Advocacia-Geral da União (AGU) somente foi instituída pela Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Entretanto, até mesmo diante da inovação trazida com a criação dessa instituição, vários aspectos orgânicos e funcionais ainda careciam de aprimoramentos, os quais viriam a acontecer em diplomas normativos ulteriores.

Sem aprofundar-se na questão da organização funcional da Advocacia-Geral da União, uma vez que este não constitui o objeto deste estudo, fato é que hoje as atribuições da Advocacia Pública Federal são desempenhadas por quatro carreiras jurídicas, quais sejam: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central. Assim, a Advocacia-Geral da União seria a instituição “mater”, tendo vários órgãos, diretamente ligados às carreiras jurídicas que integram a AGU, de acordo com a sua respectiva área de atuação.

No que interessa ao presente artigo, destaca-se o órgão da AGU denominado de Procuradoria-Geral Federal (PGF), criado pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, a quem compete exercer a representação judicial, extrajudicial, a consultoria e assessoramento jurídicos de 159 autarquias e fundações públicas federais, bem como a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Considerando que na organização administrativa brasileira as políticas públicas são via de regra descentralizadas para as autarquias e fundações públicas federais, evidencia-se de plano a grande importância da PGF no exercício das suas atribuições enquanto integrante da Advocacia Pública Federal, em especial na missão de viabilizar as políticas públicas do Estado.

Feitas essas considerações iniciais, fato é que já se observa e se discute nos quadros das carreiras da Advocacia-Geral da União o que pode ser chamado de uma crise institucional, decorrente sobretudo do modelo de

gestão burocrático e ultrapassado adotado por essa instituição, caracterizado por uma rigidez excessivamente hierarquizada.

Douglas Henrique Marin dos Santos e Thirzzia Guimarães de Carvalho (2016) explicam com precisão a crise do modelo de gestão da AGU, nos seguintes termos:

Não é preciso muito esforço argumentativo para que se conclua: a administração organizacional da Advocacia-geral da União funda-se no modelo burocrático weberiano e mecanicista. As tarefas e atribuições são bem definidas – e engessadas – entre os membros da instituição, as decisões gerenciais estão centralizadas na cúpula da instituição (v.g. o caráter coadjuvante do Conselho Superior da AGU), as comunicações e interações são sempre verticais, mediadas por ocupantes de cargos comissionados e a hierarquia é um constante obstáculo a qualquer processo criativo (com alguma exceção nos processos judiciais).

De fato, nada obstante tratar-se de uma instituição essencialmente técnica, o grande número de cargos comissionados implica intensa verticalização dos processos decisórios, de forma que a opinião jurídica de um advogado público em matéria consultiva exija a aprovação de duas, três ou quatro “autoridades superiores” para que seja aperfeiçoado como ato jurídico.

Não obstante, há recentes iniciativas que evidenciam uma progressiva superação desse modelo de gestão, aproximando-se mais dos ideais da governança. Os referidos autores citam, no âmbito da PGF, a experiência das Câmaras Temáticas de Licitações e Contratos e Convênios, a Divisão de Assuntos Disciplinares, a Fábrica de Ideias e o Comitê de Gestão (MARIN DOS SANTOS; CARVALHO, 2016).

Dos exemplos citados, o Comitê de Gestão, criado pela Portaria PGF nº 847, de 14 de outubro de 2014, sem sombra de dúvida representa uma mudança de cultura organizacional da AGU. Trata-se de um órgão colegiado de natureza consultiva, cuja missão é discutir e deliberar sobre assuntos relacionados à gestão da PGF, prestigiando, com isso, a participação democrática nos rumos da instituição. Cabe esclarecer que a criação do Comitê de Gestão se deu tanto em nível nacional, como também em cada Estado da Federação brasileira.

Mas as novidades não param por aí. A Advocacia-Geral da União, atendendo às disposições do Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017, editou a Portaria n. 414, de 19 de dezembro de 2017, instituindo o Sistema de

Governança Corporativa da AGU e da PGF, caracterizado como o conjunto de práticas gerenciais voltadas à entrega de valor público para a sociedade, com a finalidade de estabelecer governança corporativa, integridade, riscos e controle, bem como auxiliar o Advogado-Geral da União nas decisões de caráter estratégico.

Posteriormente, em 23 de janeiro de 2018 foi publicada no Diário Oficial da União (Seção 1, páginas 2 a 4) a Portaria PGF n. 35, de 18 de janeiro de 2018, que estabelece – também em conformidade com a política de governança pública federal de que trata o Decreto nº 9.203/2017 – critérios e procedimentos que fortalecem os mecanismos de liderança, estratégia e controle na gestão dos órgãos de Direção Central da Procuradoria-Geral Federal, das Procuradorias Regionais Federais, das Procuradorias Federais nos Estados e das Procuradorias Seccionais Federais.

O referido ato normativo, em linhas gerais, trata (i) do procedimento de seleção dos titulares das Procuradorias Regionais Federais, das Procuradorias Federais nos Estados e das Procuradorias Seccionais Federais, (ii) da nova sistemática de lotação e exercício no âmbito do Departamento de Consultoria (DEPCONSU) e (iii) da criação de cadastro reserva permanente de interessados em atuar no assessoramento jurídico consultivo do Procurador-Geral Federal em matéria disciplinar, junto à Divisão de Assuntos Disciplinares (DAD).

Ainda na esfera da Procuradoria-Geral Federal, o Sistema de Governança instituído pela citada Portaria n. 414, de 19 de dezembro de 2017, foi regulamentado pela Portaria n. 228, de 05 de abril de 2018, que, em linhas gerais, estabeleceu os Modelos de Governança Setoriais em Cobrança, em Consultoria e em Contencioso, definidos como o conjunto de programas e projetos estratégicos, de processos de trabalho e de atividades exercidos pelos órgãos da Instituição com foco no cumprimento dos objetivos estratégicos e no alcance das metas periódicas da AGU. Por conta disso, e objetivando a gestão do conhecimento corporativo, foi criado o PORTAL DA GOVERNANÇA, disponível na Intranet da Procuradoria-Geral Federal, página da Coordenação-Geral de Projetos e Assuntos Estratégicos.

O citado ambiente virtual concentra os principais instrumentos normativos e dogmáticos desenvolvidos no âmbito da instituição para a disseminação da cultura de governança pública, envolvendo: (i) Normas regulamentadoras; (ii) Cartilhas de instrução; (iii) Mapas estratégicos; (iv) Listas de acompanhamento dos Planos de Ação Setoriais das

unidades de execução; e (v) Cronograma da governança descentralizada da PGF.

Ainda em razão de tais atos relacionados a governança, foi editada a Portaria PGF nº 716, de 05 de outubro de 2018, que estabelece os critérios de ingresso, permanência e encerramento do exercício de membros nos órgãos de direção da Procuradoria-Geral Federal, nos termos do art. 3º, §1º, da Portaria n. 720, de 14 de setembro de 2007. Por fim, foi também editada a Portaria PGF nº 738, de 15 de outubro de 2018, que altera a Portaria PGF nº 35, de 18 de janeiro de 2018, que estabelece, em conformidade com a política de governança pública federal, critérios e procedimentos que fortaleçam os mecanismos de liderança, estratégia e controle na gestão dos órgãos da Direção Central da Procuradoria-Geral Federal, das Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados e Procuradorias Seccionais Federais e dá outras providências.

Observa-se, portanto, que desde a edição do Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017, que trata da política de governança pública federal direta, autárquica e fundacional, com foco na modernização da gestão pública, no acompanhamento de resultados e nas soluções para a melhoria do desempenho das organizações, uma série de atos foram editados, tanto pela Advocacia-Geral da União quanto pela Procuradoria-Geral Federal, visando adaptar o seu modelo de gestão ultrapassado à nova cultura trazida pela governança, o que acende uma fagulha de luz no cenário sombrio que até então se via nessas instituições.

No panorama atual, não há mais como retornar ao modelo anterior, burocrático e sem qualquer controle de resultado. A observância dos princípios da governança, no âmbito da Advocacia Pública Federal, modernizou a forma de gestão dessa instituição, trazendo, conseqüentemente, resultados favoráveis à sociedade. Nesse contexto, o setor público tem prestigiado, a exemplo da iniciativa privada, sistemas de planejamento estratégico com uma abordagem gerencial, visando ao direcionamento da organização para o cumprimento de seu objetivo maior, qual seja: a missão institucional.

Segundo o último Relatório de Gestão da PGF (2018), a Procuradoria-Geral Federal definiu o seu planejamento estratégico para o quinquênio 2015-2019 sedimentado sobre: a) a missão de exercer a advocacia pública com eficiência para conferir viabilidade jurídica às políticas públicas das autarquias e fundações públicas federais; b) os objetivos estratégicos de valorização profissional, de relacionamento interinstitucional, de gestão

participativa e de aprimoramento de rotinas e metodologias de trabalho; c) a eficiência, a ética, a cooperação, o comprometimento, o profissionalismo, a proatividade, a defesa do interesse público e a moralidade como valores fundantes; e d) a visão de se consolidar como uma instituição essencial ao Estado Democrático de Direito e voltada para a defesa do interesse público, reconhecida por sua excelência e como referência de credibilidade, proatividade e valorização dos seus membros.

O apontado planejamento encontra suporte no painel de desenvolvimento estratégico da Advocacia-Geral da União, definido para os anos 2016-2019, com a missão de garantir a proteção jurídica do Estado Brasileiro em benefício da sociedade, buscando o reconhecimento da Instituição como modelo de excelência na atuação jurídica, na gestão e na valorização profissional.

Ainda, para o cumprimento da sua relevante missão, a Procuradoria-Geral Federal tem se valido das mais variadas ferramentas de gestão, cujos exemplos notáveis são os eventos de capacitação, o mapeamento de processos, os projetos estratégicos e, em especial, os planos de ação. Exatamente por isso, a Portaria n. 20, de 11 de janeiro de 2018, aprovou o Plano de Ação da PGF para o ano de 2018, definindo as iniciativas focais dos órgãos de direção e o prazo para a elaboração dos planos de atuação dos órgãos de execução regionalizados. Certamente, mais um passo na busca da superação da complexidade clássica do funcionalismo público, com a conversão das necessidades da Procuradoria-Geral Federal em demandas estratégicas, metodologias de trabalho e melhores práticas de gestão.

Considerações finais

Conforme se percebeu ao longo da exposição deste estudo, governança é um caminho sem volta, seja para as sociedades empresariais na esfera privada, seja para o Estado, representado pelos seus órgãos e entidades, na esfera pública. Inquestionável também os múltiplos efeitos positivos inerentes à observância dos princípios e fundamentos da governança.

O Brasil está em franca evolução no trato da governança, tanto em seu viés corporativo, quanto em seu prisma público, já existindo um corpo de normas tratando da matéria, como também um amadurecimento das instituições responsáveis pela sua observância.

A Advocacia Pública não poderá passar ao largo deste caminho, enquanto instituição responsável por relevantes missões para o Estado e a sociedade brasileira.

A despeito da reconhecida crise institucional da Advocacia-Geral da União, decorrente do modelo de gestão ultrapassado adotado, tem se visto ultimamente um considerável avanço na incorporação dos ideais de governança nesta instituição, a exemplo de uma gestão mais democrática com a criação dos Comitês de Gestão; do estímulo a meritocracia e fomento de novas lideranças no novo procedimento de seleção dos titulares das Procuradorias Regionais Federais, das Procuradorias Federais nos Estados e das Procuradorias Seccionais Federais; da definição de metas e elaboração de planejamentos estratégicos e de planos de ações, no âmbito do Contencioso e do Consultivo da AGU e da PGF, com vistas ao aprimoramento da eficiência na sua atuação e cumprimento da sua relevante missão; dentre outros avanços.

Dessa maneira, o exercício efetivo da sistemática no serviço público federal como um todo e na AGU e na PGF em particular, está se sedimentando sobre mecanismos de gestão específicos, como liderança, controle e estratégia. Exatamente por força dos mecanismos de gestão estratégica, as organizações públicas vêm desenvolvendo planejamentos estratégicos plurianuais, cujas elaborações pressupõem o estabelecimento de objetivos e metas específicos, com vistas à realização da missão, da visão e dos valores institucionalizados.

Evidentemente, ainda há muito trabalho a ser feito. Embora seja cedo para se afirmar qual será o final da história, há indiscutivelmente atos concretos que evidenciam uma ruptura com o modelo de gestão anterior, trazendo perspectivas de um novo modelo gerencial na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal, calcado nas regras, princípios e procedimentos da governança. Essas medidas, certamente, impulsionarão a Advocacia Pública para o contexto inovador da gestão de resultados, com os olhos voltados à atuação eficiente, em juízo e fora dele, em favor do Estado brasileiro e, em última análise, para seu povo tão carente de serviços e políticas públicas eficazes.

Referências

- BANCO MUNDIAL, *Worldwide Governance Indicators (WGI)*. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- BABILÔNIA, Paulo Álvares. *A AGU como Função Essencial à Justiça. Advocacia pública federal: afirmação como função essencial da Justiça*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 311-336, 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União*. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. *A cidadania como consequência de um novo modelo de governança na gestão das políticas públicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- FERREIRA, Glinton José Bezerra de Carvalho. Governança Corporativa aplicada ao Setor Público: O Controle Interno como um dos núcleos de implementação. *Revista Controle*, Belo Horizonte, Ano. 14, n. 1, jun./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246566>>. Acesso em: 27 out. 2018.

- FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247339>>. Acesso em: 27 out. 2018.
- HOHMANN, Ana Carolina C. Governança global e o terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 10, n. 20, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246301>>. Acesso em: 27 out. 2018.
- MARDEN, Carlos. Advocacia Pública de Estado e a Autonomia das Funções Essenciais à Justiça. *Advocacia pública federal: afirmação como função essencial da Justiça*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 83-98, 2016.
- MARIN DOS SANTOS, Douglas Henrique; CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. Proposta para um novo modelo organizacional na Advocacia-Geral da União: afastando crises e construindo consensos. *Advocacia pública federal: afirmação como função essencial da Justiça*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 311-336, 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A nova classificação de funções essenciais para uma democracia eletiva e seletiva pós-moderna. *Advocacia pública federal: afirmação como função essencial da Justiça*. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 11-38, 2016.
- _____. Advocacia Pública de Estado: consciência jurídica da governança pós-moderna. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 9-18, jul./dez. 2015.
- MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. 429p. ISBN 978-85-97-01330-6.
- NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sorian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança Pública: o desafio do Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e a governança*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/governanca/>>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do Conselho da OCDE sobre a Integridade Pública*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

KOKKE, Marcelo. Modelos e resultados na eficiência do Estado. *Revista Congresso em Foco*. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaao/colunas/modelos-e-resultados-na-eficiencia-do-estado/>> Acesso em: 19 nov. 2018.

TRAVAGLIA, Karina Ramos; CÉSAR, Claudia Stancioli. A importância do controle interno como instrumento de governança pública. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246710>>. Acesso em: 27 out. 2018.

A soberania dos Estados-Membros da União Europeia à propósito do Brexit

The sovereignty of the Member States of the European Union with regard to Brexit

DANIELLA RASERA CHIARETTO¹

Resumo: A soberania nacional dos Estados-Membros adquire novos nuances em razão do progressivo e cada vez mais aprofundado processo de integração da União Europeia que faz com que os Estados partilhem voluntariamente de parte do seu poder soberano para o atingimento de determinados fins e, paradoxalmente, recuperem a soberania perdida através de ganhos obtidos com o atingimento de objetivos comuns, quer com outros Estados-Membros, quer com a própria União. Na contramão do processo integracionista surge o Brexit, um fenômeno inédito e com consequências ainda incertas, ancorado no artigo 50 do Tratado da União Europeia, que se traduz no legítimo exercício do poder soberano do Reino Unido em desassociar-se.

Palavras-chave: *União Europeia. Soberania. Brexit.*

Abstract: The national sovereignty of the Member States acquires new nuances as a result of the progressive and increasingly profound process of EU integration, which means that the Member States voluntarily share part of their sovereign power in order to achieve certain goals and, paradoxically, regain lost sovereignty through gains obtained from the achievement of common objectives, both with other Member States and with the EU itself. Brexit, an unprecedented

¹ Procuradora da Fazenda Nacional desde 2010. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Negócios Internacionais pela FAE Business School. Graduada em Direito pela PUC-PR.

phenomenon and one with still uncertain consequences, is emerging in opposition to the integrationist process, anchored in Article 50 of the Treaty on European Union, which translates into the legitimate exercise of the sovereign power of the United Kingdom to disassociate itself.

Keywords: *European Union. Sovereignty. Brexit.*

Data de submissão: 28 de novembro de 2018. Revisado em 26 de setembro de 2019.

Introdução

O presente trabalho pretende abordar a questão da soberania nacional dentro do atual contexto europeu. Para tanto, será defendido que a União Europeia pode contribuir para o aumento da soberania dos Estados-Membros na medida em que a formação de uma aliança entre eles, através de um processo de associação, aumenta suas capacidades e afirmação de poder, sem olvidar do processo de desassociação atualmente em curso no Reino Unido que será tratada em tópico específico.

Para uma melhor contextualização e desenvolvimento do tema, serão feitas, inicialmente, considerações acerca do projeto europeu. A União Europeia (UE) passou dos iniciais seis Estados-Membros fundadores para vinte e oito membros em aproximadamente seis décadas de existência e é considerado o mais bem-sucedido projeto associativo e de integração entre Estados que se tem notícia na história, através do qual os Estados reestabeleceram a paz e o progresso em seus territórios, impulsionaram suas economias e estabeleceram parcerias entre si e entre a UE para o fim de atingirem objetivos comuns. Embora a União não substitua a soberania dos Estados, recebe de cada um deles uma parcela deste poder. Neste contexto, os Estados se mantêm ativos e participantes da tomada de decisões e estão aptos a influenciar o resultado de um processo cujas consequências os afetem. Mas por que os Estados partilhariam de parte de sua soberania? O que eles têm a ganhar com isso?

Ao tempo em que o curso da integração europeia atinge patamares cada vez mais aprofundados com a formação de laços mais estreitos e de

interdependência entre os seus membros, o Reino Unido votou por deixar a União Europeia através de um fenómeno que se tornou conhecido por Brexit (*Britain Exit*), sob o mantra *take back control*.

Desde então, uma intensa movimentação política, bem como académica e da opinião pública, vem acontecendo na tentativa de prever o futuro do Reino Unido e da própria União Europeia nas suas mais diversas implicações. Por que o Reino decidiu sair da União? Sendo votado em um período no qual questionamentos acerca do propósito e da própria existência da União eram objeto de discussões políticas, o Brexit atraiu para si todos os holofotes, pois representa, sem dúvida, um dos mais importantes acontecimentos políticos desde a criação da UE. Não obstante a expressa possibilidade de saída de um Estado-Membro encontrar guarida no artigo 50 do Tratado da União Europeia (TUE), não se cogitava que algum Estado-Membro iria um dia invocá-la.

Para compreender a gênese do Brexit e sua real motivação, é necessário virar os olhos para o passado. Tendo seu pedido de adesão à UE sido vetado duas vezes pelos franceses, em 1963 e 1967, só se tornou Estado-Membro em 1973. Dois anos mais tarde realizou o primeiro referendo sobre a sua permanência na então Comunidade Económica Europeia (CEE) por considerar que as condições àquele tempo vigentes não lhes eram favoráveis, mas o resultado à época foi pela sua permanência.

Em comparação aos demais Estados-Membros, sempre se mostrou o menos comprometido com os valores e objetivos da UE, pautando sua participação, em regra, na busca por vantagens económicas ou políticas e exercendo clara oposição ao aprofundamento da integração europeia, de modo que é possível afirmar que a gênese do Brexit encontra-se na relutância do Reino Unido em partilhar soberania. A integração europeia é condição indispensável para o êxito do projeto europeu e, conseqüentemente, da União Europeia, sem a qual não haveria que se falar da operacionalização da aliança. A fim de impedir a integração aprofundada, o Reino Unido negociou exceções, expressas nos Protocolos anexos aos TUEs, no sentido de participar o mínimo possível da União.

Diante deste cenário, tem-se como desafio no presente trabalho investigar, sob as lentes da soberania dos Estados-Membros e da integração europeia, a gênese do Brexit. Trata-se, portanto, de um trabalho de pesquisa elaborado enquanto este fenómeno ainda está em curso e desenvolvido através da utilização de fontes dogmáticas de pesquisa e opiniões de

políticos e estudiosos do tema consultadas, em sua maioria, pela rede mundial de computadores, em razão da atualidade do tema e dinamismo das informações.

1. A união e o projeto europeu

A fim de compreender a gênese da União Europeia (UE) e do projeto europeu faz-se necessário, inicialmente, esclarecer as circunstâncias volitivas que nortearam sua criação.

A UE é fruto do voluntarismo dos Estados-Membros. Sua criação decorreu de um ato de vontade dos *founding fathers* que viam na associação entre os Estados a maneira mais eficaz de garantir a paz e assegurar o progresso econômico e social em um continente devastado pela 2ª Grande Guerra. O fim da guerra e o desejo de paz no velho continente estão entre os principais fatores que contribuíram para a retomada da ideia de uma unidade europeia². Outros fatores, como o colapso das economias nacionais e a existência de problemas comuns entre os Estados contribuíram decisivamente para a criação de uma ação solidária entre os Estados europeus visando a retomada do progresso.

O discurso de Winston Churchill, proferido na Universidade de Zurique em 1946, é tido como um dos principais marcos da ideia da formação de uma aliança europeia. Neste célebre discurso, Churchill apela para a construção de “uma espécie de Estados Unidos da Europa”³ e enfatiza que “o primeiro passo para a recriação da família europeia tem que passar por uma parceria entre a França e a Alemanha”. Pelas palavras de Churchill, ficava claro que a reconciliação entre estes dois Estados, tão diferentes e com tantas feridas ainda abertas, era indispensável para a realização do projeto que se iniciava.

² Ensina Cunha que desde a antiguidade clássica e passando pela Idade Média, a unidade cultural, civilizacional e espiritual da Europa foi mantida em torno da figura do Papa que se “arvorava em verdadeiro chefe de uma vasta República Cristã”. Com os séculos que se seguiram, a Europa foi se afirmando como um lugar onde coexistem múltiplas comunidades políticas que partilham de um determinado modo de vida fundamentado em valores comuns. Cf. CUNHA, Paulo de Pitta e. *Integração Europeia: estudos de economia, política e direito comunitários*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 14.

³ PARLAMENTO EUROPEU. Gabinete em Portugal. *50 anos de Europa: os grandes textos da construção europeia*. 2. ed. Portugal: Parlamento Europeu, 2001, p. 15.

Começando pelo programa de recuperação econômica⁴ para a Europa, outros planos norteados pelo mesmo espírito se seguiram, tais como nas áreas da defesa⁵ e no plano político⁶. Contudo, foi a partir da assinatura dos tratados em 1957 que houve, de fato, o início do fenômeno jurídico que se conhece atualmente como União Europeia, eis que a ideia da progressividade restou consignada no artigo 1º do tratado fundador na ideia de que uma nova etapa do processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos se iniciava. Para que isto fosse possível, os Estados fundadores dotaram os tratados de uma natureza finalística e ao fazê-lo acabaram por conceber uma estrutura aberta e intrinsecamente elástica, as com potencialidades de crescimento incertas e insondáveis como o tempo foi capaz de demonstrar⁷.

⁴ O plano econômico ficou conhecido como Plano Marshall porque fora lançado pelo então Secretário de Estado norte-americano George Marshall em 1947, em Paris, perante 16 Estados europeus. No ano seguinte, o plano foi aprovado pelo Congresso norte-americano. Ensina Martins que o plano impunha a criação de uma organização capaz de geri-lo, o que implicava que os países europeus deveriam se entender quanto a forma de utilização dos recursos financeiros que lhes era concedido pelos americanos. Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 68-69. Ademais, as lições de Bossuat ensinam que, além da recuperação econômica, um dos objetivos do Plano parece ter sido a unidade da Europa, o que, aliás, contava com o apoio americano. Cf. BOSSUAT, Gérard. *Histoire de l'Union européenne: fondations, élargissements, avenir*. Paris: Belin, 2009, p. 128.

⁵ O plano da defesa inicialmente entre França e Reino Unido foi assinado em 1947 e consistia num acordo destinado à assistência mútua em caso de agressão alemã. Foi, contudo, a ameaça da ex-URSS que fez com que outros Estados se juntassem aos signatários para o fim de concretizarem propósitos comuns de defesa, o que se revelou desde logo um instrumento que carregava consigo o ideal da cooperação europeia. Para o aprofundamento do plano de defesa intergovernamental leia-se CUNHA, Paulo de Pitta e. *O Movimento Político Europeu e as Instituições Supranacionais*. Lisboa: [s. n.], 1963.

⁶ No plano político as principais contribuições surgiram a partir das propostas formuladas no Congresso de Haia em 1948. Tais propostas estão na base de importantes desenvolvimentos da união política europeia dentre os quais destaca-se que nenhuma tentativa de reconstrução de Europa poderia ter êxito com base na soberania nacional rigidamente definida. Para o aprofundamento do tema vide CUNHA, Paulo de Pitta e. *O Movimento Político Europeu...*, cit., p. 28.

⁷ O risco de subalternização dos ordenamentos estaduais e do papel do próprio Estado numa lógica de assimilação, sem um suporte de legitimidade perceptível, constituiu a razão pela qual nas primeiras décadas após a criação do projeto europeu parte significativa dos acadêmicos desmerecia o fenômeno e se opunha a qualquer pulsão jurídica integracionista que ultrapassasse o quadro do discurso funcionalista. O debate acadêmico durante muito

Conforme a fórmula atribuída a Jean Monnet e Paul Reuter ao afirmarem que “a Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de fato” assim parece ser o fenômeno jurídico que é a União Europeia, pois tem sido através de pequenos passos e de avanços graduais, porém irreversíveis, que as palavras paradigmáticas de Monnet e Reuter encontraram eco⁸. Isso vale tanto para a construção do projeto comunitário quanto para o processo de integração que dele faz parte: são projetos em permanente construção e de potencial inimaginável.

Sendo a UE um projeto não acabado e em constante aperfeiçoamento⁹, não se afigura crível que sua conformação identitária esteja plenamente revelada, de modo que a atuação de seu órgão jurisdicional máximo ainda tende a revelar novos elementos identitários ou aclarar os já existentes. Nesta medida, o projeto europeu deve, em larga medida, ao protagonismo criativo e de sucessivas revelações dos princípios estruturantes do sistema jurídico comunitário desempenhado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o que só foi possível graças às formulações normativas abertas e centradas numa lógica finalista, pois na medida em que se liberou o projeto europeu das balizas da rigidez normativa criou-se um ambiente que se mostrou favorável à expansão e à realização do projeto proposto¹⁰.

Para além disso observa-se, no âmbito político, que a UE se apresenta como um centro de poder com autoridade para exercer atos e influenciar

tempo refletiu esta preocupação ao reduzir a discussão em torno do fenômeno comunitário à dicotomia supranacionalismo/intergovernamentalismo. Vale recordar a tese funcionalista, neofuncionalista e a tese do intergovernamentalismo liberal que marcaram as primeiras décadas do projeto comunitário. Cf. GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos. *O Âmbito de Vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2013. Tese (Doutorado em Direito da União Europeia) – Universidade de Coimbra, Coimbra, out. 2013, p. 29.

⁸ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia*. Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária. Coimbra: Almedina, 2011. p. 82.

⁹ Consta do preâmbulo do Tratado de Lisboa que os Estados-Membros entendiam que a UE ainda não era um produto acabado que se iniciou em meados do século passado, mas a viam sob “a perspectiva das etapas ulteriores a transpor para fazer progredir a União Europeia”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Lisboa: União Europeia, 13 dez. 2007.

¹⁰ GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos. *O Âmbito de Vinculação...*, cit., p. 29 et seq. Não é possível afirmar ter a UE chegado ao fim do seu processo evolutivo ou mesmo que algum dia ela encontre esse fim, pois é difícil vislumbrar com rigor as fronteiras de uma estrutura dotada da elasticidade da UE.

a condução de políticas nas ordens nacionais através do seu modelo de governança¹¹ e da atribuição de poderes e delimitação de competências. É através de um ato expresso de atribuição de competência que a UE desempenha algumas das funções que outrora eram exercidas apenas pelo Estados. Os Estados-Membros, por sua vez, ao conferirem o desempenho de certas atribuições a um centro de poder externo passam a limitar o exercício de alguns dos seus poderes soberanos.

E para que não restem dúvidas sobre a existência dos limites nesta seara, e acerca de quem são os verdadeiros criadores da União, restou consagrado que a *kompetenz-kompetenz* reside, em última análise, nos Estados-Membros. Como bem ensina Maria Luísa Duarte “o enfraquecimento dos Estados membros não serve a um suposto fortalecimento da União Europeia, porque a União não navega sem os Estados-Membros, mas com os Estados-Membros”¹². A autora arremata ensinando que se trata de uma “viagem de destino comum, na qual a nave preserva a identidade própria dos navegantes, garantindo à União Europeia uma natureza específica e uma função que é exemplar no universo amplo das experiências de associações de Estados”¹³.

2. Os direitos de soberania dos Estados-Membros da União Europeia

O Estado, sujeito clássico do direito internacional público, pode ser compreendido como um ente jurídico dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade precípua de zelar pelo bem comum daqueles que o habitam. Pode-se dizer que os Estados nascem a partir do

¹¹ Neste contexto e afastando-se do preciosismo da ciência política onde o termo “governança” tem cabimento no contexto do Estado e equivale a sistema político ou forma de governo, tal qual ensina CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 560-563.

¹² DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-Membros: elementos de um aparente paradoxo. O *Direito*, Lisboa, Portugal, ano 137, v. 4-5, p. 838 et seq., 2005.

¹³ DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia..., cit., p. 838 et seq.

momento em que ele reúne os elementos essenciais à sua constituição, eis que se trata de um fato histórico que não depende de condições jurídicas¹⁴.

Nessa mesma perspectiva, os Estados passam a ter existência, com seus atributos de soberania e independência, a partir do momento em que aparecem no cenário internacional com seus elementos constitutivos próprios, mas eles somente têm o seu reconhecimento efetivado a partir do instante em que começam a participar da vida da sociedade internacional e do momento em que os demais Estados dela integrantes reconhecem a sua existência¹⁵.

Deste modo, compreende-se que um Estado é soberano enquanto mantiver a competência de assegurar por si a defesa dos seus interesses nas relações internacionais e tiver independência em relação a outros Estados ou autoridades exteriores. Conforme essa perspectiva, a soberania é limitada e limitável pela lei internacional, mas também está sujeita a limitações de fato: é, em primeira linha, um conceito político¹⁶.

O conceito de soberania encontra-se intimamente ligado ao conceito de poder, que por sua vez é definido pelos meios e instrumentos colocados à disposição do Estado para efetivamente exercer a sua soberania. O exercício desta soberania também deve observar limites físicos, vez que se encontra limitado pelas próprias fronteiras do Estado, sejam elas territoriais, marítimas, ou outra determinada ou determinável, sem deixar de mencionar, por rigor acadêmico, áreas de alto-mar e espaço aéreo sobre os quais o Estado exerce seu poder soberano.

No contexto da presente investigação, interessa notar que é a dimensão externa do conceito de soberania que adquire relevo, eis que se traduz no poder que o Estado tem de participar das relações internacionais e de conduzir sua política externa com autonomia e independência, em igualdade jurídica aos demais Estados na ordem internacional¹⁷.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 483.

¹⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, t. 2, p. 44-45.

¹⁶ CUNHA, Paulo de Pitta e. *Direito Internacional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114.

¹⁷ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 23 et seq.

É justamente na noção de autonomia e independência que se assentam a ideia de Estado soberano, na medida em que não reconhece nenhum poder superior capaz de ordenar-lhe o exercício de suas competências. A ideia de soberania do Estado se apresenta ancorado no direito positivo e está previsto em diversos documentos internacionais. Cita-se, por exemplo, a Carta das Nações Unidas de 1945 que em seu artigo 2º, parágrafo 1º, dispõe que: “a Organização está baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. Percebe-se que a Carta da ONU faz referência à *igualdade soberana*, o que leva ao entendimento de que a soberania moderna tem limites encontrados nas próprias normas internacionais, de forma que não há mais como se afirmar que a soberania é um poder ilimitado ou absoluto.

Na sociedade internacional contemporânea, amplamente interestatal, a soberania de cada Estado colide com a dos outros Estados, concorrentes e iguais entre si. Assim, a limitação da soberania não deriva da vontade do Estado, mas das necessidades da coexistência dos sujeitos de Direito Internacional¹⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que ao Estado soberano, conquanto dotado de poder supremo na ordem externa, é também autônomo e independente, na medida em que conduz suas políticas interna e externa sem qualquer tipo de subordinação jurídica, sendo capaz de decidir de modo definitivo dentro do seu território, sem a intromissão de qualquer outra autoridade exterior, bem como de participar da arena internacional e de conduzir a sua política externa sem a ingerência de terceiros Estados¹⁹.

Neste contexto, vê-se que a soberania em sua dimensão externa, enquanto poder supremo, apenas faz sentido num contexto internacional.

Com a criação das Comunidades Europeias e, em seguida, da União Europeia, o conceito de soberania teve que ser revisitado a fim de conferir-lhe uma tradução mais contemporânea e compreendido sob as lentes da integração europeia. Relativamente ao processo de integração, a sua ordem jurídica pode, em teoria, adotar uma de duas posições: ou afirmar a exclusividade dos fatores de integração, eliminando logo à nascença a ponderação dos interesses das comunidades menores, que nesse caso se diluirão no interesse comunitário; ou, concretamente no caso de as comunidades menores serem

¹⁸ DINH, Nyguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 2003, p. 434.

¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional...*, cit., p. 491.

Estados, aceitar a coexistência entre a integração e a estadualidade, dando aos interesses estaduais autonomia dentro do processo de integração²⁰. É na segunda posição que se encontra o projeto europeu. No entanto, para explicar o fenômeno da integração europeia, utiliza-se o léxico jurídico de supranacionalidade. No sentido literal da palavra, o termo supranacional significa *a um nível superior aos governos* ao contrário de intergovernamental que significa *entre governos*.

O carácter supranacional nasce de uma lógica de integração gradual, em que os Estados-Membros transferem uma parte dos seus poderes soberanos para um órgão central, visando o atingimento de determinados objetivos e fins comum.

Embora a União não substitua a soberania dos Estados, recebe de cada um deles uma parcela de seu poder soberano. Os Estados, contudo, se mantêm ativos e participantes da tomada de decisões e estão aptos a influenciar o resultado de um processo cujas consequências os afetem. Pode-se afirmar que há uma perda formal de soberania e, paradoxalmente, uma recuperação diferida dessa mesma soberania perdida²¹.

O poder supranacional da União reside nos exatos limites da delegação da parcela da soberania dos Estados. Esta também é a prova de que a integração europeia não se faz sem os Estados e nem contra os Estados.

Ao ser instituída, a União Europeia, e anteriormente as Comunidades, pressupôs uma ordem jurídica própria que necessariamente precisou se articular com a ordem jurídica dos Estados-Membros. De notar que a interrelação entre eles sempre foi um tema sensível na história da integração europeia, em especial para se esclarecer a eventual existência de uma subordinação hierárquica da ordem jurídica nacional face à ordem jurídica europeia. Da forma como o edifício jurídico da UE foi construído e se move no espaço europeu, assente numa relação internormativa²² de base não hierárquica e, portanto, diferentemente dos sistemas federais, nota-se que o direito da União prevalece sobre o direito nacional na medida do exercício da competência que lhe fora confiada pelos Estados-Membros.

²⁰ QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 251.

²¹ SILVA, Pedro Ferreira da. A soberania em contexto europeu: como a União Europeia contribui para o aumento da soberania nacional. *Nação e Defesa*, Lisboa, Portugal, n. 127, 2010.

²² DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia..., cit., p. 837-863.

Disto decorre uma das mais importantes criações jurisprudenciais do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) traduzido na garantia do primado²³, através do qual a norma da União deve ser aplicada em detrimento de uma norma nacional que lhe seja contrária mas que, dada a inexistência de hierarquia entre elas, não gera juízo de invalidade da norma que lhe é contrária, mas apenas o reconhecimento da eficácia direta e incondicional do comando normativo de natureza comunitária²⁴. Sublinhe-se que não há que se falar de dependência ou subordinação à procedimentos afetos ao ordenamento nacional no tocante à revogação ou à declaração de inconstitucionalidade da norma nacional que tem sua aplicação afastada num caso concreto por ser com a norma comunitária incompatível.

Em assim sendo, coexistem no espaço da UE pelo menos dois poderes políticos supremos: o dos Estados e o da União²⁵. Isto porque os Estados mantêm uma porção da soberania que incide sobre os poderes que não cederam à União, reservando a possibilidade de atuar com plena autonomia

²³ No acórdão Flaminio Costa contra E.N.E.L., Proc. 6/64 (Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Proc. 6/64. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 15 de julho de 1964.), o TJUE fundamentou o novel princípio num duplo postulado: em primeiro, no fato de o Tratado de Roma, em vigor à época, ter criado uma ordem jurídica própria que se integrava ao sistema jurídico dos Estados-Membros e que se imporia aos seus órgãos jurisdicionais, conforme ensina DUARTE, Maria Luísa. O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica). In: SANTOS, Antonio Marques dos *et al.* *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 555. Em segundo, na limitação das competências nacionais operada através dos Tratados, a qual pressupõe a criação de um direito aplicável nas suas ordens jurídicas. (Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 169). Desta forma, observa-se que o primado é calcado na impossibilidade de prevalência das regras nacionais sobre as comunitárias como uma decorrência do fato de os Estados-Membros integrarem a Comunidade e da necessidade de garantia de efetividade das obrigações decorrentes do próprio Tratado, conforme esclarece LANCEIRO, Rui Manuel Tavares. *O Princípio da Cooperação Leal no Âmbito da Administração Pública em Especial as Vinculações Resultantes do Direito da União Europeia para o Procedimento Administrativo Nacional de Prática de Acto Administrativo*. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 281.

²⁴ DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia..., cit., p. 837-863.

²⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra. *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1999. p. 324.

nos momentos decisivos²⁶, mas a União tem soberania em matérias onde detém atribuições exclusivas, delegadas pelos Estados-Membros. Nesta toada, considera-se que a União Europeia possui natureza jurídica *sui generis* eis que poderes nacionais e poderes comunitários coexistem.

2.1. Europa Unida Para Ser Forte

Conforme afirmado pelo atual presidente da comissão europeia, Jean-Claude Juncker, com mandato compreendido entre o período de novembro/2014 a outubro/2019, a sociedade europeia está envelhecendo e carece de mão de obra para o desempenho das mais variadas atividades. Simultaneamente, a importância global da Europa diminui no plano econômico, militar e social. Até 2050, nenhum dos países da União Europeia estará incluído no grupo das sete principais economias mundiais. Mas, no seu conjunto, a União vai continuar a figurar no topo da lista, pois nas palavras do presidente da comissão europeia, “A União Europeia só será suficientemente forte para fazer ouvir a sua voz se estiver unida”. Prossegue afirmando que “os nossos inimigos gostariam que a União se dividisse. Os nossos concorrentes se beneficiariam da nossa divisão”²⁷.

Num mundo globalizado e com tantos desafios, nenhum Estado-Membro por si só tem peso para afirmar e defender seus valores. Isso só é possível em conjunto. Na mesma toada afirma o holandês Frans Timmermans, primeiro vice-presidente da Comissão Europeia, “Há dois tipos de Estados-Membros, os pequenos, e aqueles que ainda não entenderam que são pequenos”²⁸. Por esta razão, o vice-presidente prossegue ao afirmar que as questões internacionais de que a União Europeia deve se ocupar vão além de assuntos afetos à política externa e segurança, eis que devem abordar temas tais como a cooperação para o desenvolvimento, ao comércio externo e a economia

²⁶ CUNHA, Paulo de Pitta e. *Direito Europeu: Instituições e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 177.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. *60 boas razões para a existência da UE*: por que motivos precisamos da União Europeia. Lisboa: Comissão Europeia, mar. 2017. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b1b47279-2658-11e7-ab65-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-105676633>>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. *60 boas razões...*, cit., p. 32.

mundial, as migrações, alterações climáticas e política da energia, e que acima de tudo, a Europa tem que funcionar, que apesar das dificuldades e crises os Estados-Membros devem ultrapassar as suas divergências e unir-se no seu próprio interesse.

Além das razões acima apontadas para a criação de uma União dos países europeus, outras merecem destaque, tais como a ideia de política de escala defendida por Roy Ginsberg, que afirma que os Estados-Membros têm um peso maior atuando em conjunto, como um bloco, do que teriam se atuassem isoladamente, eis que o resultado deste conjunto é ainda superior ao somatório aritmético da capacidade de cada Estado, levando à condução de ações conjuntas, a um menor custo e com um menor risco²⁹.

O mecanismo de associação para a realização de objetivos comuns é uma das ideias centrais e que nortearam a criação da UE. Uma das conquistas mais marcantes foi a criação de um espaço comum sem fronteiras internas no qual as pessoas, as mercadorias, os serviços e os capitais pudessem circular livremente. Foi através desta criação que os cidadãos europeus foram capazes de estudar, viver, trabalhar ou aposentar-se em qualquer Estado-Membro e as trocas comerciais entre os Estados foram alavancadas, o que possibilitou a abertura de novos negócios e postos de trabalho favorecendo o progresso, crescimento econômico e gerando riquezas.

É claro que também é possível que alguns Estados-Membros associem-se entre si na persecução de objetivos de interesse comum. Foi o que Reino Unido e França fizeram ao assinaram um acordo em 2010 para partilha de porta-aviões para a criação de uma força expedicionária conjunta, bem como para o aprofundamento da cooperação de submarinos nucleares de ambos os países. Em declaração, o primeiro ministro britânico à época defendeu que este acordo permitiria a ambos os países reduzir as despesas com a defesa, aumentando suas capacidades³⁰.

Interessante pontuar que dentre as razões apresentadas pelos países para a celebração do acordo consta que é sabido que não há situação na qual o

²⁹ GINSBERG, Roy. *The European Union in International Politics: baptism by fire*. Oxford: Rowman & Littlefield, 2001, p. 123-142.

³⁰ WINTOUR, Patrick. Britain and France sign landmark 50-year defence deal. *The Guardian*, London, United Kingdom, 02 Nov. 2010. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2010/nov/02/britain-france-landmark-50-year-defence-deal>>. Acesso em: 29 out. 2018.

interesse vital de um dos países signatários possa ser ameaçado sem que os interesses vitais do outro também não o sejam³¹, demonstrando o claro reconhecimento da interdependência e necessidade de coalizção entre os países envolvidos. Dentre os objetivos do acordo, destaca-se a maximização de suas capacidades através do desenvolvimento coordenado, aquisição, desdobramento e manutenção de instalações, equipamentos, materiais e serviços, para a ampla realização da missão, incluindo as mais difíceis³², num claro exemplo de partilha de recursos. É através destes mecanismos e usufruindo de uma política de escala em áreas estratégicas que os Estados europeus defendem seus interesses em escala global, algo que não lhes seria possível acaso optassem por políticas individuais.

Contudo, não obstante os avanços em prol da integração entre os Estados-Membros já realizados, vê-se que ela ainda não está consolidada em algumas áreas, o que parece muito natural, vez que a União é fruto de um projeto com grande potencial de crescimento e em constante mutação e aperfeiçoamento. Neste contexto, é de se observar que a transferência de uma parcela da soberania de um Estado-Membro à União não o torna mais fraco, mas sim, aumenta sua soberania na medida em que aumentam suas potencialidades e sua afirmação de poder, numa dinâmica em permanente construção e aperfeiçoamento.

Assim como a associação só é possível por ato de vontade dos Estados enquanto soberanos e na medida em que transferem parte do seu poder estatal à União, o Reino Unido, fundado nas mesmas razões, decide por tomar rumo diverso e desassociar-se, num exemplo inovador de expressão de seu poder soberano oriundo da moderna democracia europeia através de um fenômeno que se tornou conhecido por Brexit (*Britain Exit*), sob o mantra *Take back control*.

³¹ Na redação oficial em inglês consta que “Bearing in mind that they do not see situations arising in which the vital interests of either Party could be threatened without the vital interests of the other also being threatened”. Cf. UNITED KINGDOM. *Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic for Defence and Security Co-operation*. London, United Kingdom, 02 Nov. 2010. Disponível em: <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm79/7976/7976.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

³² Na redação oficial em inglês consta que “Maximising their capacities through coordinating development, acquisition, deployment and maintenance of a range of capabilities, facilities, equipment, materials and services, to perform the full spectrum of missions, including the most demanding missions”. Cf. UNITED KINGDOM. *Treaty between...*, cit., p. 4.

2.2. O direito fundamental de saída da União Europeia e o Brexit

Desde sua criação com o Tratado de Paris de 1951 e os Tratados de Roma de 1957, a UE tem sido inspirada pela ideia de que os Estados-Membros se comprometem em continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa³³.

Os acontecimentos históricos não deixam dúvida sobre o sucesso do projeto europeu que cresceu dos iniciais seis Estados-Membros fundadores para vinte e oito em apenas seis décadas de existência. Durante esse período, a UE foi gradualmente aprofundando os laços entre os Estados-Membros através de um processo chamado por alguns estudiosos de integração através do direito³⁴.

Não seria exagero afirmar que toda a história entre o Reino Unido e a União Europeia pavimentaram o caminho que culminou com o *Brexit*. Sem maiores digressões e para mencionar apenas os fatos históricos mais recentes, observa-se que o tema ganhou forte impulso após o Tratado de Lisboa entrar em vigor em 2009, eis que o Reino Unido queria se afastar, ainda mais, de algumas questões entendidas por prioritárias no processo de integração, em particular da transferência de mais poderes para a União e da ideia de uma união cada vez mais próxima. Ironicamente, é o mesmo Tratado que passa a prever expressamente o direito de saída de um Estado-Membro da União.

De se observar, ainda, que a União Europeia, nos termos em que se conhece atualmente, não contou originariamente com a participação do Reino Unido. O euro, moeda única em quase todos os Estados-Membros, nunca foi moeda corrente nas terras britânicas. Enquanto a quase totalidade dos países europeus aderiu ao espaço Schengen³⁵, o mesmo não aconteceu

³³ Consta do preâmbulo do Tratado de Lisboa que “[...] resolvidos a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade [...]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de...*, cit., preâmbulo.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph. *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*. Berlin: De Gruyter, 1986. Disponível em: <<https://www.degruyter.com/view/serial/16479>>. Acesso em: 17 set. 2019.

³⁵ O espaço Schengen consiste na supressão de fronteiras internas entre os países. Trata-se de um espaço no qual os cidadãos europeus e muitos nacionais de países que não pertencem à União Europeia podem circular livremente, seja a turismo ou por motivos profissionais,

com o Reino Unido. Por estas e outras razões, há quem afirme que o Reino Unido nunca esteve inteiramente na União; outros, que seria uma questão de tempo até que sua plena integração acontecesse.

É justamente o Reino Unido, arquipélago composto por Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, Estado-Membro da União Europeia desde 1973 e com o segundo maior³⁶ produto interno bruto (PIB) dentre os atuais 28 Estados integrantes do bloco que votou por deixar a União Europeia em 23 de junho de 2016 através de um fenômeno que se tornou conhecido por Brexit. Com isso, o Reino Unido irá (muito provavelmente) deixar a aliança que já dura décadas entre os países do velho continente, com fundamento no artigo 50 do Tratado da União Europeia. Essa disposição, contudo, *was never actually meant to be used*³⁷, eis que a retirada de qualquer Estado-Membro, assim como a invocação do artigo 50, TUE, era algo fora de cogitação.

Considerando o ineditismo histórico dos fatos ocorridos, bem como que os termos em que o Brexit ocorrerá é um fenômeno ainda em construção, há muitas dúvidas e poucas certezas quanto às reais consequências da saída do Reino Unido do bloco.

Sabe-se, contudo, que o Reino Unido se movimenta no sentido de deixar de ser um Estado-Membro para se tornar um país terceiro em relação ao sistema institucional e jurídico da União. Os prós e contras decorrentes

sem estarem sujeitos a controles fronteiriços. Criado em 1985, este espaço vem crescendo gradualmente, englobando, hoje em dia, quase todos os Estados-Membros da UE e alguns países associados. Em paralelo com a supressão das fronteiras internas, vê-se um reforço nas fronteiras externas comuns a fim de garantir a segurança de quem vive ou viaja no espaço Schengen. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Membros do espaço Schengen. *União Europeia*, [2---]. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt#membros-do-espa%C3%A7o-schengen>. Acesso em: 10 set. 2019.

³⁶ Dentre os 28 Estados-Membros, o PIB do Reino Unido só é inferior ao da Alemanha. Cf. PORDATA. Produto Interno Bruto por componentes (Euro). Que países criam mais e menos riqueza a partir do consumo, do investimento ou das exportações?. *Pordata*, Lisboa, Portugal, 11 mar. 2019. Disponível em: <[https://www.pordata.pt/Europa/Produto+Interno+Bruto+por+componentes+\(Euro\)-2683](https://www.pordata.pt/Europa/Produto+Interno+Bruto+por+componentes+(Euro)-2683)>. Acesso em: 15 set. 2019.

³⁷ HOOTON, Christopher; STONE, Jon. Brexit: article 50 was never actually meant to be used, says its Author. *Independent*, London, United Kingdom, 26 July 2016. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-eu-referendum-britain-theresa-may-article-50-not-supposed-meant-to-be-used-trigger-giuliano-a7156656.html>>. Acesso em: 17 set. 2019.

deste ato já foram (e ainda são) objeto de inúmeras discussões políticas e acadêmicas nas quais as incertezas parecem não diminuir.

São dignos de nota alguns posicionamentos políticos que podem ajudar na compreensão do fenômeno que parece ter sua gênese na postura pouco integracionista dos britânicos na medida em que sempre relutaram em partilhar sua soberania.

O então Primeiro-Ministro Tony Blair reconheceu tal postura ao afirmar em discurso que “a tragédia para a política britânica e para o Reino Unido é que políticos dos dois partidos falharam consistentemente [...] em apreciar a realidade emergente da integração europeia. E ao fazê-lo, eles falharam nos interesses do país”. Prosseguiu afirmando que a política do Reino Unido para a Europa no pós-guerra foi marcada por uma história de oportunidades perdidas “primeiro dissemos que a integração europeia não aconteceria. Depois dissemos que não funcionaria. E dissemos que não precisávamos dela. Mas aconteceu. E o Reino Unido foi deixado para trás”³⁸.

As afirmações de Blair não deixam dúvida sobre o caráter pró UE de suas convicções, mas o seu objetivo expresso em discurso durante palestra na London Business School no sentido de colocar “a Grã-Bretanha no coração da Europa” nunca foi partilhado pela maioria dos britânicos e arrematou afirmando que “a Europa é hoje a única via através da qual a Grã-Bretanha consegue exercer poder e influência. Se pretender manter o seu papel histórico como ator global, a Grã-Bretanha tem que ser uma parte central da política europeia”³⁹. Por esta razão, afirma-se que o Brexit foi resultado, dentre outros fatores, da política europeia de Tony Blair, na medida em que não encontrou eco às suas convicções junto à maioria da população daquele país.

Não obstante estas constatações, fato é que o Reino Unido pode deixar a União, mas jamais a Europa, razão pela qual sempre haverá o interesse

³⁸ Discurso proferido por Tony Blair no European Research Institute, reproduzido em *The Guardian*. Cf. BLAIR, Tony. Full text of Blair's speech. The full text of Tony Blair's speech to the European Research Institute. *The Guardian*, London, United Kingdom, 23 Nov. 2001. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2001/nov/23/euro.eu1>>. Acesso em: 17 set. 2019. Tradução livre.

³⁹ BLAIR, Tony. Tony Blair: Making the case for Britain in Europe The prime minister's full speech to the London Business School. *The Guardian*, London, United Kingdom, 27 July, 1999. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/1999/jul/27/emu.theeuro2>>. Acesso em: 17 set. 2019. Tradução livre.

e a necessidade em estabelecer meios de articulação e cooperação entre eles. Seja no comércio, ambiente, energia, política de desenvolvimento, imigração, fronteiras, asilo e outras, praticamente todas as áreas estão interligadas com as políticas da União, por isso o Reino Unido tem um interesse nacional em influenciar o desenvolvimento das políticas da União Europeia, mas a depender dos termos acordados com a UE é possível que existam diferentes graus de integração entre eles⁴⁰.

Em discurso, Theresa May afirmou que:

[...] é vital que trabalhemos em conjunto para projetar novos e dinâmicos arranjos que possam ir além dos já existentes acordos que a UE tem neste domínio [...] e inspirar-se nos modelos jurídicos usados anteriormente pela UE para estruturar a cooperação com parceiros externos em outros campos, tais como o comércio⁴¹.

Na esteira das palavras de May, é provável que o Reino Unido adote, ou pelo menos se inspire, em algum dos modelos⁴² já adotados por outros

⁴⁰ WHITMAN, Richard G. UK Foreign and Security Policy post-Brexit: the search for a European Strategy. *Swedish Institute of International Affairs*, Stockholm, Sweden, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://www.ui.se/globalassets/ui.se-eng/publications/ui-publications/2018/ui-brief-no1.-2018.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

⁴¹ Discurso proferido por MAY, Thereza. PM's Florence speech: a new era of cooperation and partnership between the UK and the EU. *GOV.UK*, United Kingdom, Sep. 2017. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>. Acesso em: 10 set. 2019. Tradução livre.

⁴² James Black elenca os atuais modelos já adotados por alguns Estados terceiros e que poderiam servir de molde ao Reino Unido na construção de suas futuras relações com a EU: **Modelo Norueguês:** Visto por muitos como a opção menos prejudicial, este modelo manteria o Reino Unido no mercado único, mas fora das políticas da União relativas à agricultura, pesca e união aduaneira. O Reino Unido seguiria as regras do mercado único, mas sem direito a voto, e ainda teria que pagar para o orçamento da UE e aceitar a livre circulação. **Modelo Suíço:** Neste modelo, o Reino Unido teria acesso ao mercado único para a maioria das indústrias, mas não para o setor bancário ou outros serviços. Também teria que aceitar a continuação da livre circulação. A Suíça já assinou mais de 120 acordos bilaterais com Bruxelas para regular as relações econômicas, mas está atualmente tendo que enfrentar possíveis represálias após um referendo suíço de 2014 para limitar a imigração de cidadãos da UE. **Modelo Canadense:** Esta opção envolveria um acordo de livre comércio removendo algumas tarifas sobre produtos industriais e agrícolas. Embora o acordo de livre comércio negociado entre UE e Canada tenha

Estados terceiros nas suas relações com a UE para dialogar com os outros países europeus acerca de assuntos de interesse comum.

Também é possível que nenhuma das opções já conhecidas atenda às necessidades do Reino Unido e um novo modelo tenha que ser criado, pois o Brexit é uma situação sem precedentes e pode não se adaptar prontamente aos modelos pré-existentes, fato que já foi reconhecido por alguns líderes europeus ao afirmarem que o Brexit pode de fato exigir um tipo de acordo customizado⁴³.

Qualquer que seja o modelo utilizado nas relações entre Reino Unido pós Brexit com os demais Estados-Membros e com a própria União, fato é que, no plano jurídico, o reconhecimento da possibilidade de um Estado-Membro deixar a UE importa numa clara distinção com a federação que, em regra, não admite o direito de secessão aos estados federados⁴⁴ e consagra o direito de saída da UE como corolário da autonomia constitucional e soberana⁴⁵ de qualquer Estado-Membro que queira deixar a União.

sido elogiado por políticos britânicos, argumenta-se que o Reino Unido poderia negociar um acordo potencialmente melhor com a União, dada a sua influência econômica. No caso canadense, foram mantidas barreiras não-tarifárias e o acordo excluiu a maioria dos serviços financeiros. **Modelo Turco:** Sob este modelo, o Reino Unido ficaria fora do mercado único da UE e de serviços, mas manteria a união aduaneira. O Reino Unido não enfrentaria tarifas sobre as exportações industriais para o bloco, mas adotaria suas tarifas externas. Como isso privaria o Reino Unido da liberdade de negociar seus próprios acordos comerciais, os líderes da UE arriscam dizer que o RU não seguiria este modelo. **Modelo de Singapura:** Por fim, o Reino Unido deixaria o mercado único e a união aduaneira, voltando a confiar nas regras da OMC. No entanto, o Reino Unido é atualmente um membro da OMC através da UE. Depois do Brexit, seria necessário negociar sua própria política comercial de tarifas e subsídios, o que poderia levar muito tempo, além de ser politicamente desafiador, pois todas as decisões requerem consenso entre os estados membros da OMC. Cf. JAMES BLACK *et al.* *Defence and Security after Brexit: Understanding the possible implications of the UK's Decision to leave the EU*. Cambridge: Rand Europe, 2017. Disponível em: <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1700/RR1786z1/RAND_RR1786z1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴³ SIMS, Alexandra. Brexit is “Irrevocable” and Negotiations Must Take Place, Says Angela Merkel. *Independent*, London, United Kingdom, 18 Aug. 2016. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/brexit-is-irrevocable-and-negotiations-musttake-place-says-angela-merkel-a7198076.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

⁴⁴ DUARTE, Maria Luísa. *A teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex, 1997, p. 379-380.

⁴⁵ DUBOS, Olivier. Une Constitution européenne, des Constitutions nationales. *European review of public law*, United Kingdom, v. 15, n. 3, p. 1026, 2003.

Sem a pretensão de aprofundar-se nas controvérsias que envolvem o artigo 50, do TUE, e afastar-se do tema proposto neste estudo, algumas notas sobre o processo de saída são necessárias. O processo de saída deve observar o contido no artigo 50, do TUE. Como sua aplicação não tem precedentes, a questão se torna complexa não apenas no que tange às negociações da saída, mas também na interpretação do dispositivo. O artigo permite a saída unilateral de um Estado-Membro, o que significa afirmar que não é necessário fundamentar a decisão de saída ou existir um acordo formal com os demais Estados-Membros para expressarem anuência ao pedido. O processo também deve se pautar pelas normas constitucionais do Estado-Membro que pretende se retirar. Como o Reino Unido não tem uma constituição escrita, este trabalho ficou a cargo do Parlamento britânico. Em sendo assim, para dar início ao processo de saída, o primeiro passo é o dever de notificar o Conselho Europeu, constituído pelos Chefes de Estado e de Governo de todos os Estados-Membros, da sua intenção de sair. Posteriormente, é negociado e celebrado um acordo entre a União e esse Estado, onde ficam definidas as disposições da retirada e a futura relação entre ambos⁴⁶.

A aplicação do supracitado artigo levanta uma série de questões, tais como a competência para a resolução de eventuais conflitos entre o país do Brexit e a UE, se do tribunal nacional ou do TJUE, ou ainda acerca dos compromissos assumidos enquanto o Reino Unido ostentava a condição de membro da UE, mas com aptidão para surtir efeitos após a celebração do acordo de saída. Isto sem mencionar os compromissos financeiros assumidos pela União enquanto o Reino Unido fazia parte da aliança e que ainda terá que pagar. Theresa May declarou, em 22 de setembro de 2017, no seu discurso em Florença, que “o Reino Unido irá honrar os compromissos assumidos durante o período da nossa participação”⁴⁷. É, no entanto, de observar o quão interessante seria se o Reino Unido se recusasse a honrar

⁴⁶ O Reino Unido encontra-se exatamente na fase em que deve negociar e celebrar um acordo de saída com a UE. O prazo negociado entre os líderes europeus e o Reino Unido para a ratificação deste acordo se encerrará em 31 de outubro de 2019.

⁴⁷ Discurso proferido por MAY, Thereza. PM's Florence speech: a new era of cooperation and partnership between the UK and the EU. *GOV.UK*, United Kingdom, Sep. 2017. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>. Acesso em: 10 set. 2019. Tradução livre.

tais compromissos e o caso tivesse de ser decidido judicialmente. Qual seria o tribunal competente? O artigo também não esclarece se, no caso de o Estado em causa querer recuar com a sua decisão, a notificação da intenção de sair da UE seria ou não irrevogável. Poder-se-ia, através da interpretação do nº 5 do artigo 50, TUE, afirmar que o processo é irrevogável, no sentido em que o artigo apenas refere que “se um Estado que se tenha retirado da União voltar a pedir a adesão, é aplicável a esse pedido o processo referido no artigo 49”. No entanto, esta disposição só se aplica após a retirada oficial e não na vigência da notificação e das negociações para a saída. Ainda assim, é de notar que invocar o artigo 50.º TUE revela *intenção de sair* e não *decisão de sair*, sendo o processo uma saída voluntária. Depois de invocado o artigo, poderia o Estado voltar atrás? Os demais Estados-Membros teriam que ser ouvidos ou seria ato unilateral do Estado retirante que mudou de ideia? Caberia expulsão do Estado-Membro? Haveria direito automático de reingresso? As dúvidas ainda são muitas.

Considerações finais

Com o presente trabalho buscou-se investigar o direito de soberania dos Estados-Membros da União Europeia a partir da gênese do projeto europeu e do processo de integração. Para tanto, iniciou-se o estudo pela análise das razões que levaram os inicialmente seis Estados-Membros a associarem-se para darem início ao mais original e bem-sucedido projeto de integração que se tem conhecimento na história mundial e que culminou com a União Europeia nos moldes atualmente conhecidos. Iniciado pelo plano de recuperação econômica, logo evoluiu para outras áreas, alargou-se geograficamente e aprofundou relações, o que só foi possível porque os Estados-Membros atribuíram à União a competência para o desempenho de algumas funções outrora exercidos individualmente por cada um deles. Desta forma, e ainda que a soberania em si se mantenha com o Estado, o exercício de alguns dos poderes de soberania deixaram de ser desempenhados pelo Estado enquanto ator individual na persecução dos seus interesses nacionais, mas sim na sua qualidade de Estado-Membro da União Europeia, prosseguindo os interesses comuns europeus.

Desta forma, é possível afirmar que a União estabelece com os Estados-Membros uma relação internormativa de base não hierárquica na qual

o direito da União prevalece sobre o direito nacional na medida do exercício da competência que lhe fora confiada pelos Estados-Membros em consagração ao princípio do primado, cuja criação jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça da União remonta da década de 1960 e que se tornou basilar no direito da UE.

Em seguida, passou-se à análise do conceito de soberania e verificou-se que é na dimensão externa do conceito que o estudo se assenta na medida em que se trata de um poder autônomo e independente, com aptidão para decidir suas políticas de modo definitivo dentro do seu território sem qualquer tipo de subordinação jurídica ou ingerência de terceiros, bem como estabelecer relações na arena internacional.

Após, passou-se a analisar as possíveis razões que levam os Estados-Membros da União Europeia a voluntariamente partilharem de parte de sua soberania. Dentre as possíveis causas, mereceram destaque os fatores econômicos, demográficos e geográficos. Evidenciou-se a contribuição que os mecanismos de partilha e associação oferecem no sentido de reafirmar e até mesmo aumentar a soberania dos Estados-Membros individualmente considerados uma vez que lhes permite uma maior capacidade de afirmação do poder, atributo indispensável à soberania. Através de tais processos e valendo-se de uma política de escala em certas áreas, os Estados podem defender seus interesses em escala global, patamar que não lhes seria possível alcançar acaso optassem por perseguir políticas individuais, pois é através destes mecanismos que reside o poder expresso em sua soberania no contexto atual. Em assim sendo, conclui-se que a transferência de parcela da soberania dos Estados-Membros à União contribui para o fortalecimento da soberania dos Estados-Membros individualmente considerados.

Na contramão destes mecanismos e no exercício de seu poder soberano, encontra-se o Brexit, que tem sua gênese na postura pouco integracionista do Reino Unido, com consequências políticas, econômicas e sociais ainda incertas. Uma análise retrospectiva da relação entre o Reino Unido e a União Europeia demonstra claramente que o país do Brexit repetidamente se mostrou pouco interessado no aprofundamento da integração europeia em algumas áreas e sempre procurou privilegiar sua própria soberania nacional. Como não foi um dos *founding fathers* e sua adesão à União só aconteceu em 1973 após duas tentativas frustradas, não participou do projeto europeu desde o início e demonstrou preferência pela cooperação

intergovernamental, o que lhe conferiu inúmeras vantagens. Sua relutância ao aprofundamento das relações com a União ficaram evidentes após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa sob o compromisso de uma “união cada vez mais estreita entre os povos europeus” e quando o país deixou de ver a UE como a melhor forma de prosseguir os seus interesses nacionais, não obstante valer-se de um status especial na União eis que sempre se beneficiou de diversas exceções principalmente nas áreas consideradas como poderes clássicos de soberania, como política econômica e monetária, controle de fronteiras e Espaço Schengen. Naturalmente que isso só foi possível porque a UE assim permitiu, ou talvez tenha simplesmente tolerado, de modo que o comportamento do Reino Unido como membro da União moldou e teve impacto no que a União Europeia é hoje.

Ao deixar a União, mas não a Europa, o Reino Unido passará à condição de Estado terceiro e terá que compor com os demais Estados-Membros e com a União Europeia os meios para o estabelecimento das futuras relações e para a solução dos problemas e desafios comuns, mas ainda é cedo para afirmar como essas relações ocorrerão.

Sua iminente saída também pode contribuir para o aprofundamento da integração europeia em áreas nas quais o país frequentemente se mostrou opositor. Também abre a possibilidade de a saída ser seguida por outros Estados-Membros que não estejam interessados ou empenhados no aprofundamento do processo de integração, o que pode se revelar positivo na medida em que permite aos Estados remanescentes mais fluidez nas negociações.

Em assim sendo, conclui-se que, não obstante a decisão do Reino Unido em deixar a aliança, a UE continua sendo o mais bem-sucedido projeto associativo e de integração entre Estados que se tem notícia e no qual o país do Brexit teve, sem dúvida, sua parcela de contribuição, mas que, com base na sua tão aclamada soberania decidiu fazer vôo solo e terá que encontrar o seu devido lugar como ator individual tanto na Europa quanto em relação aos demais países do mundo a fim de posicionar-se na arena global.

O futuro da União Europeia e do processo de integração deve seguir adiante e será, como tem sido desde a sua criação, aquele que seus Estados-Membros decidirem.

Referências

- BEVILAQUA, Clovis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, t. 2.
- BLAIR, Tony. Full text of Blair's speech. The full text of Tony Blair's speech to the European Research Institute. *The Guardian*, London, United Kingdom, 23 Nov. 2001. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2001/nov/23/euro.eu1>>. Acesso em: 17 set. 2019.
- BLAIR, Tony. Tony Blair: Making the case for Britain in Europe
The prime minister's full speech to the London Business School. *The Guardian*, London, United Kingdom, 27 July, 1999. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/1999/jul/27/emu.theeuro2>>. Acesso em: 17 set. 2019.
- BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; WEILER, Joseph. *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*. Berlin: De Gruyter, 1986. Disponível em: <<https://www.degruyter.com/view/serial/16479>>. Acesso em: 17 set. 2019.
- CUNHA, Paulo de Pitta e. *Direito Europeu: Instituições e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Direito Internacional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Integração Europeia: estudos de economia, política e direito comunitários*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *O Movimento Político Europeu e as Instituições Supranacionais*. Lisboa: [s. n.], 1963.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 2003.
- DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-Membros: elementos de um aparente paradoxo. *O Direito*, Lisboa, Portugal, ano 137, v. 4-5, p. 838 et seq., 2005.
- _____. *A teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex, 1997.
- _____. O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica). In: SANTOS, Antonio Marques dos et al. *Estudos em Memória*

- do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995. p. 665-715.
- _____. *União Europeia*. Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária. Coimbra: Almedina, 2011.
- DUBOS, Olivier. Une Constitution européenne, des Constitutions nationales. *European review of public law*, United Kingdom, v. 15, n. 3, p. 983-1028, 2003.
- GINSBERG, Roy. *The European Union in International Politics: baptism by fire*. Oxford: Rowman & Littlefield, 2001.
- GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos. *O Âmbito de Vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2013. Tese (Doutorado em Direito da União Europeia) – Universidade de Coimbra, Coimbra, out. 2013.
- HOOTON, Christopher; STONE, Jon. Brexit: article 50 was never actually meant to be used, says its Author. *Independent*, London, United Kingdom, 26 July 2016. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-eu-referendum-britain-theresa-may-article-50-not-supposed-meant-to-be-used-trigger-giuliano-a7156656.html>>. Acesso em: 17 set. 2019.
- JAMES BLACK *et al.* *Defence and Security after Brexit: Understanding the possible implications of the UK's Decision to leave the EU*. Cambridge: Rand Europe, 2017. Disponível em: <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1700/RR1786z1/RAND_RR1786z1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.
- LANCEIRO, Rui Manuel Tavares. *O Princípio da Cooperação Leal no Âmbito da Administração Pública em Especial as Vinculações Resultantes do Direito da União Europeia para o Procedimento Administrativo Nacional de Prática de Acto Administrativo*. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*. 1999. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1999.
- _____. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.
- MAY, Thereza. PM's Florence speech: a new era of cooperation and partnership between the UK and the EU. *GOV.UK*, United Kingdom, Sep. 2017. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>. Acesso em: 10 set. 2019.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PARLAMENTO EUROPEU. Gabinete em Portugal. *50 anos de Europa: os grandes textos da construção europeia*. 2. ed. Portugal: Parlamento Europeu, 2001.
- PORDATA. Produto Interno Bruto por componentes (Euro). Que países criam mais e menos riqueza a partir do consumo, do investimento ou das exportações?. *Pordata*, Lisboa, Portugal, 11 mar. 2019. Disponível em: <[https://www.pordata.pt/Europa/Produto+Interno+Bruto+por+componentes+\(Euro\)-2683](https://www.pordata.pt/Europa/Produto+Interno+Bruto+por+componentes+(Euro)-2683)>. Acesso em: 15 set. 2019.
- QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1991.
- SILVA, Matheus Passos. Metodologia para artigos científicos. In: SILVA, Matheus Passos. *Curso de Governança e Regulação Global*, Lisboa, Portugal, 2018.
- SILVA, Pedro Ferreira da. A soberania em contexto europeu: como a União Europeia contribui para o aumento da soberania nacional. *Nação e Defesa*, Lisboa, Portugal, n. 127, 2010.
- SIMS, Alexandra. Brexit is “Irrevocable” and Negotiations Must Take Place, Says Angela Merkel. *Independent*, London, United Kingdom, 18 Aug. 2016. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/brexit-is-irrevocable-and-negotiations-musttake-place-says-angela-merkel-a7198076.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Membros do espaço Schengen. *União Europeia*, [2---]. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt#membros-do-espaco-schengen>. Acesso em: 10 set. 2019.
- _____. *Tratado de Lisboa*. Lisboa: União Europeia, 13 dez. 2007.
- _____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Proc. 6/64*. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 15 de julho de 1964.
- _____. *60 boas razões para a existência da UE: por que motivos precisamos da União Europeia*. Lisboa: Comissão Europeia, mar. 2017. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b1b47279-2658-11e7-ab65-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-105676633>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- UNITED KINGDOM. *Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic for Defence and Security Co-operation*. London, United Kingdom, 02 Nov. 2010. Disponível em: <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm79/7976/7976.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

WHITMAN, Richard G. UK Foreign and Security Policy post-Brexit: the search for a European Strategy. *Swedish Institute of International Affairs*, Stockholm, Sweden, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://www.ui.se/globalassets/ui.se-eng/publications/ui-publications/2018/ui-brief-no1.-2018.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

WINTOUR, Patrick. Britain and France sign landmark 50-year defence deal. *The Guardian*, London, United Kingdom, 02 Nov. 2010. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2010/nov/02/britain-france-landmark-50-year-defence-deal>>. Acesso em: 29 out. 2018.

A teoria neorrepublicana da regulação: fundamentos de legitimação democrática das agências reguladoras independentes

FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA ¹

Resumo: O modelo de regulação pública por meio de agências independentes foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos anos 90, sob o influxo dos projetos de desregulação, desestatização e reforma administrativa, servindo a agência como garantia da segurança, da estabilidade e do equilíbrio nas relações econômicas e sociais. No entanto, o surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras, criadas com autonomia em relação à administração direta do Estado, resultaram em diversos problemas institucionais e democráticos. No plano da teoria política, constatou-se uma desigualdade de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder, típico das democracias representativas de massa (accountability vertical) e deficiências do controle político da instituição pelo sistema de freios e contrapesos (accountability horizontal). Para sustentar a hipótese de pesquisa, o artigo utiliza-se do método interdisciplinar e comparativo, e adota como ponto de referência e diálogo a obra de Philip Pettit, principal representante da vertente neorrepublicana, corrente do pensamento político que trabalha com eficientes categorias com vistas ao fortalecimento das instituições públicas a serviço da democracia. Com isso, o artigo demonstra que a intervenção regulatória por meio das agências reguladoras independentes atende os requisitos de legitimação democrática do Estado de Direito quanto ao processo de tomada pública de decisão.

Palavras-chave: *Regulação; agências reguladoras independentes; neorrepublicanismo; democracia; não-manipulabilidade; contestabilidade.*

¹ Pós-Doutor em Administração Pública (Univ. Ca'Foscari de Veneza – Itália). Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor de Direito Administrativo (IBMEC-Rio). Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União do Rio de Janeiro.

Abstract: The model of public regulation through independent agencies was approved in the Brazilian legal system from the 90's, under the influence of deregulation, privatization and reforms of public administration, serving the agency like guarantee of security, stability and balance in the economic and social relationships. However, the emergence of power centers such as regulatory agencies, created with autonomy from direct administration of the State, resulted in many democratic and institutional problems. For political theory, there was an inequality of access for citizens to power circulation channel, typical of representative democracies mass (vertical accountability) and deficiencies of political control of the institution by the system of checks and balances (horizontal accountability). To support the research hypothesis, the article uses the interdisciplinary and comparative method, and adopts as a point of reference and dialogue the work of Philip Pettit, the main representative of the new republicanism side, current of political thought that works with efficient categories with a view to strengthening public institutions in the service of democracy. Thus, the article demonstrates that regulatory intervention through independent regulatory agencies meets the requirements of the democratic legitimation of the rule of law regarding the process of public decision-making.

Keywords: *Regulation; independent regulatory agencies; new republicanism; democracy; non-manipulability; contestability.*

Data de submissão: 1 de novembro de 2018.

Introdução

As transformações políticas, jurídicas e econômicas pelas quais passou o Estado no século XIX e XX, bem como a reforma da administração pública burocrática, levaram ao reconhecimento da função regulatória como atividade estatal primordial no atual cenário econômico, despontando as agências reguladoras independentes como peças-chaves desse novo arcabouço institucional.

A inovação da função regulatória contemporânea reside no fato de ser desempenhada por agências reguladoras com considerável autonomia administrativa e financeira, em relação à administração direta do Estado, bem como possuir um conteúdo mais amplo e variado. De um modo geral,

são atribuídas às agências um complexo de funções específicas de natureza normativa (edição de normas técnicas com força de lei – *rulemaking*), executivas (executar as leis votadas pelo legislativo e conduzir as atividades governamentais) e judicantes (condução de investigações de condutas irregulares dos agentes regulados e o julgamento de litígios inerentes à atividade objeto da regulação – *adjudication*).

Todavia, com a criação desses órgãos reguladores independentes diminuiu o espaço de tradicionais controles políticos e de legitimação democrática até então existentes, como os decorrentes do processo eleitoral (*accountability* vertical) e do sistema de freios e contrapesos (*accountability* horizontal).

Em linhas gerais, o problema em relação à moderna função regulatória se coloca sob as seguintes perspectivas que se interligam: Como conciliar os princípios proibitivos de acumulação de poderes com a existência no âmbito do Poder Executivo de entidades com autonomia administrativa e financeira? Como legitimar a existência, em uma única entidade administrativa, do exercício simultâneo das funções de regular, administrar e julgar? Em que medida fica assegurada, no seu processo decisório e regulatório, a participação popular e a transparência das informações? E quais mecanismos de controle estariam aptos a impedir-lhes o arbítrio e o desvio de poder?

Na tentativa de superar esses entraves institucionais e democráticos, a ação regulatória das agências passou a ser analisada pela doutrina brasileira sob três perspectivas distintas: jurídica, econômica e política.

Na teoria do direito, procurou-se adequar a função regulatória aos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes. Na teoria econômica, a ação regulatória passou a ser analisada como uma técnica administrativa de correção de falhas de mercado e técnica administrativa de estabilização e desenvolvimento econômico, incluindo no segundo conjunto a correção de problemas distributivos e o planejamento econômico. Sob uma perspectiva política, a ação regulatória passou a ser analisada sob duas vertentes: a primeira, no plano de debate sobre a teoria de incentivos e ação de grupos de interesse (agente x principal); e a segunda, no plano do debate liberalismo x democracia.

Em face das incertezas jurídicas, políticas e sociais que o modelo de regulação por agências independentes ainda suscita no Brasil, especialmente com os crescentes níveis de captura política e colapso regulatório

que ocorrem, por exemplo, pelo bloqueio de recursos orçamentários e nomeação dos dirigentes por critérios políticos e não técnicos, revela-se imperioso o estabelecimento de uma nova perspectiva analítica informada por um referencial teórico, de natureza política, capaz de fornecer uma base sólida de compatibilização da estrutura regulatória com os mecanismos de legitimação democrática e *accountability*, imprescindíveis à existência de um Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, e tendo como referencial teórico o neorrepblicanismo defendido por Philip Pettit, considerado um dos responsáveis pelo resgate da tradição republicana, o presente artigo pretende investigar se a intervenção regulatória por meio das agências independentes, tal como instituído no sistema jurídico brasileiro, atende às condições de não-manipulabilidade do sistema normativo e contestabilidade do poder. Além disso, pretende-se formular uma saída teórica ainda não encontrada na literatura jurídica, capaz de legitimar democraticamente as agências reguladoras independentes.

1. As bases teóricas do neorrepblicanismo

O conceito de república não é unívoco e tem sido empregado no pensamento e na análise política para se referir a diferentes questões. Em linhas gerais, duas acepções são empregadas: de um lado, a uma forma de governo instituída pela vontade da comunidade política – o que, no caso das experiências contemporâneas, se contrapõe aos governos monárquicos e se aproxima dos regimes democráticos – e, de outro, a uma forma de vida política fundada na primazia do interesse comum – que requer o engajamento da comunidade na condução da coisa pública, e se faz expressar de maneira especial nos princípios, nas práticas e nos procedimentos que conformam as instituições políticas.²

A expressão neorrepblicanismo nasceu no contexto acadêmico anglo-saxão por oposição à tradição republicana francesa e pretende designar uma ampla corrente doutrinária que inclui autores de várias ciências e saberes. O neorrepblicanismo na história, na filosofia política ou no direito,

² MAIA, A. C. Republicanismo e vida política contemporânea: algumas reflexões. In YUNES, E.; BAZILLIO, L. *A Chaga da Corrupção*, Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005p. 89-90.

por exemplo, representam perspectivas diferentes, suscitando também problemas diversos e abordagens distintas.³

Segundo Ricardo Leite Pinto,⁴ a história do neorrepublicanismo na filosofia política não é linear e coerente. Muitos autores invocam valores republicanos, mas nem todos se intitulam republicanos (Habermas).⁵ Alguns outros reclamam a conciliação do liberalismo e do republicanismo (Dagger, Terchek). Outros ainda escolhem alguns princípios do humanismo cívico ou do republicanismo clássico,⁶ mas excluem outros (Michelman, Llano).

³ Como principais referências da tradição neorrepublicana podem ser citadas as obras de POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton: Princeton University Press, 1975; SKINNER, Q. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; VIROLI, M. *Republicanism*. New York: Hill and Wang, 2002; SELLER, M. N. S. *American republicanism: roman ideology in the United States Constitution*. New York: New York University Press, 1994; *No Brasil*, consulte-se, por todos, BIGNOTTO, N. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000 e *Origens do republicanismo moderno*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001; CARDOSO, S. (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004; OLIVEIRA, M. A. C. de. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴ Uma introdução ao neo-republicanismo. *Análise Social*, XXXVI (158-159), 2001, p. 468.

⁵ Habermas concebe o republicanismo na formação democrática da vontade comum pela auto compreensão ética (auto entendimento político-ético) reconhecido pelos cidadãos porque enraizado de modo duradouro e livre nos seus motivos e sentimentos. Nesse modelo, a deliberação – cerne desta auto compreensão – pode apoiar-se num consenso de fundo baseado no fato de que os cidadãos partilham de uma mesma cultura. Esse consenso renova-se na rememoração ritual do ato da fundação republicana. Habermas toma na teoria do discurso elementos liberais (política deliberativa por compromissos entre interesses) e republicanos, e os integra na sua concepção de um procedimento ideal de deliberação e tomada de decisões. Cf. A inclusão do outro. *Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277-292.

⁶ Há no seio do republicanismo uma corrente conservadora e aristocrática (Aristóteles, Guicciardini, os Ottimati da Florença renascentista e, nos Estados Unidos, John Adams) que procura criar uma estrutura constitucional que contenha, de forma considerável, os impulsos da participação popular. Para essa corrente doutrinária, o povo não foi feito para governar, mas para eleger os governantes competentes, que governarão no interesse de todos, em função do bem comum. O republicanismo compreende, também, uma corrente democrática (Maquiavel, os Whigs

radicais do século XVIII e Thomas Jefferson). Aqui, não se trata mais de equilibrar os interesses representados pelas diferentes classes e de defender o governo misto, porém, muito mais, de retomar a ideia de divisão de poderes, tão cara a Montesquieu. Ou, mais precisamente, de assegurar, a todos, poder de contestação e participação. Há também uma distinção entre o “republicanismo clássico” e o “humanismo cívico”. Este último tende a

Há mesmo quem não se identifique com o republicanismo, mas se veja assim rotulado, como é o caso de Dworkin. E há também a reivindicação comunitária, que recupera valores republicanos, mas que se pretende colocar num campo autônomo do ponto de vista teórico e filosófico.

O que é comum aos vários autores que, direta ou indiretamente, reconhecem valores republicanos é justamente a utilização de teorias políticas do passado ou de conceitos políticos históricos para iluminar argumentos políticos e filosóficos atuais. Trata-se de recuperar noções como virtude cívica, bem comum,⁷ espaço público, participação política, razão dialógica, soberania popular, cidadania, bom governo, entre outras, pertencentes à gramática da *res publica* e o seu originário conceito romano (coisa pública), como algo que liga uma dada comunidade.⁸ Pretende, em última instância,

considerar que o engajamento político corresponde a uma concepção do bem ou encerra, em si mesmo, um valor moral. Sob esse ponto de vista, o humanismo cívico aproxima-se do comunitarismo. Por outro lado, a posição republicana clássica situa-se na tênue fronteira que separa, de um lado, o humanismo cívico, e do outro, a ideia de que a participação política é um objetivo importante, porém, nada mais representa que uma concepção da vida realmente boa, dentre outras (Rawls). Cf. BERTEN, A. Republicanismo e Motivação Política. In MERLE, J. e MOREIRA, L. (org.) *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 21-22 e 27. Sobre o legado do republicanismo aristocrático, consulte-se CONILL, J. La Tradición del Republicanismo Aristocrático. In CONILL, J. e CROCKER, D. A. (editores). *Republicanismo y Educación Cívica*. Granada: Colmares, 2003, p. 57-72 e 135-158.

⁷ Nas palavras de Maurizio Viroli, a noção de virtude cívica dos republicanos compreende o desejo de homens e mulheres de viver com dignidade e, porque sabem que não podem viver com dignidade em uma comunidade corrupta, fazem o que podem, quando podem, para servir à liberdade comum. A motivação vem de um senso moral e, mais precisamente, do desprezo às prevaricações, às discriminações, à corrupção, à arrogância e à vulgaridade; em outros, prevalece um desejo estético de decência e decoro; outros ainda são mobilizados por interesses legítimos: desejam estradas seguras, parques agradáveis e bem conservados, monumentos respeitados, escolas sérias, hospitais de verdade. Em muitos casos, estes motivos trabalham juntos, e um reforça o outro. São os cidadãos que tem o senso de responsabilidade civil e que só fizeram bem à comunidade e a si próprios. Para o mesmo autor, a noção de bem comum não é nem o bem (ou o interesse) de todos, nem um bem (ou um interesse) que transcende os interesses particulares, mas sim o bem dos cidadãos que desejam viver livres da dependência pessoal, e, como tal, é um bem oposto ao bem de quem deseja dominar. Cf. *Diálogo em torno da república: os grandes temas da política e da cidadania*, Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 16-18 e 48.

⁸ Ressalta Ricardo Leite Pinto, que a importância dada a esses valores pelos diversos autores é desigual. Uns salientam a virtude cívica (Guiner) e a responsabilidade individual (Sherry), outros a cidadania e a participação na comunidade (Oldfield), outros ainda o processo

regenerar a política mediante sua vinculação à ética. Conectar os cidadãos com a esfera pública da política sem assumir uma identidade moral coletiva. Reduzir a distância entre os representantes e representados. Estabelecer um novo desenho institucional e ativar os atores sociais para comprometerem-se e participarem da política com virtudes cívicas.⁹

Daí se falar de um novo republicanismo (neorrepublicanismo) para denotar um despertar dessa tradição republicana para tematizar as relações sociais nos diferentes contextos de interação política e densificar os interesses públicos, quanto para abordar a questão do desempenho e do aprimoramento do Estado e das instituições democráticas.

Segundo Patrick Savidan, o importante reconhecimento atual dessa escola do pensamento se explica, tanto pelo seu caráter filológico, como também pela amplitude, a seriedade e o rigor das análises realizadas. Para o autor, o resgate do paradigma republicano é, depois dos trabalhos de John Rawls, um dos acontecimentos teóricos mais importantes ocorridos no domínio da filosofia política. O paradigma republicano possui atualmente um valor teórico e prático inestimável, capaz de empreender uma problematização fecunda dos princípios da modernidade liberal.¹⁰

Considerado um dos responsáveis pelo resgate da tradição republicana, Philip Pettit propõe nas suas principais obras,¹¹ como elemento organizador do neorrepublicanismo, a ideia de liberdade como não-dominação¹²,

de participação política (Sunstein) e o modelo de democracia deliberativa (Nino) e outros, finalmente, as formas ou instituições do estado republicano e, nelas, o papel da constituição e da lei (Pettit). Cf. Uma introdução..., cit., p. 470.

⁹ ARIZA, S. S. La Recuperación de la Política. Algunas reflexiones sobre el republicanismo. In FIGUEROA, A. G. (coord.). *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 190.

¹⁰ CONILL, J.; CROCKER, D. A. (editores). *Republicanismo...*, cit., p. 150-151.

¹¹ O original, em inglês, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: University Press, 1997, e a edição, em espanhol, *Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, 1999. Há uma tradução para português do artigo do autor intitulado Democracy and Contestability, publicado no livro *Direito e Legitimidade*, organizado por Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.

¹² É de se notar, que essa concepção de liberdade como não-dominação, tipicamente republicana, não seria apenas um meio termo entre a dicotomia corrente da liberdade positiva (liberdade dos antigos), aquela concebida como autogoverno e controle do agente sobre si próprio, e a negativa (liberdade dos modernos), concebida como não-interferência alheia. Muito menos se trata de liberalismo, comunitarismo ou humanismo cívico. A liberdade

exigindo um Estado constitucional forte, de variante deliberativa, onde as instituições, mais do que garantidoras da liberdade, são, elas próprias, constitutivas dessa liberdade.

Assim sendo, Pettit propõe a discussão e desenvolve a sua tese em duas partes. Na primeira, discute a necessidade de restrições constitucionais na República ideal. Na segunda, analisa o modo como a tomada pública de decisão tem que ser democraticamente controlada em um Estado republicano.

1.1. Constitucionalismo e não-manipulabilidade do poder

Segundo Pettit, os instrumentos empregados pelo Estado republicano no exercício do poder devem ser, na medida do possível, não-manipuláveis. Em outras palavras, precisam ser desenhados para a promoção de certos bens públicos e tem que ser relutantes ao seu emprego arbitrário. Nenhum indivíduo ou grupo deveria poder decidir discricionariamente o modo de usar esses instrumentos.¹³

Em qualquer cenário possível, tendo em vista as realidades empíricas, haverá três condições genéricas que um sistema não-manipulável terá que satisfazer. A primeira condição é que o sistema esteja constituído sobre o império da lei; a segunda, que disperse os poderes legais entre diferentes partes; a terceira, que faça a lei relativamente resistente à vontade da maioria.

A condição do império da lei traz consigo o requisito de que o Estado atue por meio de leis gerais, irretroativas, adequadamente promulgadas. Com isso, fica restringida a possibilidade de atuação de agentes públicos motivados por interesses pessoais ou escusos.¹⁴

Segundo Pettit, isso não significa negar o exercício do poder discricionário aos agentes públicos, e por isso mesmo, frustrar toda possibilidade de que as decisões governamentais se conformem às exigências dos casos particulares. Obviamente, tal negativa impediria a capacidade do governo para promover os objetivos republicanos. A forma de controlar a

como não-dominação provém da antiga tradição em que ser livre significa não estar sob o domínio de outrem e deve ser vista como um ideal qualitativamente distinto de sociedade. Cf. *Republicanism...*, cit. p. 18.

¹³ *Republicanism...*, cit., p. 227.

¹⁴ *Republicanism...*, cit., p. 173.

arbitrariedade no exercício desse poder discricionário seria fazer vincular medidas adicionais, como, por exemplo, as medidas de contestabilidade da tomada de decisão, que serão analisadas a seguir.

A condição da dispersão do poder resulta essencial para evitar que as autoridades adquiram poderes arbitrários. A condição serve também para aumentar a probabilidade de as autoridades seguirem motivações legais e legítimas, que desempenhem suas funções com a devida consideração aos interesses públicos, tendo em vista a possibilidade de controle recíproco, segundo a taxinomia clássica de Montesquieu.

Mas não é só. A dispersão do poder tem que vir em apoio também de outras medidas distintas da separação dos poderes como, por exemplo, o sistema bicameral do parlamento; a descentralização territorial no sistema federal; a regionalização dos Estados que transferem o poder para organismos internacionais.¹⁵

Contudo, Pettit reconhece que não é possível uma separação exata dos poderes, sendo inevitável, por exemplo, que, ao interpretar a lei, o poder judiciário se arrogue certo grau de poder legislativo. Uma separação exata poderia comprometer a capacidade do Estado para promover seus objetivos republicanos.¹⁶

Por último, a condição contra majoritária serve para prevenir a influência de interesses escusos, em particular os majoritários, que podem estar representados no Estado. Significa dizer que as opções majoritárias dissociadas do interesse público ficam excluídas, na medida em que devem seguir procedimentos mais restritos e exigentes para a modificação das leis.

O argumento republicano a favor dessa condição é o de que as majorias se formam com facilidade e os agentes majoritários poderão exercer um poder mais ou menos arbitrário, a não ser que se restrinja sua vontade. Nessas condições, o neorrepublicanismo tende a apoiar as medidas contra

¹⁵ *Republicanism...*, cit., p. 234.

¹⁶ Sobre a problemática da judicialização da política, consulte-se, por todos, MACIEL, D. A. e KOERNER, A. *Sentidos da Judicialização da política: duas análises*. Revista Lua Nova, nº 57, 2002; CARVALHO, E. R. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, nº 23, pp. 115-126, nov. 2004; CASTRO, M. F. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, vol. 12, nº 34, jul. 1997; VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

majoritárias com que se associou o republicanismo clássico: a divisão bicameral do parlamento; o reconhecimento de restrições constitucionais postas às leis e a introdução de uma carta de direitos.¹⁷

Por outro lado, a condição contra majoritária exige uma jurisprudência que, à margem do critério alternativo de apoio majoritário, sirva para declarar a validade ou invalidade das leis sob a perspectiva republicana. Para o neorrepublicanismo, esse critério de qualificação é o da liberdade como não-dominação. Assim sendo, corrobora Pettit a ideia de que a legitimidade de uma lei não decorre apenas do apoio popular majoritário, mas da qualidade de reduzir a dominação que pode vir do poder. E isso pode ser feito por meio da hermenêutica constitucional dos Tribunais.¹⁸

Em síntese, para promover a liberdade como não-dominação, o Estado republicano necessita de um sistema de governo que satisfaça as condições constitucionais acima descritas, sem o qual o governo será facilmente manipulável por vontades arbitrárias.

1.2. Contestabilidade do poder: a república deliberativa, inclusiva e responsiva

Na teoria neorrepublicana de Pettit, a promoção da liberdade como não dominação exige que se estabeleça um mecanismo para garantir que a tomada de decisão pública, seja no poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, atenda aos interesses e às interpretações dos cidadãos por ela afetados, de tal modo, que possa haver identificação entre os interesses da decisão e dos cidadãos. Em outras palavras, a tomada de decisão tem que considerar as inquietudes e o modo de pensar dos cidadãos destinatários do ato.¹⁹

Para que ocorra essa identificação da ação estatal com os interesses dos cidadãos, não basta o puro e simples consentimento, seja ele, individual ou coletivo, implícito ou explícito. Pettit entende que a não-arbitrariedade requer, não tanto o consentimento dos cidadãos, mas a contestabilidade efetiva sobre as decisões governamentais. Em outras palavras, se o Estado pratica um ato de restrição ou interferência na liberdade do cidadão, este

¹⁷ *Republicanism...*, cit., p. 181.

¹⁸ *Republicanism...*, cit., p. 237-238.

¹⁹ *Republicanism...*, cit., p. 184.

deve ser capaz de contestar e criticar esta interferência sempre que ela não corresponda aos seus interesses e interpretações. O caráter não-arbitrário das ações estatais decorre dessa condição e não apenas do fato de resultarem de algum processo formal de consentimento.²⁰

Nestes termos, o que Pettit propõe com a contestabilidade é a adoção de um determinado perfil democrático para as ações estatais, de menos consenso e mais dissenso. Um perfil que pode ser identificado com o de uma “democracia de dissenso”.²¹ Uma democracia que segue pautas deliberativas da tomada de decisões, que inclua as principais vozes da diversidade presente na comunidade e que responda satisfatoriamente às contestações apresentadas. A democracia de dissenso é, substancialmente, um processo de contestação, e não um processo que passe necessariamente por uma tomada de decisão majoritária.

Assim sendo, para que a tomada de decisão estatal seja contestável, especialmente aquelas fundadas em prerrogativas discricionárias, pelo menos três condições, simultâneas e complementares, devem ser satisfeitas.

A primeira é que a tomada de decisão se conduza de tal modo que haja uma base potencial para a contestação (república deliberativa). A segunda é que exista um canal ou uma voz a partir do qual possa ser motivada a contestação (república inclusiva). E a terceira é que exista um espaço adequado para fazer audível a contestação. Um espaço no qual se possa estimar a validade das exigências e determinar as respostas adequadas (república responsiva).²²

1.2.1. Uma base para a contestação: a república deliberativa

De acordo com a teoria neorrepública, para que a tomada de decisão pública possa permitir uma base de contestação, é necessário que a mesma seja baseada não apenas na negociação, em que os diferentes grupos de interesse procuram buscar acordo comumente benéfico com a menor concessão

²⁰ *Republicanism...*, cit., p. 241-242.

²¹ Importante ressaltar que essa expressão “democracia de dissenso” não está indicada expressamente na obra do autor, mas decorre da argumentação que o mesmo faz sobre as condições de contestabilidade da ação estatal.

²² *Republicanism...*, cit., p. 186-187.

possível, mas, especialmente, no debate, de maneira que as diversas partes escolham que ordenamento responde melhor às considerações que todos podem reconhecer como relevantes, sendo que uma das considerações relevantes é que deveria resultar num acordo.²³

Segundo Pettit, a tomada pública de decisões baseada no debate é a que oferece melhores condições para ser contestável de uma maneira republicana, ou seja, que as pessoas tenham garantias de que serão atendidos os seus interesses e as suas interpretações. O problema das contestações negociadoras é que somente são acessíveis a quem tem suficiente poder negociador (quem representa grupo de interesse de peso) para poder ameaçar efetivamente a outras partes.

Dessa forma, o atrativo das contestações surgidas do debate é que estão abertas a todos os que consigam arguir plausivelmente contra as decisões públicas. A princípio, não necessitam ter um poder de peso ou particularmente grande para serem capazes de colocar razoavelmente uma decisão fundamentada.

O significado da tomada de decisão pública baseada no debate seria que, em qualquer lugar onde fosse realizada, seja no legislativo, no executivo ou no judiciário, existiriam procedimentos para identificar as considerações relevantes para a decisão, possibilitando assim que os cidadãos manifestem opiniões sobre o apropriado destas considerações. E significaria a existência de procedimentos que permitiriam aos cidadãos fazer um juízo sobre a real determinação do resultado pelas considerações relevantes: as decisões teriam que ser feitas com transparência, com votação, com liberdade de informação, etc.

Assim sendo, sob a ótica neorrepublicana, as considerações relevantes tomadas com base no debate deverão ter um formato imparcial, de modo que não privilegie um setor de opinião ou interesse em detrimento de outros.

²³ Na tomada de decisão baseada na negociação, as pessoas participam com interesses e interpretações pré-definidos e forçam um acordo fazendo-se mútuas concessões. Na tomada de decisões baseada no debate, as pessoas partem do comum reconhecimento da relevância de certas considerações e se movem no sentido de um resultado acordado, interrogando-se mutuamente sobre a natureza e o alcance dessas considerações e convergindo em uma resposta à questão de qual decisão é garantida pelas considerações. Na tomada de decisões baseada na negociação, as preferências estão dadas; na tomada de decisões baseada no debate, as preferências se formam. Cf. *Republicanism...*, cit., p. 244-245.

Em qualquer caso, se exigirá das autoridades que decidam baseando-se em considerações adequadas e que deixam claramente motivadas as questões pelas quais se guiaram.

Trata-se, portanto, de um ideal que remete a um processo deliberativo de tomada de decisão, no qual o próprio autor considera como muito próxima de um republicanismo tradicional (“república das razões”) que Cass Susteïn remeteu aos *American founders*, e que corresponde a uma democracia deliberativa, vista também em Joshua Cohen e Habermas.

1.2.2. Uma voz para a contestação: a república inclusiva

Para a teoria neorrepublicana, a democracia de dissenso requer um meio através do qual possa qualquer cidadão defender os seus interesses e interpretações contra qualquer tipo de ofensa ou injustiça que uma tomada pública de decisão possa acarretar. Assim, a democracia não deve ser apenas deliberativa, mas também deve ser inclusiva.²⁴

No âmbito do legislativo, para que as vozes tenham crédito, tem que vir do setor representado, e não ser simplesmente ecos da simpatia despertada por esse setor. Desse modo, o grupo logrará ser representado pela presença de algum de seus membros e não pela graça dos porta-vozes parlamentares. A legislatura includente terá que incorporar, por direito próprio, todas as vozes dissonantes que podem encontrar-se na comunidade.

O requisito da inclusividade no legislativo se propagará, de acordo com as circunstâncias, em um bom número de critérios recomendáveis para a seleção e a estruturação do poder Legislativo do Estado republicano. A maneira óbvia de selecionar os membros do legislativo é o sufrágio direto. Todavia um modo de eleição que somente reflita circunstâncias regionais talvez não garanta que se dê a grupos significativamente diferentes uma voz própria. Uma vez que existe um sistema bicameral, poderia resultar conveniente dispor de métodos distintos de sufrágio para as duas casas legislativas. Se há problemas com a eleição de mulheres, não seria má ideia exigir a cada partido a confecção de listas com percentuais mínimos de mulheres, assim como para a população indígena etc.

²⁴ *Republicanism...*, cit., p. 248.

No âmbito do Executivo e Judiciário do Estado republicano, no qual a questão das eleições para o cargo refletem uma importância menor, poderia ser utilizado como critério para garantir a inclusividade nesses poderes, sendo que este não é o mais importante, um certo número estatístico dos principais grupos interessados, como, por exemplo, a representação variada de distintos padrões culturais comunitários no corpo de jurados, que incluía tanto aqueles compartilhados com o acusado como os que não são. Esse critério, segundo Pettit, pode valer para todos os órgãos que integram o poder executivo e judicial do Estado.

Todavia, a inclusividade, ao dispor de uma voz audível, não se reduz a estar satisfatoriamente representada. Mais importante ainda, sobretudo no Executivo e no Judiciário, é que haja margem para que as pessoas, e os grupos relevantes a que pertencem, possam exercer a contestação perante os órgãos do poder. Em outras palavras, têm que ser capazes de reclamar e de apelar; tem que ser capazes de apresentar uma injustiça e de pedir reparação.

Na opinião de Pettit, há muitos canais para que se possa implementar essa inclusão, tais como, o direito de petição aos órgãos públicos, a habilitação aos meios de acesso à justiça, a participação da sociedade civil organizada, dos movimentos sociais, etc.

Todavia, Pettit ressalta que o maior problema para fazer com que um sistema democrático de governo seja inclusivo, está no fato de que os políticos necessitam de recursos para ganhar as eleições e que os partidos sejam obrigados a depender de determinados indivíduos e empresas para financiar suas atividades.²⁵ Essa dependência obriga os políticos a darem demasiada atenção aos interesses de seus beneficiários, o que significa que o parlamento e o governo tenderiam a deixar de ser substancialmente inclusivos. Para resolver esse problema, o autor propõe separar efetivamente

²⁵ O poder dos lobbies em democracias liberais é muito bem analisado por Domenico Losurdo, quando estuda o que denomina de bonapartismo soft, movimento triunfante no final do século XX. Para Losurdo, o bonapartismo soft se configura como um regime não só em virtude da sucessão ordenada e indolor de um líder para outro, mas também pelo fato de que a competição se desenvolve com base numa plataforma substancialmente unitária e comum aos diversos candidatos que concorrem ao cargo de guia e intérprete supremo da nação. É o que se verifica, em particular, nos Estados Unidos da América. Cf. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/UNESP, 2004, p. 307-311.

o mundo do governo e o mundo dos negócios, o que leva à discussão sobre o financiamento privado e público de campanha e o modo pelo qual se organiza o sistema eleitoral do Estado.²⁶

1.2.3. Um espaço para a contestação: a república responsiva

A terceira condição que tem que cumprir a vida política para realizar a democracia de dissenso e a contestabilidade do poder, é que não apenas assegure às pessoas uma base e uma voz para a contestação, mas também um espaço no qual as suas reclamações e contestações tenham a audiência apropriada. A vida política tem que ser deliberativa e inclusiva desde logo, mas também responsiva.

Para Pettit, essa terceira condição suscita duas questões óbvias: primeiro, quais procedimentos são suficientes para garantir que as contestações recebam uma audiência adequada? E em segundo lugar, quais resultados podem satisfazer tais contestações?

Recorda o autor que a primeira imagem que surge quando se pensa na audiência que recebe um grupo de pessoas que contesta uma tomada pública de decisão é a participação dos movimentos populares (pelos direitos civis, minorias étnicas, povos indígenas), a controvérsia, o debate generalizado e, ao final, um progressivo ajuste legislativo. Para Pettit, esse tipo de imagem não resulta inadequado. Numa democracia de dissenso é necessário que as pessoas sejam capazes de formar coalizões em torno de grupos e que tenham a oportunidade de chamar a atenção da opinião pública e da vida política sobre o seu ponto de vista.

Todavia, ressalta Pettit, que deve haver também outros procedimentos menos heroicos. Esses procedimentos têm que existir, a fim de assegurar a audiência, as contestações e as críticas, mais ou menos rotineiras, das decisões administrativas e judiciais. Tem que haver certos procedimentos que garantam, por exemplo, que a administração pública, a polícia e os Tribunais, não serão omissos sobre certas impugnações de seus atos. Nesses casos, o que exige uma democracia de dissenso é que as reclamações sejam “despolitizadas”, e sua audiência, apartada do tumulto da discussão

²⁶ Republicanismo..., cit., p. 252-254.

popular informal. O que aqui exige a democracia de dissenso é o recurso à tranquilidade e à serenidade, por exemplo, das comissões parlamentares multipartidárias, dos tribunais de arbitragem, ou dos órgãos autônomos e profissionais.

A segunda questão tem a ver com os tipos de resultados que devem alcançar essas audiências para obter uma resposta satisfatória, isto é, para assegurar que o Estado não domine as partes que contestam as suas decisões.

Nesse caso, Pettit sustenta que é necessário que a decisão seja tomada de acordo com procedimentos adequados e que seja motivada por um interesse que o contestante compartilhe com outros. Ou seja, a parte vencida não pode ver a decisão como um exemplo de dominação por parte do Estado ou de outros grupos. Em assim sendo, resulta perfeitamente possível que uma parte contestante não perca a confiança de seguir desfrutando a liberdade como não-dominação por simples fato de que a decisão final lhe seja adversa.²⁷

No caso dos dissidentes radicais, onde não é possível ou globalmente desejável a fixação de um território separado, ou quando menos, uma jurisdição separada, ainda assim é possível implementar a liberdade como não-dominação dos dissidentes radicais. As medidas que podem contribuir para alcançar esse resultado, Pettit descreve como “objeção procedimental de consciência”.

Assim sendo, em qualquer sociedade republicana tem que haver espaço para que indivíduos e grupos dissidentes radicais possam exigir da lei um tratamento especial, motivado na objeção procedimental de consciência, sem aspirar a benefícios exploradores, como tem acontecido, por exemplo, com o tratamento jurídico dado aos povos indígenas pós-coloniais, aos grupos religiosos, ao serviço militar obrigatório, etc.

Em suma, a contestabilidade da tomada pública de decisão, materializando-se de forma deliberativa, inclusiva e responsiva, exerce um papel fundamental na legitimação do Estado republicano.

²⁷ *Republicanism...*, cit., p. 257-258.

2. A legitimação democrática das agências reguladoras sob a perspectiva do neorrepublicanismo

A teoria neorrepublicana de Philip Pettit, centrada nas restrições constitucionais e democráticas de não-manipulabilidade do poder e contestabilidade da tomada pública de decisão, oferece critérios objetivos e um modelo bem definido para a avaliação da legitimidade democrática da estrutura regulatória criada no Brasil, a partir das reformas administrativas dos anos 1990.

2.1. Não-manipulabilidade do poder regulatório

Em relação ao poder regulatório atribuído às agências para condicionar e disciplinar a atividade econômica privada por meio de comandos exógenos (intervenção por direção e indução), é preciso verificar se esse poder está sujeito às três condições de não-manipulabilidade dos instrumentos políticos: que esteja constituído sobre o império da lei; que disperse os poderes legais entre diferentes partes; que faça a lei relativamente resistente à vontade da maioria.

Quanto à primeira condição, o seu fundamento encontra-se, em primeiro lugar, no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao prescrever que a atuação do Estado na ordem econômica se dará como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Além do mais, para os setores de telecomunicações, petróleo e gás natural, a Constituição Federal exigiu expressamente a criação de um órgão regulador – artigos 21, inciso XI e 177, §2º, inciso III.

Sem embargo, e considerando que não há vedação constitucional expressa para o legislador infraconstitucional criar órgãos reguladores, por meio da descentralização administrativa prevista no Decreto-Lei n. 200/67, o Poder Executivo pode criar entidades autárquicas, dotando-a de personalidade jurídica de direito público (artigo 41 do Código Civil), patrimônio e receita próprios, e outorgando-lhe a titularidade e a execução de atividades típicas do Estado (art. 5º, inciso I). A criação se dará por meio de lei específica, de iniciativa do Presidente da República, conforme determina o artigo 37, inciso XIX e artigo 61 § 1º, inciso II, alínea ‘e’, da Carta Constitucional.

As três primeiras agências reguladoras criadas para o setor das indústrias de rede foram: a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996); a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997); e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997).²⁸

Como pessoa jurídica de direito público, a autarquia traz ínsita, para a consecução dos seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe foi outorgado. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. O que há é mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.²⁹

No caso das agências reguladoras, entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes e privilégios, tendo em vista a natureza da função e a complexidade técnica dos serviços regulados e fiscalizados. Como bem destacado por Luis Cabral de Moncada³⁰ e Marcello Caetano³¹, a presença da complexidade técnica pressupõe necessariamente uma maior independência da entidade reguladora para que ela não fique sujeita a ingerências de natureza política.

Nestes termos, a outorga de privilégios e poderes regulatórios às agências atende o primeiro aspecto da condição de não-manipulabilidade da ação estatal. Ou seja, a prerrogativa estatal de regulação se dá por meio de leis formais, universais e genéricas; essas leis são promulgadas e publicadas para fins de eficácia *erga omnes*; são consistentes e não estão sujeitas a mudança constante.

Por outro lado, quanto à necessidade de atuação estatal fundamentada em lei, importa observar que a teoria republicana de Pettit não afasta a

²⁸ No direito brasileiro não há uma norma geral que defina o que seja uma agência reguladora. Tais agências vão se configurando, na realidade, na medida em que vão sendo criadas, não havendo uniformidade de tratamento na definição de tais entidades. Todavia, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o PL n. 3.337/2004, que dispõe sobre normas gerais de gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras.

²⁹ Vide artigo 1º da Lei n. 9.427/96 (Aneel); artigo 8º da Lei n. 9.472/97 (Anatel) e artigo 7º da Lei n. 9.478/1997 (ANP).

³⁰ *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 82-83.

³¹ *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 174.

possibilidade de ação do Estado com base em outras normas que não aquela oriunda do Parlamento (lei em sentido formal). Como visto no capítulo anterior, o republicanismo defende a atuação do governo, preferencialmente, por meio de lei. Ou seja, o parlamento tem que tratar de legislar para que não ocorra uma interferência arbitrária.

No entanto, o republicanismo não nega a conveniência do exercício do poder discricionário aos agentes públicos, na medida em que tal negativa impediria a capacidade do governo para promover os objetivos republicanos. No Estado republicano, a melhor lei pode encontrar-se obrigada, segundo contingências de tempo e lugar, a permitir certa margem de discricionariedade aos agentes públicos. A forma de controlar a arbitrariedade no exercício desse poder discricionário seria fazer vincular medidas adicionais, como, por exemplo, as medidas de contestabilidade da tomada de decisão ou obrigar os agentes públicos a satisfazerem certos requisitos adicionais como, por exemplo, uma formalidade procedimental prévia para a ação estatal.³²

Nesse caso, a discricionariedade³³ que é conferida às agências reguladoras para as escolhas regulatórias que afetam interesses dos agentes regulados, não apenas decorre da natureza da função técnica que exercem, como estão amparadas por exigências legais de processualidade.

A segunda condição de não-manipulabilidade do poder – dispersão do poder entre diferentes partes – no Brasil, a separação de poderes é princípio geral de organização político-administrativa do Estado e consta expressamente no artigo 2º da Constituição Federal.

³² *Republicanism...*, cit., p. 175-176.

³³ A respeito da discricionariedade ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que ela pode ser entendida, em sentido amplo, como a possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados; e em sentido restritivo, para expressar apenas a possibilidade jurídica outorgada pelo legislador ao administrador para integrar a definição do interesse público específico previsto numa norma legal. Prossegue o mesmo publicista, resumindo essas ideias no seguinte conceito: “discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de ato de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”. Cf. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 32/33.

No entanto, adverte José Afonso da Silva, que o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão sobre a teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em independência orgânica e harmonia dos poderes³⁴ Nessa mesma linha, a teoria neorrepblicana sustenta que não é possível uma separação exata dos poderes, sob pena de comprometer a capacidade do Estado para promover seus objetivos republicanos.

Assim sendo, a outorga pelo Estado moderno de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos que não sejam o Poder Legislativo e o Judiciário não encontra nenhuma vedação constitucional. Ao revés, a Constituição Federal de 1988 admite a participação dos demais poderes, em caráter secundário, por meio de regulamentos e de medidas provisórias.

Como bem ressaltado por Carlos Ari Sunfeld, a competência normativa das agências reguladoras não significou uma usurpação da função legislativa, mas sim um aprofundamento da atuação normativa do Estado, tendo em vista as especificidades e complexidades dos novos padrões sociais.³⁵

No entanto, deve ficar claro que a possibilidade da atribuição de poder normativo às agências reguladoras não significa a outorga de uma prerrogativa de regulamentação autônoma. A legitimidade da detenção do poder normativo pelas agências depende de lei que fixe os *standards* e finalidades da atuação.³⁶ Assim sendo, a constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa, o que implicaria na

³⁴ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

³⁵ Introdução às agências reguladoras. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

³⁶ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin no 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Diário da Justiça, de 23 de outubro de 1997, o Supremo Tribunal Federal considerou, em caráter liminar, constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações em favor da Anatel, que tratam da competência da Anatel de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, desde que estas prerrogativas subordinem-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.

contrariedade ao primeiro aspecto da condição do império da lei da teoria neorrepública.

A terceira condição para que um sistema político seja não-manipulável – condição contra majoritária – a lei que outorga os poderes regulatórios às agências possui a natureza de lei ordinária. De acordo com a Constituição Federal de 1988, a discussão e votação de lei de iniciativa do Presidente da República tem início na Câmara dos Deputados e será revisto pelo Senado, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se aprovado, ou arquivado, se rejeitado (artigos 64 e 65).

Embora a ciência política tenha identificado problemas na relação entre o Poder Executivo e o Poder legislativo, derivado da fragmentação das forças políticas representadas no Congresso e a necessidade de o Poder Executivo garantir a governabilidade com base em grandes coalizões instáveis, não se evidencia um risco de pressões majoritárias no Congresso Nacional para alterações das leis que tratam das agências e dos poderes regulatórios.

Constata-se, portanto, que sob o ponto de vista da não-manipulação do poder arbitrário, as agências reguladoras brasileiras atendem a todas as condições impostas pela teoria neorrepública.

2.2. Contestabilidade da ação regulatória

Na teoria neorrepública de Philip Pettit, o requisito da contestabilidade significa a adoção de certo perfil democrático de dissenso a ser observado pelo Estado republicano na tomada pública de decisão, especialmente aquelas fundadas em prerrogativas discricionárias, que afete interesse dos particulares.

Para que o requisito da contestabilidade seja plenamente satisfeito, pelo menos três condições, simultâneas e complementares, devem ser observadas por ocasião da ação estatal: a) que se conduza de tal modo que haja uma base potencial para a contestação (república deliberativa); b) que exista um canal ou uma voz a partir do qual possa ser motivada a contestação (república inclusiva); e c) que exista um espaço adequado para fazer audível a contestação (república responsiva).

No caso da intervenção regulatória do Estado na ordem econômica e social, para que as agências se legitimem é preciso que sejam criadas de

acordo com uma determinada estrutura organizacional que garanta o direito de participação e deliberação, e que estabeleçam mecanismos que garantam a inclusividade e a responsividade.

No que tange ao aspecto organizacional, as leis instituidoras de tais entidades, no âmbito federal, bem como o disposto na Lei n. 9.986/2000, atentaram para a importância de um órgão colegiado para a sua direção, dificultando com isso a captura da agência pelos regulados. Esse colegiado será composto por diretores ou conselheiros, com mandato fixo, cuja nomeação pelo Presidente da República dependerá de aprovação pelo Senado, sendo que a prática dos atos de sua competência deve ser tomada por deliberação majoritária. A figura do ouvidor, instituída em algumas agências reguladoras, foi criada com o objetivo de facilitar a comunicação com a sociedade, atuando como um fiscalizador dotado de mandato. E a previsão da “quarentena” que atenua e reduz o risco de captura da agência.

Quanto ao conteúdo da ação e da política regulatória, a legislação estabelece vários procedimentos rotineiros de consultas e audiências públicas que permitem a participação direta de potenciais interessados na formulação de normas administrativas. Apesar dos participantes não terem direito a voto (ou seja, as audiências não funcionam como assembleias ou colegiados), é fator determinante da legitimação democrática do atual modelo de regulação a participação ativa dos regulados e dos consumidores/usuários ao lado do regulador. Por outro lado, o procedimento de consultas e audiências públicas também são relevantes sob o aspecto transparência que deve permear a ação regulatória.

Adverte-se que se a consulta ou a audiência pública forem instaladas, é dever administrativo da agência analisar e responder fundamentadamente cada uma das sugestões, críticas e interpretações, pouco importando se se revelem muito complexas ou impertinentes e irrelevantes. Desse modo, atende-se a condição de inclusividade da ação política destacada pela teoria neorrepública.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla instrumentos democráticos de deliberação, inclusividade e responsividade no exercício da função regulatória desempenhada pelas agências.

Considerações finais

A ação regulatória da economia, surgida após a crise do Estado social, possui natureza específica, distinta daquela até então existente. O seu conteúdo é quantitativamente (funções de natureza normativa, executiva e judicante) e qualitativamente mais amplo (funções de natureza técnica), na medida em que terá por objetivo disciplinar setores estratégicos da economia, com mercados extremamente complexos, com alto grau de racionalidade e eficiência.

Com isso, a atribuição da ação regulatória a entidades públicas com considerável autonomia administrativa e financeira em relação à Administração direta do Estado foi uma decorrência natural dessa nova forma de atuação estatal. Procurou-se evitar que o conteúdo da regulação ficasse sujeito a ingerências políticas-administrativas indevidas, fortemente influenciadas pela conveniência subjetiva do agente político.

No Brasil, a reforma administrativa com vistas à instituição de um Estado regulador iniciou-se nos anos 1990, com a edição do Programa Nacional de Desestatização e com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Nesse contexto, foram efetivados vários processos de privatização de empresas estatais nos setores de energia, telefonia, petróleo e gás natural, entre outros. As primeiras agências reguladoras criadas para o setor de infraestrutura de rede foram a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Todavia, a institucionalização do modelo de regulação da economia por agências independentes suscitou uma série de questionamentos, de natureza jurídica e política, quanto à constitucionalidade e legitimidade de sua atuação.

No plano da teoria política, o debate está relacionado ao problema da desigualdade de condições de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder político nas democracias representativas de massa, como, por exemplo, na nomeação dos dirigentes das agências para um mandato a termo que ultrapassa os limites do mandato do agente político eleito – accountability vertical, e das deficiências do controle político das agências pelo sistema de freios e contrapesos, como, por exemplo, o controle político do Poder Executivo e do Poder Legislativo – accountability horizontal.

Com a abordagem teórica de Philip Pettit, ficou demonstrado que as agências reguladoras brasileiras atendem a todas as condições impostas pela teoria neorrepblicana. Por outro lado, observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro contempla instrumentos democráticos de deliberação, de inclusividade e de responsividade no exercício da função regulatória desempenhada pelas agências.

Oportuno advertir que a manutenção do perfil democrático e republicano desse modelo de regulação dependerá, para sua estabilidade e segurança, ser garantido pelo ordenamento jurídico, levando-se em consideração eventuais aperfeiçoamentos e adaptações decorrentes da volatilidade e complexidade dos setores e agentes regulados.

Referências

- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONILL, J. e CROCKER, D. A. (editores). *Republicanism y Educación Cívica*. Granada: Colmares, 2003.
- FIGUEROA, Alonso García. (coord.). *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/UNESP, 2004.
- MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press, 1997.
- _____. *Republicanism. Una Teoria sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999.

- _____. *Teoria da Liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. Deliberative democracy and the case for depoliticising government. *UNSW Law Journal*, Volume 24, 2001.
- PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. *Análise Social*, XXXVI (158-159), 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da república: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- YUNES, Eliana; BAZILLIO, Luiz Cavalieri. *A Chaga da Corrupção*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

A crise de Governança no setor público brasileiro e seus impactos na economia e no setor privado

GERALDO MAGELA ALVES DE SÁ

Resumo: A história da Governança na esfera pública e privada brasileira é verificada com mais ênfase com a promulgação da Constituição de 1988, onde vários artigos da nossa Carta Magna, normatiza a evolução e definições de procedimentos que visa atingir os principais objetivos da Governança. A realidade atual do Brasil, deverá ter uma análise bastante crítica, onde os especialistas tentarão encontrar as razões da crise que atravessa as instituições públicas e privadas. A instabilidade que o país está mergulhado, pede uma reflexão dos procedimentos adotados, de boas práticas de governança nas áreas jurídicas, financeiras e sociais. Os princípios que norteiam os valores constitucionais que estão contidos na Constituição Federal de 1988, deverão ser observados na atuação estatal e suas relações com o setor privado. Esta relação impõe a busca de eficiência e eficácia do Estado em suas políticas públicas e a transferência dos gastos. Os tribunais de Contas, como órgãos responsáveis pelo controle da administração pública se tornam os atores da elaboração de processos para se atingir os objetivos das boas práticas de governança.

Palavras-chave: *A Governança na Administração Pública e Privada: As boas práticas do Poder Público em relação do Setor Privado.*

1. Introdução

As organizações se depararam com as complexidades das estruturas e processos administrativos e principalmente a influência dos fatores externos, levando assim a necessidade dos proprietários a delegar a terceiros a administração da estrutura organizacional, financeira e pessoal. Diante disto os acionistas preocupados com a maneira de administrar as organizações, propõe criar normas e processos para maior controle das organizações,

visando a implantação de uma gestão voltada para a transparência e a sustentabilidade empresarial. No setor público novos procedimentos deverão ser adotados para se adequarem aos princípios da boa governança.

Neste trabalho será demonstrado a importância da governança corporativa que é crucial para o sucesso das organizações. O tema ganhou notoriedade com os casos de corrupção da PETROBRAS. Serão desenvolvidos o conceito, os princípios e uma nova abordagem das técnicas a serem adotadas.

A governança pública seria uma nova geração de reformas administrativas, que o Estado deverá adotar para obter maior eficácia e transparência com a participação do poder público, das empresas e da população.

A importância dos controles internos e externos da Administração serão demonstrados, dando destaque maior à importância das Cortes de Contas.

No atual momento do Brasil, verifica-se o dilema de combater a corrupção e ao mesmo tempo defender a economia do país. A **Operação da Lava Jato** mostra claramente este embate de posições, onde nasce a teoria de que a corrupção será extinta por meio da prisão dos corruptos e corruptores, da demonização da política e da destruição das organizações empresariais.

O outro pensamento aparece para contrapor, onde a corrupção deve sim, ser combatida, mas de maneira planejada, para não demonizar a política, danificar as empresas e extinguir os empregos.

1.1. Problema e Objetivos

- Quais os impactos da crise de Governança do setor público na economia e no setor privado brasileiro?

O objetivo final é um resultado a ser alcançado que, caso seja atingido, se traduz na resposta ao problema de pesquisa formulado (VERGARA, 2006).

Neste trabalho, o objetivo é demonstrar os impactos da crise de Governança do setor público na economia e no setor privado brasileiro, em especial no estado do Rio de Janeiro.

- Pesquisar, através de obras da literatura, os conceitos de governança corporativa e privada;
- Pesquisar o cenário de crise da governança pública e seus efeitos no setor público;

- Relacionar os conceitos estudados e os impactos da forma de combate à corrupção na economia e no setor privado brasileiro, particularmente no estado do Rio de Janeiro.

1.2. Metodologia

Quanto aos meios é uma pesquisa bibliográfica e quanto aos fins é uma pesquisa exploratória aproximando-se de um estudo de caso pela particularização dos efeitos da crise de governança e seus impactos no estado do Rio de Janeiro

2. A Governança Corporativa

O termo Governança aparece em tempos mais antigos através de Jessop(1999, p.4), onde nos alerta que, ainda na década de 40, o economista Friedrich Hayek dizia que o mercado é a melhor forma de governança econômica. Com efeito, Jessop(1999) esclarece que a governança surge da necessidade, tentativa ou esperança de reduzir o risco, complexidade inerente, ou seja, governar e controlar os fenômenos e eventos do mundo real.

Na década de 90 as empresas perceberam que estavam perdendo o controle dos setores administrativos, e diante do quadro apresentado tiveram a necessidade de partirem para as auditorias externas e daí surgiram os conceitos e princípios da governança corporativa.

As definições de governança corporativas são as mais diversas, mas de maneira geral a conceituação se refere aos processos administrativos adotados pelas organizações. Os conceitos de governança corporativa são adaptados no sentido de mostrar mais transparência no processo da gestão e a maior responsabilidade do gestor no sentido de conseguir os melhores resultados.

A governança corporativa surgiu para superar os conflitos no interior das empresas e diante desse cenário, desenvolvendo mecanismo para criar expectativas positivas quanto ao controle e daí garantir que as posições dos executivos estivessem sempre de acordo com os interesses da outra parte que seria os acionistas.

Podemos observar que nos anos 90, o Reino Unido apresentava problemas de falta de confiança nas grandes empresas, decorrente de escândalos, ou

seja, problemas ligados a ética. A referida situação e também a pressão exercida pelos grupos com grande poder no país, levou o Banco da Inglaterra a criar um comitê para analisar e elaborar o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa.

O comitê foi constituído por representantes da Bolsa de Valores e do Instituto de Contadores Certificados. O resultado do comitê foi a elaboração do *Cadbury Report* (Relatório da Comissão sobre os Aspectos Financeiros de Governança Corporativa), que posteriormente foi apresentado a sociedade e publicado em 1992.

Os procedimentos da governança que o comitê orienta, vai firmar de forma definitiva a administração das empresas britânicas que serviram como base para os demais países começarem a analisar o tema. O *Cadbury Report*, que define a governança corporativa como “o sistema pelo qual as organizações são dirigidas e controladas”.

Pode-se citar outras organizações pelo mundo que inicia o estudo sobre governança, como a *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD). A (OECD) é uma organização com sede na França, criada em 1948 para ajudar a gerir o Plano Marshall, para a reconstrução da Europa logo após a Segunda Guerra Mundial. A principal função era elaborar propostas e discussões para solucionar problemas comuns de seus membros e coordenar políticas internas ligadas ao desenvolvimento econômico.

A OECD elaborou *Best Practices for Budget Transparency*, do qual o objetivo deste documento foi aumentar o grau de transparência orçamentaria, praticas essas vindas das experiências dos seus membros.

Segundo Marques (2007), os princípios da OECD são usados como referência para que as empresas criem seus próprios princípios, conforme suas particularidades e necessidades. A evolução dos princípios é constante e eles tratam de diversos temas, como os “métodos alternativos de solução de conflitos, a responsabilidade social da empresa, as políticas de *e-governance* e o meio ambiente das empresas.

2.1. Princípios da Governança Corporativa

As atividades de governança nos mercados empresariais, vêm sofrendo modificações no decorrer do tempo e trazendo assim, a necessidade de encontrar o ponto de convergência das melhores práticas a serem adotadas.

Mas as organizações na busca de atrair investimentos aos seus próprios negócios e ao país, tiveram de adotar práticas em que se baseiam em princípios básicos que são: transparências, senso de justiça, prestação de contas, cumprimento das leis e ética.

A respeito desses princípios, nas palavras de Slomski(2008), proporcionam aos investidores “maior segurança e garantia de retornos maiores sobre seus investimentos e menor percepção de risco, visto que a incerteza atrelada ao investimento afigura-se menor” .

A OECD divulgou em 2004, os princípios que considerou fundamental para governança corporativa:

- **“assegurar a base para um sistema eficaz de governança corporativa:** o sistema de governança corporativa deve promover mercados transparentes e eficazes e ser coerente com o Estado de Direito, além de articular com clareza a divisão de responsabilidades entre as diferentes autoridades supervisoras, reguladoras e executoras da lei;
- **direitos dos acionistas e principais funções da propriedade:** o sistema de governança corporativa deve proteger e facilitar o exercício dos direitos dos acionistas;
- **tratamento equitativo dos acionistas:** o sistema de governança corporativa deve garantir o tratamento equitativo de todos os acionistas, inclusive os não controladores e estrangeiros. Todos os acionistas devem ter oportunidades de obter reparação efetiva por violação;
- **papel dos *stakeholders*¹ na governança corporativa:** o sistema de governança corporativa deve reconhecer os direitos de outras partes interessadas, previstos por lei ou por acordos mútuos, e estimular a cooperação ativa entre corporações e *stakeholders* para criara riquezas, empregos e sustentabilidade de empresas financeiras sólidas;
- **transparência:** o sistema de governança corporativa deve garantir divulgação precisa e oportuna de todos as questões relevantes

¹ *Stakeholder*, é um dos termos utilizados em diversas áreas como gestão de projetos, comunicação social administração e arquitetura de software referente às partes interessadas que devem estar de acordo com as práticas de governança corporativa executadas pela empresa

relacionadas com a corporação, inclusive situação financeira, desempenho, composição societária e governança de empresa;

- **responsabilidades do conselho de administração:** o sistema de governança corporativa deve garantir a gestão estratégica da empresa, o monitoramento eficiente da administração pelo conselho à empresa e aos acionistas.

2.2. Governança Corporativa no Brasil

No Brasil a governança corporativa começou a ser pensada mais profundamente em 1995, pelo professor João Bosco Lodi e pelo administrador de empresas Bengt Hallgvist, que foram os idealizadores do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), com apoio de um grupo de 36 pioneiros, entre empresários, conselheiros, executivos e estudiosos.

A ideia central do Instituto era fortalecer a atuação dos conselhos de administração que era o órgão de orientação, supervisão e controle nas empresas. No decorrer do tempo, as preocupações aumentaram com relação as questões de propriedade, diretoria, conselho fiscal e as auditorias independente, entre outras questões.

Diante disto em 1999, houve a mudança do nome IBCA para Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Atualmente o IBGC é reconhecido no país e também na América Latina como referência da difusão das melhores práticas de Governança. O Instituto publicou em 2004 o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, atualmente na 5ª versão. Nesta edição, o Código adota uma abordagem que estimula o uso consciente e efetivo dos instrumentos de governança, focando a essência das boas práticas. Tornou-se, portanto, menos prescritiva, ampliou o olhar sobre as diversas partes interessadas.

As boas práticas de governanças corporativa, conforme mostra o IBGC, aponta para princípios básicos se alinhando a interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização sua longevidade e o bem comum. Os princípios que norteiam as práticas de governança, são elencados pelo IBGA:

- **“Transparência** – consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que condizem à preservação e à otimização do valor da organização.
- **Equidade** – Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessados (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.
- **Prestação de Contas (accountability)** – Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumido integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligências e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.
- **Responsabilidade Corporativa** – Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, etc) no curto, médio e longo prazos.”

As grandes organizações no Brasil, procuram acompanhar as boas práticas de governança, entre elas podemos citar a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. A análise das práticas de governança aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Os investidores quando financiam companhias, eles sujeitam-se ao risco de apropriação indevida, por parte de acionistas controladores ou de administradores da companhia, de parcela do lucro do seu investimento. Conforme é registrado a cartilha editada em 2002 pela CVM, “Recomendações da CVM sobre a Governança Corporativa”, busca aplicar um sistema de governança que proteja todos os seus investidores tendem a ser mais valorizadas, porque os investidores reconhecem que o retorno dos investimentos será repartido de maneira igualitária.

3. Governança Pública

Governança pública é o sistema que compreende os mecanismos institucional para o desenvolvimento de políticas públicas que garantam que os resultados desejados pelos Cidadãos, e demais entes da vida pública sejam definidos e alcançados (IBGP – Instituto Brasileiro de Governança Pública, 2014).

O Tribunal de Contas da União define Governança no Setor Público² como conjunto de mecanismo de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

O primeiro modelo de gestão pública foi a **gestão patrimonial**, onde o poder político se confundia com o Patrimônio do Estado, neste caso o gestor tinha o comando total da situação, colocando-se em risco a legalidade e a transparência dos atos administrativos.

O gestor tomava as decisões de acordo com a sua vontade e além disso agia em interesses pessoais. Estes procedimentos avançam até a década de 30, onde surge em contraposição, o modelo denominado gestão pública burocrática. Observa-se que esta nova gestão já traz algumas inovações positivas que seria permitir a segurança jurídica e a legalidade. A parte negativa desta gestão burocrática foi uma administração gigante e ineficiente.

A Governança Pública no pelo Decreto 9.203/2017, define os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão. Os princípios que norteiam a governa pública, conforme art. 3º do Decreto nº 9.203/2017, são: capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade e transparência.

A Governança Corporativa deu suporte para o início da discussão da necessidade de boas práticas para Governança Pública. Neste tipo de gestão voltada para o setor público nota-se a preocupação envolvendo legitimidade e principalmente o cumprimento dos objetivos que visa os interesses comuns da população do país. No art. 5º do mesmo Decreto, mostra os mecanismos atribuídos ao gestor público que seria: integridade, competência, responsabilidade e motivação.

² Referencial básico de governa aplicável a órgãos e entidades pública/Tribunal de Contas da União. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

Nos últimos anos, o tema governança no setor público, vem se tornando frequentes os debates. As boas práticas da governança pública são apresentadas como solução para grande parte dos problemas públicos, para os órgãos responsáveis pela implementação e formulação de políticas públicas

A Constituição de 1988, criou condições necessárias à governança de Estado, onde fixou direitos e garantias fundamentais dos cidadãos³, organizou politicamente e administrativamente o Estado e os Poderes⁴. Visando criar condições necessárias à governança pública, a Assembleia Constituinte de 1988, definiu as responsabilidades e instituiu estruturas de controle interno e externo.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, além da Constituição/88 tivemos outros instrumentos que surgiram para fortalecer a governança pública:

- Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal – Decreto 1.171, de 22 de junho de 1994)
- Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000), que têm por objetivo aspectos éticos e morais e o comportamento de liderança
- O Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído em 2005 e revisado em 2009 e 2013, cujos os fundamentos norteiam-se pelos princípios constitucionais da administração pública e pelos fundamentos da excelência gerencial contemporânea
- Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011), que asseguram o direito fundamental de acesso à informação e facilitam o monitoramento e o controle de atos administrativos e da conduta de agentes públicos.

Na governança pública existem dois tipos de atores envolvidos; **principal** e **agentes**. Conforme a Constituição/88, o parágrafo único do art. 1º “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

³ Art. 5º da Constituição Federal de 1988

⁴ “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988, ART18).

Infere-se que, no contexto público, a sociedade é “o principal”, pois compartilha as percepções de finalidade e valor e detém o poder social, podendo exercê-lo de forma conjunta e ordenada por meio de estrutura criadas para representá-la. (DALLARI, 2005). Os **agentes**, são aqueles a quem são delegados para administrar os recursos públicos, elaborar políticas para o bem da sociedade, monitorar. O ator **principal** é o cidadão o maior interessado neste cenário

3.1. Sistema de Controles Internos

O sistema de controle interno na Administração Pública, pode ser entendido de que maneira atingir um determinado resultado, seguindo normas para execução das rotinas. Conforme a Constituição Federal no seu art. 74, os poderes da União deverão manter de maneira integrada o sistema interno de controle, com o objetivo de que haja uma eficiente execução das propostas de governo, diminuindo assim os riscos de desvio de recursos e aplicação irregular de verbas públicas.

A Constituição estabelece vínculo do Sistema de Controle Interno – SCI, em outros três nos arts. 31, 70 e 74. O art. 31 trata do SCI e sua vinculação ao Poder Executivo, mas como forma de apoio ao exercício do controle externo de competência do Poder Legislativo. No art. 70 trata de sua abrangência em termos de fiscalização.

O INTOSAI (2004) conceitua como um processo integrado realizado pela gestão da entidade, projetado para lidar com os riscos e oferecer garantias de que a missão da entidade será cumprida, buscando atingir objetivos éticos, eficácia operacional e econômica.

O Departamento do Tesouro Nacional do Brasil (1991), conceitua através de Instrução Normativa nº 16, de 20 de dezembro de 1991, como sendo o conjunto de atividades, planos, métodos e procedimentos interligados utilizado a fim de assegurar que os objetivos dos órgãos e das entidades da administração pública sejam alcançados de forma confiável e concreta, evidenciando desvios ao longo da gestão, até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público.

A administração pública brasileira seguidamente é criticada em relação a sua capacidade de atingir seus objetivos, de cumprir suas políticas e implantar programas e serviços com qualidade, eficácia e eficiência, que gerem retorno para sociedade (TCU, 2009).

Observa-se que ao aplicarmos o controle interno no setor público, percebe-se sua importância para a gestão não só para a redução de riscos, mas de suporte para o cumprimento de uma série de princípios, regulamentos e normas.

O SIC em linhas gerais, significa exercer controle, fiscalizar e inspecionar. O controle pode ser caracterizado pelas atividades de verificação de um registro, executado de forma permanente ou periódica, demonstrado em documento ou outro meio, que expresse uma ação, situação, resultado, com objetivo de se verificar se está em conformidade com as normas e padrões estabelecidos.

3.2. Sistema de Controle Externos

Conforme a nossa Carta Magna, o sistema de controle externo é atribuição do Poder Legislativo, a quem incumbe, o julgamento das prestações de contas do Chefe do Executivo. O julgamento é embasado pela emissão de parecer técnico dos Tribunais de Contas, sendo que este procedimento ocorre em todas as esferas federativas (União, Estado e Municípios), e este parecer tem o significado político-institucional e jurídico que é necessário para o exercício dessa competência, que são atribuições das Casas Legislativas e daí surge a expressão “com o auxílio” do Tribunal de Contas.

Destaca-se também que outras competências que são indispensáveis ao controle amplo e abrangente da administração pública, estão atribuídas diretamente ao Tribunal de Contas, que exerce de forma independente no âmbito fiscalizatório.

Pode-se dizer que a Administração Pública, existe o controle externo, exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo, sendo este último exercido com auxílio do Tribunal de Contas, quando se tratar de fiscalização financeira, contábil e orçamentária.

Também, no sistema atual, atribui-se ao Ministério Público importante função de controle da Administração Pública, não só na esfera criminal, mas também para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros, isto sem falar no importante papel de controle da improbidade administrativa.

Existem outras normas jurídicas que servem como ferramentas poderosas para auxiliar o controle externo, que seria a Lei de Responsabilidade

Fiscal, Lei de Licitações e Contratos e a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.

Considerando que Administração Pública tem o objetivo macro de gerir os recursos públicos, vem vincular aos valores de cidadania, exercendo assim o controle social no Brasil.

Nessa linha de pensamento, Santos (2003) acentua a necessidade de “cultura de participação social” para a efetivação de um controle social em parceria com o controle externo exercido pelos tribunais de contas.

As Cortes de Contas, são guardiães constitucionais das contas públicas, assumem papel central na promoção de uma justiça financeira material, e não apenas formal. Como decorrência disso, devem incentivar a adoção de uma boa governança pública por parte de seus jurisdicionados, combatendo as anomalias da atuação estatal, tanto no que diz respeito à tributação quanto no que concerne ao gasto público, geradoras de iniquidades. (FERREIRA JÚNIOR; OLIVO, 2014, p. 203)

O Tribunal de Contas é um órgão independente em relação aos três Poderes, mas que os auxilia no desempenho de suas atividades de governo ou em suas específicas atribuições constitucionais, sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles. A expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo” deve ser interpretada como de cooperação funcional, na importante missão fiscalizadora desse Poder. (MARANHÃO, 1990, p. 101-102)

Portanto, o Tribunal de Contas se situa entre os Poderes, e não em algum deles. A Constituição Italiana, talvez por essa razão, tenha qualificado como órgão auxiliar da República, e não de algum dos seus Poderes. Da mesma forma, a Constituição brasileira de 1934, que o definiu como órgão de cooperação nas atividades governamentais. (MARANHÃO, 1990, p. 102).

Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas trazem em seu texto atribuições conferidas ao Tribunal. Entre essas estão a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001)⁵, a Lei de Licitações e Contratos

⁵ Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000 – Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm

de 21 de junho de 1993(8.666/93)⁶. As Leis 8.666/93 e 101/2001, são instrumentos valiosos no auxílio de boas práticas da governança.

A estrutura dentro do corpo jurídico brasileiro, mostra o princípio da descentralização administrativa, que é uma necessidade no campo organizacional, incluindo o público. A descentralização se baseia no fator que irá atingir a eficiência, que conforme o art. 37, *caput*, da CF/88, é um dos princípios que devem nortear a Administração Pública.

A eficiência é atingida mais facilmente quando a autoridade e a responsabilidade não estão concentradas somente nas mãos de um gestor, mas quando são investidas a níveis hierárquicos mais baixos da organização, visto que são os mais próximos dos objetivos a serem atendidos. (CHIAVENATO, 2003, p. 155-164)

Dentro deste contexto, destaca-se que uma das principais atribuições das Cortes de Contas é zelar pela eficiência do Setor Público, tendo em vista que auxilia na fiscalização contábil, financeira e orçamentaria sob a visão da legalidade, legitimidade e economicidade (art.70, *caput*, da CF/88)⁷ dos entes públicos, colaborando assim para a boa governança

Desta maneira, se visualiza que no momento de responsabilizar os agentes públicos, os Tribunais de Contas não podem ignorar que, as administrações públicas sigam os procedimentos descentralizados para viabilizar a execução das atividades, pois nem todas elas estão ao alcance dos dirigentes e ordenadores de despesas.

Vale ressaltar que, em algumas situações, que a Corte de Contas tem como procedimento apontar a responsabilidade de forma automática ao ordenador primário, tão somente pelo fato de assumir tal condição. Ao adotar essa forma de ação, o Tribunal acaba assumindo a condição equivocada de que o ordenador primário está acima dos demais níveis da administração e, ainda, que pleno conhecimento de todos fatos ocorridos, inclusive os irregulares que venham a ser praticados por seus subordinados.

⁶ Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 – Regulamento o art.37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitação e controle e dá outras providências http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm

⁷ Art. 70.....

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Na verdade, agindo desta maneira, o Tribunal em vez de zelar pela eficiência, acaba contribuindo para o inverso.

Num breve resumo, pode-se afirmar que cabe aos Tribunais de Contas, conforme os princípios constitucionais pertinentes e com os parâmetros legais, delimitar as situações onde os particulares que causem danos ao erário público estarão sujeitos a sua jurisdição.

4. Crise de Governança no Setor Público Brasileiro

Verifica-se que nas últimas décadas, o país passa por transformações econômicas e sociais, onde trouxe a reforma da administração pública para o centro das discussões da agenda política e social.

As mudanças foram realizadas no sentido de organizar o Estado e gerir a economia nacional, mas o progresso das práticas administrativas em direção ao interesse público, ainda permanecem longe de ser satisfatório.

Historicamente voltada para as soluções técnicas, a administração enfatiza mais aspectos instrumentais da gestão do que sociopolíticos: focaliza-se a eficiência dos processos gerenciais e delega-se a análise dos seus impactos para a ciência política. (PAULA, 2005)

A autora afirma ainda, que o resultado tem sido um descompasso entre as três dimensões que considera fundamentais para a construção de uma gestão pública democrática: a) a dimensão econômica financeira, que se relaciona com os problemas no âmbito das finanças públicas e investimentos estatais, envolvendo questões de natureza fiscal, tributária e monetária; b) a dimensão institucional-administrativa, que abrange problemas de organização e articulação dos órgãos que compõem o aparato estatal, assim como as dificuldades de planejamento, direção e controle das ações estatais e a questão da profissionalização dos servidores públicos para o desempenho de suas funções; c) a dimensão sociopolítica, que compreende problemas situados no âmago das relações entre o Estado e a sociedade, envolvendo os direitos dos cidadãos e sua participação na gestão pública.

A convergência entre estas dimensões é indispensável para a consolidação de uma gestão pública democrática, mas devido a separação clássica entre política e administração, existe uma tendência que o nível sociopolítico tenha menos importância.

Diante do momento atual em que a sociedade começa a requisitar um espaço maior nas decisões do país, nota-se uma crise significativa, entre as dimensões administrativas e política.

A dimensão administrativa conforme (PAULA, 2005), verifica-se graves atos dos órgãos de fiscalização, nos quais ocorreram falhas em conduções de rotinas técnicas e a prática de atos ilícitos por parte de membros desses órgãos de controle.

Os escândalos de corrupção nas Cortes de Contas, ocorridos nos últimos tempos no Brasil, mostrou que os órgãos responsáveis constitucionalmente pelo controle externo da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, vem sofrendo pela falta de legitimidade.

A Operação Lava Jato, surpreende a todos, quando divulgado que quatro dos nove ministros do Tribunal de Contas da União, eram citados em delações premiadas dos executivos de algumas empresas investigadas de corrupção, inclusive o Presidente da Corte de Contas da União a época. O Gabinete do Presidente do TCU tornou-se um escritório de pareceres a favor das empreiteiras. Na verdade, o que é inacreditável, é que todos Ministros permanecem em seus cargos e sem punição até o presente momento.

A Operação Zelotes, envolveu o Ministro Augusto Nardes, que foi o relator do processo das Pedaladas Fiscais que foram atribuídas a ex-presidente Dilma Rousseff, que posteriormente a levaria ao *impeachment*. O fato relata uma quantia que a empresa de consultoria que pertencia ao Ministro, teria recebido recursos financeiros do canal de televisão RBS afiliada da Rede Globo, para agilizar a tramitação de processos⁸.

Outro escândalo de grandes proporções, foi a prisão de cinco conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ, que teve o nome de Operação “**O Quinto do Ouro**”⁹ que investigava um esquema de pagamentos de propina oriunda de dinheiro desviado de contratos com

⁸ Jornal Estadão – São Paulo de 02/abril/2017 – <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dos-9-do-tcu-4-sao-citados-em-investigacoes,70001723248>

⁹ De acordo com a PF, o nome da operação é uma referência ao “Quinto da Coroa”. Trata-se do imposto correspondente a 20% que a Coroa Portuguesa cobrava dos mineradores de ouro no período do Brasil Colônia.... – Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/29/pf-prende-5-dos-7-conselheiros-do-tce-rj-e-leva-presidente-da-alerj-para-depor.htm?cmpid=copiaecola>

órgãos públicos para agentes do Estado.¹⁰ Os cinco conselheiros, alvos de mandados de prisão foram: Aloysio Neves (que no momento era presidente do TCE-RJ); Domingos Brazão, José Gomes Graciosa, Marco Antônio Alencar e José Maurício Nolasco.

O processo de escolha de ministros e conselheiros das Cortes de Contas, talvez possa explicar os vários fatos de corrupção e falhas técnicas detectadas.

A força, imparcialidade, profissionalismo e independência de uma corte, é uma questão de engenharia constitucional, e está intimamente ligada à forma pela qual os seus membros julgadores são indicados e aos termos para os quais eles servem. (ACKERMAN, 2000, p. 667)

A legislação brasileira quando interpretada de maneira equivocada é a grande responsável pela falta de critérios para nomeação dos membros dos Tribunais, levando assim para pratica de vários vícios que levam o comprometimento das boas práticas da governança pública e também influenciando no setor privado.

O modelo de provimento contido na nossa Carta Magna é, plenamente satisfatório, no que diz respeito ao atendimento da legitimidade originária, já que os requisitos por ele exigidos seriam mais do que suficientes para um exercício do mister.

A Constituição de 1988, prevê, como requisito para o cargo de Conselheiro, notórios conhecimentos nas áreas relacionadas diretamente com o escopo de atuação multidisciplinar ou transdisciplinar dos Tribunais de Contas.

Além disso, prevê a reputação ilibada que se espera de quem detém o elevado múnus de fiscalizar as contas públicas. E exige, ainda, as experiências prévias, sejam de natureza profissional, caracterizada pelo efetivo exercício por período superior a dez anos de atividades que exijam os conhecimentos multidisciplinares.

A deficiência na nomeação dos membros dos Tribunais de Contas tem a visão equivocada de que a função de controle é uma exclusividade do Parlamento ou simples auxiliares do Poder Legislativo. Devido a isso, o Legislativo visualiza a escolha dos titulares das vagas reservadas ao

¹⁰ PF prende 5 dos 7 conselheiros do TCE-RJ e leva presidente da Alerj para depor ... – Portal UOL – <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/29/pf-prende-5-dos-7-conselheiros-do-tce-rj-e-leva-presidente-da-alerj-para-depor.htm?cmpid=copiaecola>

Parlamento como destinadas necessariamente a Parlamentares, os quais nem sempre observam com rigor os requisitos constitucionais acima.

Na verdade, não se pode atribuir a baixa efetividade das funções dos Tribunais de Contas somente pela à deficiência nos processos de indicação dos seus membros. Existem componentes associados ao burocratismo e do formalismo que se reflete não apenas na gestão, mas também no controle administrativo, bem como vai de encontro ao princípio da boa administração e da boa governança pública.

Na dimensão política, vivenciamos uma crise da democracia representativa do país, que se aprofundou desde as manifestações de 2013, neste período até os dias atuais já passamos por fatos marcantes como um afastamento de um Presidente da República como também o envolvimento de membros do Congresso Nacional em episódios de corrupção.

Segundo Manin (1997), existe dois momentos em que fica demonstrado que a democracia representativa parece ter entrado em crise: surgimento dos partidos de massa e o crescente “abismo” entre governantes e governados.

Ubinati e Warren (2008) mostram a falta de capacidade dos partidos políticos de continuarem de serem agregador e fiadores das vontades da população

No Brasil o nosso parlamento é formado por grupos de parlamentares diretamente ligados ao sistema corporativo financeiro e empresarial. Neste caso forma-se os grupos de pressão, deixando grande parte da sociedade desassistida.

Os grupos de pressão seriam entidades que procuram fazer com a decisões dos poderes públicos sejam conformes às ideias de uma determinada categoria social. (BONAVIDES, 2006, p.460).

No contexto dos grupos de pressão, os partidos políticos perdem a sua importância e influência, pois os parlamentares ligados a corporações ficam acima dos fundamentos partidários.

Nesta visão Mair(2009), aponta que o poder dos partidos em governar depende da capacidade em absorver as demandas da população. Quando os partidos não conseguem ter sucesso em cumprir os alicerces da democracia representativa, surge a perda da legitimidade.

A perda de legitimidade está ligada aos recorrentes casos de corrupção ocorridos no país, neste cenário, a população acusa constantemente os políticos de suas ações, causando assim o desinteresse dos cidadãos e daí criando um ciclo danoso de reeleição dos mesmos candidatos, que continuam atuando de forma de não atender as demandas populares.

5. Operação Lava Jato e a Governança Corporativa

A Operação Lava Jato teve início de 2014 com o objetivo de apurar um esquema grandioso de lavagem de dinheiro envolvendo partidos políticos, parlamentares, a PETROBRAS e grandes empreiteiras do país. Nesta operação aparece um personagem já conhecido da Justiça do escândalo de desvio de dinheiro que foi através do BANESTADO que serviu para desviar 30 bilhões de dólares para o exterior, este personagem foi o doleiro Alberto Youssef. Foram dois escândalos de proporções imagináveis de acontecer. A Operação é um exemplo de má utilização dos princípios da Governança Corporativa em se falando das empreiteiras.

A Operação colocou em evidência as maiores empresas de engenharia do Brasil, num esquema de lavagem de dinheiro, e o mercado brasileiro se vê na necessidade de adotar medidas para tentar minimizar a falta de credibilidade diante dos últimos acontecimentos. Além da falta de observância dos princípios de uma boa governança, se tornava um caso de polícia que levaria vários executivos a serem presos, causando assim um desgaste muito grande para a imagem das empresas, onde várias delas foram obrigadas a pedirem concordata.

A repercussão notória com o desenrolar da Operação, levou o tema da gestão corporativa, passar pelo aperfeiçoamento dos seus princípios. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), elencou oito pontos no intuito de melhorar os procedimentos para enfrentar as ameaças e os riscos aos quais os negócios passam a estar expostos no país. A aprovação da Lei Anticorrupção nº 12.846/2014, demonstra a força das mudanças pelas quais as corporações estão passando. Conforme diz Mercedes Stinco, coordenadora da comissão de gerenciamento de riscos corporativos do IBGC *“leis, regulamentos e normas impõem às organizações novas exigências. Adequar-se pode ser considerado como parte de uma nova estrutura de governança”*. Os oito pontos que foram reavaliados pelo IBGC no Encontro dos Conselheiros Certificados em 2015 foram os seguintes:

- **Riscos cibernéticos:** em maior ou menor grau, as evoluções tecnológicas afetam ou podem afetar os negócios em caso de algum ataque externo.

- **Papeis e responsabilidades conhecidas:** fóruns e principais responsáveis pelo monitoramento de riscos, alçadas e metodologia aplicada devem fazer parte da governança da gestão de riscos.
- Comunicação eficaz entre o conselho de administração e os gestores responsáveis pela área. Adoção de políticas de riscos, transparência e formalização de riscos assumidos.
- **Engajamento:** não adianta ter estrutura, processos e controles formais sem que haja indivíduos pessoalmente engajados na execução de suas atribuições. Principalmente no conselho de administração, que é o guardião da política de gerenciamento de risco.
- **Independência, sinergia e utilidade:** gestão de riscos que funciona com eficácia deve ter, além de independência, sinergia com área correlatas a ser patrocinada pela liderança. Ao mesmo tempo, se não for útil para a gestão, não terá a efetividade e a continuidade necessárias.
- **Compliance¹¹ e transformação cultural:** após a Lei Anticorrupção, fez-se necessários lapidar as pessoas da organização. Portanto, a mudança cultural surge como desafio. Não basta ser. Tem que parecer, através de ações como tolerância zero, treinamento e orientação, incentivo à denúncia e gestão de consequências.
- **Reputação** se constrói de dentro para fora da organização e se mede através da percepção dos **stakeholders**. Há necessidades da participação de todos os níveis da empresa, entregar o que se promete e não ter medo de fazer perguntas difíceis.
- **Lei Anticorrupção:** os conselheiros devem estar atentos à prevenção de práticas de corrupção. A lei traz penalidades para as pessoas jurídicas, entretanto, as pessoas físicas poderão ser responsabilizadas por outras formas, como através da Lei das S.A., que impõe deveres fiduciários aos administradores das companhias.

Quando se analisa os princípios reavaliados do IBGC, nota-se que foi uma conclusão das práticas não executadas pelas empresas. Os fatos escandalosos que vieram a público, mostra que estes procedimentos criminosos

¹¹ O termo **compliance** tem origem no verbo em inglês to comply, que **significa** agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “**compliance**” é estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.

não é de agora e sim de várias décadas. Talvez o mais importante seja a transparência, que as empresas deverão adotar, pois várias delas tem ações nas bolsas no Brasil e no resto do mundo e os investidores estão dispostos a pagar mais por ações que tem uma classificação quanto as mesmas praticam bons níveis de governança. Também se nota a falta de ética profissional, que ficou evidenciada nas ultimas operações policiais nas empresas brasileiras.

No princípio **Riscos cibernéticos**, para vários analistas econômicos e de política internacional, afirmam que o Brasil foi vítima da **Guerra Híbrida**¹². No Governo de Dilma Rousseff, vários Ministros e executivos das grandes empreiteiras, tiveram as suas caixas postais e telefones espionados, este caso se tornou um grande escândalo mundial denunciado pelo analista de sistema *Edward Snowden* e ex-contratado da NSA, onde o analista informou através de entrevista ao Jornal *The Guardian* e *The Washington Post* como era feito a invasão das informações de várias autoridades e empresas do mundo inteiro.

No caso do Brasil, os analistas afirmam, que as informações foram adquiridas ilegalmente da empresa Petrobras e das empreiteiras brasileiras e posteriormente foram encaminhadas para o Juiz Sergio Moro, pois os Estados Unidos se sentiu ameaçado o com a força que o Brasil estava adquirindo, pois teria uma das maiores reservas de petróleo do mundo. Também as empreiteiras do país estavam começando a conquistar o mercado mundial na área de engenharia pesada, devido a experiência das empresas adquiridas no PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, criado em 2007 no Governo do Presidente Lula, onde foram realizadas construções de aeroportos, plataforma de petróleo, rodovias, ferrovias, usinas hidrelétricas e nucleares entre outras construções de grande porte.

Dentro deste cenário as empresas brasileiras adquiriram experiências em mega construções, e isto também levaram vários países, principalmente da Ásia, a perder espaço no mercado mundial. Hoje as mesmas empresas de engenharia estão praticamente todas quebradas.

Vários analistas afirmam que todo este processo é teoria da conspiração, mas somente tempo poderá nos mostrar. Mas o que ficou evidente que as empresas entraram em situação financeira difícil, gerando do desemprego,

¹² **Guerra Híbrida** é uma estratégia militar que mescla táticas de **guerra** política, **guerra** convencional, **guerra** irregular, e ciber guerra com outros métodos de influência, tais como fake news, diplomacia, lawfare e intervenção eleitoral externa

pois todas as construções ligadas ao PAC foram interrompidas por ordem da justiça e conforme informação site do jornal O Globo de 20/09/2018, o Tribunal de Contas da União em auditoria parcial, afirma que existe 2,8 mil obras do PAC estão paralizadas.

Os métodos utilizados pelos Juízes para punir as empresas, trouxe uma grave crise na economia do país. A Justiça não teve a preocupação com a saúde financeira das empresas e muito menos com os empregos que foram destruídos.

Nos Estados Unidos e na Europa existem uma preocupação de combater a corrupção, mas preservar os empregos e a arrecadação de impostos para o Estado. Nestes países são feitos os Acordo de Leniência, pois assim se combate a corrupção e não causa danos significativos na economia do país.

O combate inconsequente à corrupção é a entrega e rendição, porque tem a capacidade única de promover estrondosa dissolução de instituições nos sistemas político, econômico e social. (WARDE, 2018, p.33).

6. Conclusão

O Brasil atravessa uma grave crise, decorrente dos escândalos de corrupção, é de extrema importância a valorização do princípio da justiça financeira e do direito fundamental, como bases fundamentais à administração eficiente e as boas práticas da governança pública.

A preocupação com o bom controle público, direciona a administração para boas práticas de governança, visando conseguir atingir os objetivos para as políticas públicas, almejando o melhor para a sociedade.

As Cortes de Contas são os atores principais no controle de gastos dos entes públicos, assim deverá perseguir métodos para atingir a confiabilidade da sociedade, onde atualmente estes órgãos de controles, demonstram envolvimento de servidores em atos ilícitos.

No atual contexto, é essencial levar em conta os vários discursos e suas inevitáveis divergências, principalmente dentro de uma sociedade muito complexa, tendo a necessidade de ampliação das discursões com a participação dos setores da sociedade e do Estado, envolvendo a tecnologia, a economia, a administração, a contabilidade, a engenharia e as demais ciências.

O controle rigoroso no interior das empresas, porem dando flexibilidade ao gestor mas dentro da legalidade, neste contexto poderá ter criatividade para inovar, sem gerar temor ao administrador na escolha da melhor decisão a ser tomada.

A governança corporativa das empresas privadas no Brasil, verifica a necessidade de uma evolução nos modelos de prestação de contas e aos acionistas, para que as corporações se tornem mais competitivas na atração de recursos de investidores. Tais orientações se aplicam as empresas estatais que, além dessas deficiências, tem características difusas do controlador e a características políticas próprias, tornando ainda mais difícil a consolidação das boas práticas de governança corporativa para aumentar a ação dos gestores e a avaliação de seu desempenho.

A governança em relação das corporações do setor privado brasileiro, deverão reavaliar as suas práticas, pois diante dos últimos escândalos, as empresas ficam em descréditos perante o mercado mundial. Várias dessas empresas tem capital girando em bolsas do mundo inteiro, tendo assim um termômetro de avaliação de confiabilidade.

No setor público como no setor privado, a transparência e a *accountability* são considerados como princípios fundamentais de boa governança. Estes princípios decorrem de que ambos buscam resolver um dos aspectos que dão fundamento a temática da governança.

Quando se aborda à perspectiva procedimental, propõe uma abordagem institucional, para a melhoria dos instrumentos de fiscalização, de maneira a proporcionar aos instrumentos investigatórios maior poder, utilizando as atividades de inteligências, a celebração de acordos de leniência pela administração pública e com acessos a informações sigilosas pelo sigilo bancário e fiscal.

Por fim, para a obtenção das boas práticas de governança são necessários que as organizações de empresas privadas e entes públicos trabalhem juntos, observando a legalidade e os procedimentos técnicos, para atingirem resultados para bem da sociedade e desta forma o crescimento que uma nação desenvolvida necessita.

Referências

- Wikipédia-Governança Corporativa <https://pt.wikipedia.org/wiki/Governan%C3%A7a_corporativa>
- Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2010f/864/GOVERNANCA%20CORPORATIVA%20NO%20BRASIL.htm>>
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa <<https://www.ibgc.org.br/ibgc/governanca-do-ibgc>>
- Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>
- Comissão de Valores Mobiliários – Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/cartilhaCVM.pdf>>
- Jornal O Globo – <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/20/auditoria-do-tcu-diz-que-28-mil-obras-do-pac-estao-paradas.ghtml>>
- Jornal Estadão – São Paulo de 02/abril/2017 – <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dos-9-do-tcu-4-sao-citados-em-investigacoes,70001723248>
- Portal Administração – Governança, Governabilidade e Accountability <<http://www.portal-administracao.com/2015/04/governanca-governabilidade-accountability.html>>
- Câmara dos Deputados do Brasil – Legislação – Atividades Legislativa <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9203-22-novembro-2017-785782-publicacaooriginal-154277-pe.html>>
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Principles of corporate governance*, 2004a. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2005
- DALLARI, D.D. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005
- Tribunal de Contas da União <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governanca-no-tcu/>
- FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes; OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. O controle das receitas públicas pelos tribunais de contas como corolário do princípio da justiça financeira e do direito fundamental à boa administração e governança. In: *Direito e administração pública II*. Organização CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7468b046115fc3c>>.

- MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas. Natureza jurídica e posição entre os poderes. *Revista de Informação Legislativa*, n. 106, p. 99-102, abr. / jun. 1990.
- MANIN, B. The principles of representative government. London: Cambridge University Press, 1997.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- VERGARA, Sylvia Constant. *Métodos de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- URBINATI, N.; WARREN, M. E. The concept of representation in contemporary democratic theory. *Annual Review of Political Science*, v.11, p.387-412, 2008.
- PINHO, J. A. G. de; SACRAMENTO, A. R. S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.
- WARDE, WALFRIDO, *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*, Leya, 2018.

O Direito Ambiental na União Europeia e as Diretivas sobre prevenção de danos: um modelo de regulação supranacional com repercussão global

Environmental Law in European Union and the damage prevention Directives: a supranational model of regulation with global repercussions.

GERLENA MARIA SANTANA DE SIQUEIRA¹

Resumo: O modelo de prevenção de danos ambientais no Direito da União Europeia tem avançado por intermédio de Diretivas que exigem a utilização de instrumentos para a tomada de decisões públicas e a garantia de um elevado nível de proteção ambiental, como a Avaliação de Impacto Ambiental de projetos (AIA), o controle de emissões industriais mediante a adoção das Melhores Técnicas Disponíveis (MTD) e a Avaliação Ambiental de Planos e Programa, conhecida como Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). Nesse contexto, o Direito do Ambiente é aperfeiçoado sob normas com fins e diretrizes comuns aos países da União Europeia e com avaliações periódicas sobre seu âmbito de aplicação por cada país. Nesse sentido, analisa-se a estrutura normativa das Diretivas e respectivas avaliações periódicas em matéria de prevenção de danos ambientais na União Europeia a fim de confirmar que se trata de uma referência em regulação ambiental supranacional. A partir da interpretação de normas e pesquisa doutrinária, o texto, inicialmente, apresenta noções sobre o Direito da União Europeia, as transformações do Direito Administrativo e do Direito do Ambiente nesse bloco; em seguida, analisam-se as Diretivas relacionadas à prevenção de danos ambientais; por fim, confirma-se a possibilidade de adoção desse sistema jurídico por outros países e blocos de integração intergovernamentais.

¹ Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União. Mestre em Direito pela Universidade do Porto/Portugal. Especialista em Direito Ambiental pela AVM-Faculdade Integrada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Palavras-chave: *Direito Ambiental. União Europeia. Avaliação de Impacto Ambiental. Avaliação Ambiental Estratégica.*

Abstract: The model for the prevention of environmental damage in European Union law has advanced through Directives requiring the use of public decision making tools and ensuring a high level of environmental protection, such as the Environmental Impact Assessment of projects (EIA), the control of industrial emissions through the adoption of Best Available Techniques (BAT) and the Environmental Assessment of Plans and Programs, known as Strategic Environmental Assessment (SEA). In this context, environmental law is further refined under standards with common purposes and guidelines in the countries of the European Union and with periodic assessments of its scope by each country. In this regard, the regulatory framework of the Directives and their periodic assessments on the prevention of environmental damage in the European Union are analyzed in order to confirm that this is a reference in supranational environmental regulation. From the interpretation of norms and doctrinal research, the text initially presents notions about European Union Law, the transformations of Administrative Law and Environmental Law in this block; then, the directives related to the prevention of environmental damage are analyzed; finally, the possibility of adopting this legal system by other countries and intergovernmental integration blocs is confirmed.

Key-words: *Environmental Law. European Union. Environmental Impact Assessment. Strategic Environmental Assessment.*

Introdução

É sabido que os desafios atuais enfrentados pelas Administrações ambientais incluem a utilização eficiente de instrumentos capazes de enfrentar científica e tecnicamente de forma preventiva os danos ambientais, como também os conflitos comumente constatados quando da conciliação entre os direitos de desenvolvimento econômico e o direito-dever ao meio ambiente equilibrado. Além disso, não raramente há diversos problemas concernentes à melhor forma de considerar aspectos ambientais nas decisões públicas, de aumentar a participação do público e a ponderação de seus interesses, e de promover a transparência das decisões administrativas em matéria ambiental.

Diante disso, surge a crescente necessidade de integração em matéria ambiental intergovernamental ou supranacional – caso da UE, a partir de normas e procedimentos juridicamente adequados, tanto para a realização de avaliação prévia de impactos ambientais de projetos, quanto para prevenção e controle integrado da poluição industrial, bem como para definir planos e programas governamentais que causam impactos ao ambiente, a exigirem um planejamento estratégico, sobretudo quando esses casos são potencialmente capazes de causar significativas alterações ambientais.

Na realidade da UE, as Diretivas sobre a prevenção de danos ambientais em face de projetos e de planos e programas enfatizam o instrumento da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e sob essa nomenclatura, não o procedimento decisório de licenciamento ambiental. Isso porque, habitualmente, o direito comunitário confia detalhamentos do procedimento decisório ou autorizativo às legislações nacionais², respeitados os fins e diretrizes comunitários, sendo os meios de acordo com a estrutura administrativa de cada Estado-membro.

Em matéria de AIA, inicialmente, a Comunidade Econômica Europeia inspirou-se no instrumento dos Estados Unidos da América (inscrito no NEPA – *National Environmental Policy Act*, de 1970) e instituiu em 1985 a Diretiva 337/CEE, aplicável previamente sempre que houver alteração direta ou indireta da realidade provocada por intervenção humana que possa causar impacto *significativo* no ambiente, isto é, grandes projetos públicos ou privados.³

² BODELÓN, Fernando Fuentes. **El nuevo régimen de licencias em la Directiva 96/91 sobre prevención y control integrado de la contaminación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p.163.

³ Em verdade, há uma aproximação do instituto americano do estudo de impacto ambiental, pois na concepção europeia não é possível identificarem-se as nomenclaturas, uma vez que o *Environmental Impact Assessment* (EIA) e o *Environmental Impact Statement* (EIS) são distintos: este é mais próximo do “estudo de impacto ambiental”, é elemento fundamental do primeiro e se define como o documento ou parecer que conclui o procedimento e que serve de suporte à decisão final; o primeiro refere-se ao conceito de AIA. Ademais, na Europa, tem-se alto nível de proteção do ambiente e de amplitude das atividades submetidas à AIA e importância da participação social; nos EUA, não há normação jurídica com direitos e obrigações, mas uma avaliação institucionalizada das eventuais consequências de certas atividades sobre o ambiente. (COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. **O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental: para uma Tutela Preventiva do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 1998, p.387-388).

No aperfeiçoamento da AIA no âmbito da UE, houve as alterações posteriores da Diretiva 85/337/CEE que se consolidaram na Diretiva 2011/92/UE (alterada pela Diretiva 2014/52/UE); a edição da Diretiva 96/61/CE foi depois consolidada na Diretiva 2008/01/CE (prevenção e controle integrado de poluição), revogada pela atual Diretiva 2010/75/UE, conhecida como Diretiva de Emissões Industriais (DEI) que regula estas emissões e visa melhorias para o ambiente e a saúde mediante a aplicação de melhores técnicas disponíveis (MTD); e, ainda, há a Diretiva 2001/42/CE sobre a AIA de Planos e Programas – AIA de P&P, denominada Avaliação Ambiental Estratégica (AAE).

Diante disso, sem pretensão de esgotamento do tema ora tratado, que reforça a união dos ramos do Direito Administrativo e do Direito do Ambiente, justifica-se sua abordagem pela importância atual do Direito Administrativo Ambiental da UE, bem como pela relevância da evolução de sua experiência na regulação unificadora da proteção do ambiente nos seus Estados-membros.

Quanto à metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica na doutrina jurídica administrativa e ambiental (brasileira e estrangeira), com o auxílio de algumas obras de outras áreas do conhecimento sobre gestão ambiental e avaliação de impactos.

Objetiva-se analisar, no contexto do Direito da União Europeia, as principais Diretivas relacionadas à prevenção de danos com vistas a confirmar o entendimento de que esse modelo de regulação transnacional vem impondo elevado nível de proteção ambiental a todos os respectivos Estados-membros desse bloco europeu, ainda, de forma a irradiar efeitos globais.

Para isso, a estrutura do presente trabalho, inicialmente, dá-se com a apresentação básica do Direito da UE, com foco na compreensão do Direito Administrativo nesse bloco, o papel das Diretivas como fonte da ordem jurídica da UE e as transformações do Direito Administrativo tradicional até a caracterização do Direito Administrativo da UE e sua incidência nas ordens jurídicas nacionais.

Será apresentado o panorama do Direito do Ambiente na União Europeia, considerando as normas relacionadas à proteção do ambiente no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e o marco relacionado ao instrumento da AIA de projetos, consolidada na atual Diretiva 2011/92/UE, bem como a integração das regras sobre prevenção e controle de emissões industriais, atualmente, matéria consolidada na Diretiva 2010/75/UE.

Em seguida, passa-se à análise teórica da AAE sobre as consequências ambientais de políticas, planos ou programas, bem como sua distinção em relação à AIA de projetos, e será apresentada AAE da Diretiva nº 2001/42/CE, as críticas e as percepções de benefícios, inclusive, consoante Relatório ao Conselho e ao Parlamento Europeu; seguindo-se as conclusões consideradas mais relevantes acerca dos instrumentos regulatórios analisados.

1. O direito da União Europeia

1.1. Noções gerais

A União Europeia corresponde a um modelo considerado a última fase de integração entre vários países europeus⁴, para além da cooperação internacional, no contexto de um amplo processo de integração econômica movida pela globalização da economia e da sociedade, que, no caso da Europa se deu diante do contexto de busca da paz e de alianças no contexto pós-2ª Guerra Mundial⁵, e, após décadas, com a explosão econômica da última década do século XX e a primeira década deste século.⁶

O aspecto mais marcante da União Europeia, cuja forma de integração entre seus países é única no mundo, destaca-se pela passagem da fase de

⁴ O início das origens da União Europeia remonta à união de interesses do setor econômico da indústria do carvão e do aço, quando em 1951 foi assinado o Tratado de Paris (por Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos), que funda a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA). Em 1957, esses 6 países assinam o Tratado de Roma e criam a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE), formando áreas de integração econômicas de relevância mundial; em seguida, em 1973, aderem Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, em 1981, a Grécia, em 1986, Espanha e Portugal, em 1995, Áustria, Finlândia e Suécia. Em 1992, o Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia) passa a denominar a CEE de Comunidade Europeia (que em 2002 absorve todas as citadas comunidades europeias); ainda, por esse Tratado, que entrou em vigor em 01 de novembro de 1993, criou-se a União Europeia (FONTAINE, Pascal. **A Europa em 12 lições**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010, p.10-13).

⁵ QUADROS, Fausto de. O Modelo Europeu. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, V. 1 n. 2 mai./ago. 1997, p.13.

⁶ ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional**. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p.22.

integração econômica para a fase de integração política, assim, representando um bloco integrado nos planos interno e externo.⁷

Assim, a União Europeia, além de reunir características de Mercado Comum – união aduaneira em que se agrega a livre mobilidade de fatores produtivos entre países-membros, bem como adoção de política comercial comum, além de contemplar coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, podendo conter harmonização entre legislações⁸ –, caracteriza-se por ser uma União Política e Econômica, definida a partir da adoção de políticas macroeconômicas, setoriais e sociais comuns, além da utilização de uma moeda única.⁹

Não obstante a União Europeia ter cogitado uma Constituição no chamado Tratado Constitucional, sem êxito ao final do debate¹⁰, o Tratado de Lisboa de 2007 (entrada em vigor em 01 de dezembro de 2009), conhecido como o Tratado Reformador e que aperfeiçoou o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), trouxe inúmeras inovações ao bloco da União Europeia, quais sejam: a) Personalização jurídica da União Europeia (art. 47º do TUE), b) Proteção dos direitos fundamentais (art.6º do TUE), c) o Sistema eurocomunitário de competências¹¹, d) estrutura institucional e equilíbrio de poderes, e) procedimentos de decisão e f) atos jurídicos e separação de funções.

⁷ QUADROS, Fausto de, *op.cit.*, p.15.

⁸ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.144-145.

⁹ Atualmente, os 19 estados-membros da União Europeia que adotam a moeda única do Euro (instituído desde 2002) são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos e Portugal. Além desses, compõem a União Europeia: Bulgária, República Tcheca, Dinamarca, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, Romênia, Suécia e o Reino Unido. Todavia, este último país tem saída (conhecida como *brexit*) programada para 29/03/2019.

¹⁰ Tal possibilidade foi ventilada a partir da Declaração sobre o futuro da Europa, em 2001, que ficou conhecida como “Declaração de Laeken” no sentido de realizar revisão dos Tratados das Comunidades Europeias e da União Europeia, levando à convocação da Convenção sobre o futuro da Europa, após a qual, em 2003, seguiu-se o “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, em Roma, em 2004, assinado pelos então 25 Estados-membros. Contudo, no processo de ratificação, não se obteve resultado favorável à idéia de uma Constituição Europeia, com desfecho negativo na França por quase 70% da população, e na Holanda, também recusado por 61% dos votantes (ACCIOLO, Elizabeth, *op. cit.*, p.48).

¹¹ No âmbito dessas inovações, especificamente, sobre o sistema de competências eurocomunitário, Duarte destaca: “O art.2º do TFUE enumera e caracteriza as seguintes categorias

Dessa evolução histórica, importa destacar a União Europeia como sendo sujeito de direito internacional, com organização permanente, cuja vontade é expressa por seus órgãos próprios e nos termos de suas atribuições, além de ser uma organização internacional que adota atos, normativos ou não, diversos de convenções ou tratados internacionais.¹² Contudo, ressalta-se que tal caracterização não define a União Europeia como uma Federação, mas uma delegatária de parte da soberania dos seus Estados criadores e dotada de *supranacionalidade*, que traduz a capacidade de produção de regras obrigatórias para a comunidade, bem como implica a autonomia dos órgãos e respectivos poderes exercidos sob a chamada *aplicabilidade direta*.¹³

Numa compreensão sintética do Direito da União Europeia, enquanto ramo distinto do Direito Internacional e com ordenamento jurídico próprio, destacam-se as seguintes características: a autonomia, a aplicabilidade direta, o efeito direto, a primazia, e a uniformidade de interpretação do Direito da União.¹⁴

Ainda, o ordenamento jurídico da União Europeia é formado pelo direito originário (Tratado de Roma, Ato Único Europeu, Tratado da União Europeia, Tratado de Amsterdã, Tratado de Nice e Tratado de Lisboa) e pelo direito derivado (Regulamentos, Diretivas, Decisões, Recomendações e Pareceres).

Dentre as funções do direito originário no quadro da ordem jurídica da União Europeia, destacam-se: a) em face do Princípio da Atribuição, a União só pode intervir para realizar seus objetivos e as atribuições que resultam dos tratados (direito originário), b) nenhum ato dos órgãos da União pode deixar de encontrar base jurídica em norma de direito originário, sob pena

de competências: – competência exclusiva (...); – competência partilhada (...); – competência complementar. (...) Duas áreas de competência da União escapam a esta grelha classificativa de três modalidades: 1) as políticas económicas e de emprego (v.artigo 2º, nº 3, TFUE e art.5º TFUE); 2) a política externa e de segurança comum, incluindo a política comum de defesa (v.artigo 2º, nº 4, TFUE)” (DUARTE, Maria Luísa. **Estudos sobre o Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2010, p.35-44).

¹² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p.18-25.

¹³ Ibidem, p.25-26.

¹⁴ ACCIOLY, Elizabeth, op.cit., p.106.

de invalidade, c) o direito originário é parâmetro de validade normativa de todo o direito derivado, este criado pelos órgãos da União Europeia.¹⁵

Nesse contexto, partindo-se dessa compreensão do Direito da União Europeia, passa-se ao papel da Diretiva nessa ordem jurídica, em seguida, às noções teóricas básicas do Direito Administrativo da União Europeia, que será brevemente referido e cujo objeto relaciona-se com ações do Direito Administrativo do Ambiente europeu.

1.2. As Diretivas como fonte da Ordem Jurídica da União Europeia e de efeitos globais

As Diretivas podem ou não ser caracterizadas como ato legislativo, sendo que a diferenciação entre regulamento, diretivas e decisões legislativos e regulamentos, diretivas e decisões não legislativos, dependerá da hierarquia de que trata o Tratado de Lisboa.¹⁶

Independente dessa diferenciação de natureza, importa destacar que, dentre os atos vinculativos da União, incluindo os atos legislativos, os principais são os que estão definidos e constam do artigo 288º do TFUE: os regulamentos, as diretivas e as decisões.

As Diretivas caracterizam-se por vincularem os Estados-membros na realização de objetivos (não necessariamente concretos, mas sempre relacionados a resultados), deixando maior ou menor margem de escolha para que esses Estados definam a forma e os meios para sua implementação; logo, o conteúdo das Diretivas supõe a possibilidade de diferenciação normativa do regime estabelecido nacionalmente¹⁷; daí falar-se em sua função harmonização das legislações nacionais.

Assim, desde que respeitados os resultados previstos, os Estados-membros gozam de liberdade para emitir ato interno (transposição da Diretiva) e adaptar o texto da Diretiva à realidade econômica e social nacional, consoante prazo fixado na própria Diretiva, contudo, a vigência desta independe de transposição.¹⁸

¹⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *op.cit.*, p.307-308.

¹⁶ *Ibidem*, p.327.

¹⁷ *Ibidem*, p.341.

¹⁸ *Ibidem*, p.342-343.

E, se o Estado-membro não efetua a transposição da Diretiva e não o faz no prazo fixado, poderá sofrer sanção por incorrer em situação de incumprimento (art.258º TFUE); ainda, se do teor da Diretiva não for possível o efeito direto de qualquer norma da União, o particular pode invocar a Diretiva jurisdicionalmente contra o Estado-membro inadimplente, no sentido do benefício da aplicação ou não aplicação das normas nacionais que se oponham à Diretiva.¹⁹

E, embora o efeito direto não esteja expresso nos Tratados, resulta de uma criação da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como apoio na doutrina, visando a assegurar o primado do Direito Comunitário, que impõe e garante a aplicação deste Direito de maneira uniforme.²⁰ Por outro lado, enquanto não expirado o prazo para a transposição de uma Diretiva, embora o Estado-membro não esteja obrigado a adotá-la, deve abster-se de adotar disposições que comprometam gravemente o resultado prescrito pela Diretiva.²¹

Com isso, pode-se afirmar que a União Europeia passa a atuar como operador global dentro do seu objetivo de regular o direito comunitário, pois a Diretiva cria um verdadeiro regime de responsabilidade (*accountability*) entre os Estados-membros.²² E, ao prevalecer sobre as legislações nacionais,

¹⁹ Ibidem, p.344.

²⁰ Sobre essa possibilidade, destaca-se a explicação de Fausto de Quadros: "(...) o efeito direto consiste na possibilidade de os particulares invocarem em tribunais, se 'a natureza, a economia e os termos da norma ou do ato o permitirem', uma disposição dos tratados comunitários ou um ato de Direito derivado que não beneficie de aplicabilidade direta (isto é, as diretivas e decisões dirigidas aos Estados), para afastarem a aplicação de uma norma estadual, apesar de essa norma ou esse ato de Direito Comunitário não gozarem de aplicabilidade direta, nem terem visto ainda o seu conteúdo transposto para qualquer ato de Direito interno, legislativo ou administrativo. O efeito direito não se encontra, ao contrário da aplicabilidade direta, previsto nos tratados, mas foi uma criação da jurisprudência do TJUE, com apoio da doutrina, antes de tudo em relação a certas disposições dos tratados, mas sobretudo em relação às diretivas, como consequência direta do fato de o art.189º [atual 288, TFUE] recusar claramente a aplicabilidade direta à diretiva pelo confronto da regulamentação que dá a esta e ao regulamento. O que se pretende com o efeito direto é assegurar o primado do Direito do Direito Comunitário sobre a ordem jurídica estadual e, dum modo geral, garantir a uniformidade na aplicação do Direito Comunitário." (Apud ACCIOLY, Elizabeth, op.cit., p.109.)

²¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, op.cit., p.349.

²² SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p.367.

o estabelecimento de Diretivas contribui com a legitimidade da estrutura global, na medida em que deve haver a conciliação entre a administração nacional e a administração regional – Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia-, com repercussões na esfera global.²³

Inclusive, como ocorre na União Europeia por meio das Diretivas, vê-se que, no âmbito desse regime de responsabilidade no processo de tomada de decisões da regulação global, verificam-se similitudes estruturais com a crescente uniformização de sistemas jurídicos internos de Direito Administrativo e em nível global, principalmente no que se refere a temas como transparência, participação e revisão permanente.²⁴

2. As transformações do direito administrativo ao direito administrativo da União Europeia

Considerando que na Europa o Direito do Ambiente é considerado um ramo do Direito Administrativo, importa comentar algumas transformações

²³ Ibidem, p.368.

²⁴ Sobre isso, inclusive mencionando a Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisões e acesso à justiça em matéria de Ambiente, aprovada pela União Europeia, ressalta-se a reflexão de KRISCH e KINGSBURY: “Os problemas resultantes da *accountability* e da participação estão começando a ser conhecidos, em parte decorrentes do interesse das instituições globais de regulação, e dos atores, em reforçar sua legitimidade em face do crescimento dos desafios políticos. Em muitas áreas da governança global, e em suas mais variadas formas, mecanismos estão emergindo para procurar melhorar a participação da *accountability* no processo de tomada de decisões da regulação global. As similitudes estruturais entre muitos destes fenômenos distintos são impressionantes: eles testemunham a crescente tendência de mecanismos de criação análogos nos sistemas jurídicos internos de direito administrativo, assim como em nível global: transparência, participação e revisão são elementos centrais em todos eles. Essa tendência está refletida, por exemplo, no Painel de Inspeção, organizado pelo Banco Mundial para assegurar sua conformidade com as políticas internas; nos procedimentos de *notice-and-comment* adotados pelos padrões de controle internacionais, como os da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); na inclusão das ONGs nos órgãos de regulação como a Comissão do Codex Alimentarius; ou em regras sobre a participação estrangeira nos procedimentos administrativos internos, como disposto na Convenção Aarhus. Nós arguimos que essa seja uma tendência geral dessa prática em direção a um direito administrativo global.” (KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012, p.19-20).

do próprio Direito Administrativo para, em seguida, enquadrá-lo no contexto do bloco europeu e com possibilidade de reflexos na estrutura global.

Por volta do fim do século XIX, pode-se afirmar que o Direito Administrativo abandona qualquer relação com o Direito Privado e é marcado por características próprias: a) nacionalidade (vínculo com o Estado e este com o território que o identifica); b) conjugação entre si da supremacia da Administração, o princípio da legalidade e o poder discricionário; c) regime administrativo composto pelas prerrogativas (funções de polícia, autotutela, auto-executoriedade) e sob poderes exorbitantes conferidos à Administração, fundados em desigualdade, unilateral e singular, conduzindo a diferentes espécies de propriedade, contratos e responsabilidades; d) Administração parte do Poder Executivo; e) distinção da especialidade do direito a partir da especialidade do julgador (separação entre matéria administrativa e matéria judiciária, entre Poder Executivo e Poder Judiciário).²⁵

E, tratando-se do continente europeu, nos dias atuais, é possível afirmar-se que o Estado não é mais a única fonte do Direito Administrativo, já que se registra uma crise de territorialidade do Estado e, nesse sentido, uma europeização do Direito Administrativo.²⁶

De forma a demonstrar as transformações de cada elemento caracterizador supracitado, tem-se na atualidade que: a) o critério da nacionalidade submete-se à União Europeia, bem como o Direito Administrativo ligado a cada Estado está conectado a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos; b) a supremacia do Direito Administrativo está “erodida” na medida em que deixa de ser um atributo permanente para ser privilégio concedido pela lei; ao mesmo tempo em que a supremacia e a unilateralidade foram substituídas pelo consenso e pela bilateralidade, além de que o cidadão não está mais numa mera posição de subordinação, já que pode litigar com a Administração por meio de garantias procedimentais, regulamentos de serviços e pela Constituição; enquanto à legalidade também se acrescenta “a regras de direito”, que subordina a Administração a outros níveis normativos (europeu, constitucional, nacional); c) diminuição da diferença entre o Direito Administrativo e o Direito Comum ou Privado,

²⁵ CASSESSE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao Século XXI. **Revista Fórum de Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n.24, mar./abr. 2004, p.2-5.

²⁶ *Ibidem*, p.5.

que aperfeiçoa aquele, sobretudo, quanto à forma, embora não o substitua; d) o Direito Administrativo torna-se menos governativo (dominado pelo governo nacional) pela influência que exerce a Comissão da União Europeia para a separação entre Política e Administração e o desenvolvimento de autoridades independentes; e) a Administração torna-se cada vez mais submetida ao Judiciário e a Jurisdição torna-se cada vez mais especial.²⁷

É nesse contexto de rápidas transformações do Direito Administrativo que se encontra caracterizado o Direito Administrativo Europeu, dotado de transnacionalidade, a afastar a clássica noção de soberania nacional.²⁸

No contexto de sua caracterização como uma União política de países europeus, muito além de uma mera união econômica, pode-se afirmar que somente após o Ato Único Europeu, Maastricht e Amsterdã e Nice, em especial com o Tratado de Maastricht, que o Direito Administrativo da União Europeia passa a existir, na medida em que o ordenamento jurídico comunitário passou a ser um ordenamento com fins gerais (Princípios da Atribuição e da Subsidiariedade²⁹, do artigo 5º TUE), ainda, se devendo considerar que o cidadão europeu passa a ser sujeito jurídico.³⁰

Dentre as funções principais do interesse público comunitário, destacam-se: limitar os poderes estaduais e ser fonte de legitimação da ação pública comunitária.³¹

É possível afirmar que, com o Direito Administrativo da União Europeia, a relação entre Direito Administrativo e Estado vai-se perdendo diante da internacionalização do Direito Administrativo,³² como exemplo disso,

²⁷ Ibid., p.5-8.

²⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: IBDP, n.22, abril/maio/junho de 2010, p.2.

²⁹ Quadros (2001, p.25) explicita que: “Pelo princípio da subsidiariedade, formalmente definido como princípio geral do Direito Comunitário pelo Tratado da União Europeia é concedida prioridade aos Estados na disciplina da participação da Administração Pública nacional no procedimento administrativo de cooperação com os órgãos comunitários com vista à aplicação do Direito Comunitário na ordem interna.” (Cfr. QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na perspectiva comunitária**. Coimbra: Almedina, 2001, p.25)

³⁰ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. **O Direito Administrativo sem Estado**. Coimbra: Almedina, 2008, p.56-57.

³¹ Ibidem, p.59.

³² Ibidem, p.74-75.

cite-se o que já ocorre em diversos setores, como o exercício dos atos de polícia, a tutela do ambiente, as relações comerciais, que se submetem a Diretivas, *standards* ou controle de uma organização internacional, bem como à crescente normatividade europeia.

Ao mesmo tempo, em se tratando do Direito Administrativo da União Europeia, deve-se entender que este resulta da influência do Direito Comunitário no Direito Administrativo dos Estados-membros, e também acaba por influenciar a modificação deste.³³

Nesse contexto, deve-se considerar que, dos objetivos do Direito Administrativo da União Europeia, surgem progressiva comunitarização dos modelos administrativos nacionais e a realização de políticas públicas europeias, que são executadas pelas Administrações dos Estados-membros, como *Administrações Europeias*.³⁴

Explicitadas as noções acima, serão apresentadas as disposições do Direito do Ambiente na União Europeia, marcado pela influência das Diretivas sobre AIA de projetos e de controle de emissões industriais, em seguida, a compreensão da Diretiva sobre AAE.

3. A proteção do ambiente na União Europeia

Nascida, inicialmente, na Comunidade Europeia de forma associada à realização do mercado interno, entende-se que a política do ambiente da União Europeia passa a existir de forma juridicamente embasada a partir

³³ “O que, em bom rigor, se pretende significar neste caso é que o Direito Comunitário, num movimento vertical, de cima pra baixo, e ancorado no princípio do seu primado sobre o Direito Interno, tal como a jurisprudência comunitária o construiu, penetra directamente no Direito Administrativo Estadual, introduzindo neste alterações que os órgãos nacionais de criação e aplicação do Direito ainda não quiseram ou, porventura, até rejeitam” (Cfr. QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na perspectiva comunitária**. Coimbra: Almedina, 2001, p.26.)

³⁴ PEREIRA DA SILVA, Vasco. Continuando a viagem pela Europa do Direito Administrativo. In: PEREIRA DA SILVA, Vasco; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direito Público Sem Fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, p.552-553. Disponível em < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/733/view> >, acesso em 18 novembro 2018.

do Tratado da União Europeia (antigos artigos 174º a 176º e atuais artigos 191º a 193º).³⁵

A evolução deu-se da seguinte forma: regulação de *produtos*, no sentido de evitar que normas técnicas nacionais representassem barreiras não aduaneiras à livre circulação de mercadorias; regulação de *processos* (como dos processos industriais com emissões atmosféricas e resíduos) aliada à gestão dos recursos naturais; regulação dos *procedimentos políticos e administrativos*, como a adoção de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e o acesso à informação em matéria de ambiente.³⁶

Destaca-se no Direito do Ambiente da UE que este se caracteriza tanto pelo conceito de meio ambiente para além dos recursos naturais (inclui ambiente físico e saúde, como utilizado nas tendências internacionais), como por princípios ambientais próprios, como: *precaução, prevenção, correcção* prioritariamente na fonte dos danos causados ao ambiente, *utilizador-pagador, poluidor-pagador e da integração* da defesa do ambiente na definição e aplicação das demais políticas.³⁷

Na UE, as exigências em matéria de proteção ambiental devem ser integradas na definição e execução de políticas e ações com vistas ao desenvolvimento sustentável (art.11º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia- TFUE).

Dos objetivos da Política da União no domínio do ambiente listados no art.191º do TFUE, destacam-se: “a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente; a protecção da saúde das pessoas, a utilização prudente e racional dos recursos naturais, a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas” (art.191º/1); e “atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União” (art.191º /2).

As disposições do art.191 relativas às mudanças climáticas, a partir das alterações do Tratado de Lisboa em 2007,³⁸ demonstrou o enfrenta-

³⁵ SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 496-497.

³⁶ *Ibidem*, p.497.

³⁷ *Ibidem*, p.498.

³⁸ O Tratado de Lisboa em 2007 renomeou o Tratado da Comunidade Europeia para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

mento oficial pela União Europeia dessa matéria, de modo que esse bloco passou a exercer conhecida liderança que vinha ocorrendo o Protocolo de Quioto, quanto aos compromissos em nome dos países desenvolvidos. Posteriormente a essa formalização, as instituições comunitárias se envolveram no Programa Europeu de Alterações Climáticas e aprovaram um importantes instrumentos jurídicos para contenção de emissões de gases de efeito estufa (GEE), destacando-se entre esses o comércio europeu de licenças de emissão (CELE) e o Pacote Clima-Energia.³⁹ Desse modo, em matéria de combate ao efeito estufa, a União Europeia vem-se destacando no globo e para o enfrentamento de problema global, a carecer ainda de uma solução integralmente satisfatória no âmbito da comunidade internacional.⁴⁰

4. As principais diretivas sobre prevenção de danos

4.1. A Avaliação de Impacto Ambiental de Projetos (AIA) e o controle de emissões industriais mediante a adoção das Melhores Técnicas Disponíveis(MTD)

Em matéria de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), a Comunidade Econômica Europeia editou a Diretiva 85/337/CEE, de 27 de junho, cujo prazo final de transposição foi 06 de julho de 1988, sendo que os Estados-membros que o fizeram tardiamente foram forçados pelo Tribunal de Justiça para que não eximissem da AIA os projetos cujo procedimento de aprovação se iniciara depois desse prazo.⁴¹

³⁹ Ibidem, p.264-265.

⁴⁰ ANTUNES, Tiago. **Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente. Verdes de Textos I**. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 260-261. A Diretiva 2003/87/CE trata da criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases de efeito estufa na Comunidade, a estabelecer um comércio europeu de carbono; enquanto a Diretiva 2009/29/CE procedeu à revisão do CELE para o período 2013-2020.

⁴¹ GOMES, Carla Amado. A avaliação de impacto ambiental e os seus múltiplos: breve panorâmica do quadro normativo eurocomunitário e apontamentos de jurisprudência. In: REBELO DE SOUSA, Marcelo; AMADO GOMES, Carla.(Coords.). **Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, p. 59. Disponível em <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/731/view>>, acesso em 18 novembro 2018.

À época, a Diretiva 85/337/CEE teve o mérito de fixar valores princípios e indicações normativas que o legislador nacional deveria atender em relação à AIA de projetos.⁴²

A Diretiva 85/337/CEE sofreu posteriores alterações pelas Diretivas 97/11/CE – ampliou o âmbito de aplicação, reforçou trâmites processuais e integrou alterações da convenção de Espoo (Convenção da comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa sobre AIA em contexto transfronteiriço); 2003/35/CE – promoveu alterações procurando integrar a Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, participação do público na tomada de decisão e acesso à Justiça em matéria de ambiente⁴³; e 2009/31/CE – alterou atividades do Anexo I; atualmente, está codificada na Diretiva 2011/92/UE- alterada pela Diretiva 2014/52/UE, cuja aplicação dá-se para a avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente, indicados nos Anexos I e II.⁴⁴

A AIA de projetos incide precisamente em matéria de impacto ambiental a partir da ideia de alteração direta ou indireta da realidade provocada por intervenção humana (projetos públicos ou privados) que possa causar impacto *significativo* no ambiente, nomeadamente pela sua *natureza, dimensão* ou *localização* (art. 2º da Diretiva 2011/92/UE), o que exclui desse instrumento considerações sistemáticas de interesses econômicos ou sociais.⁴⁵ Ainda, a AIA não deve ser considerada apenas um procedimento prévio

⁴² COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. **O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental: para uma Tutela Preventiva do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 1998, p.335.

⁴³ Nesse sentido é o “Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a aplicação e a eficácia da Directiva AIA (Directiva 85/337/CEE, com a redacção dada pelas Directivas 97/11/CE e 2003/35/CE)” (UNIÃO EUROPEIA, 2009a, p.2).

⁴⁴ Desde 2012, havia a proposta de modificação da Diretiva AIA a fim de reforçar a coerência com outras políticas e objetivos da União, nomeadamente, para destacar a avaliação de outras questões, como a biodiversidade e as mudanças climáticas, que estão relacionadas com utilização dos recursos naturais. Essa proposta culminou com a edição da Diretiva 2014/52/UE, que alterou nesse sentido a Diretiva 2011/92/UE

⁴⁵ ROCHA, Mário de Melo. **A avaliação de impacto ambiental como princípio do direito do ambiente nos quadros internacional e europeu**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000, p.122-123.

à decisão administrativa no procedimento autorizativo,⁴⁶ pois deve dar-se de forma integrada a este no sentido de que o juízo da AIA sobre a compatibilidade entre um projeto e as exigências de tutela de recursos naturais reduza a discricionariedade da autoridade competente.⁴⁷

Os projetos enunciados no Anexo I estão automaticamente sujeitos à avaliação ambiental, enquanto os projetos enunciados no Anexo II são suscetíveis de AIA sempre que possam ter como efeito *incidência significativa sobre o ambiente* (ou impacto significativo no ambiente), com base numa análise caso a caso ou nos limiares ou critérios pré-fixados, assim definido consoante mediação da Administração nacional, caracterizada por alguma discricionariedade relativa à fixação de critérios que lhe permita determinar se um projeto constante do Anexo II está ou não sujeito à AIA.⁴⁸ Excepcionam-se do âmbito dessa Diretiva, os projetos destinados à defesa nacional e consoante ato legislativo específico (atual art.1º/3, da Diretiva 92), embora tal faculdade deva ser bem fundamentada e sofrer limitações, como:

⁴⁶ ARAGÃO, Maria Alexandra; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo; BARRADAS, Maria Ana. Presente e futuro da AIA em Portugal: nota para uma reforma anunciada. **Revista CEDOUA**, n.2/98, p.91. Esses autores, ao tratarem da AIA em Portugal esclarecem que a AIA assenta em três momentos fundamentais: a apresentação do EIA, a consulta pública e o parecer final da AIA; ainda, ressaltam que há elevada ênfase ao ato final (parecer) da AIA e pouca regulamentação sobre a elaboração do EIA e a participação pública, quando estas devem fundamentar o relatório da comissão de instrução da AIA.

⁴⁷ Ao discorrer sobre a AIA na disciplina comunitária, Colaço Antunes (*In O procedimento administrativo...*, p.312-313 e 339-348) a define como subprocedimento ou procedimento coligado ao procedimento principal (autorizativo do projeto), distinguindo-os sob as seguintes fases procedimentais: “a) Marcha do subprocedimento de AIA”, com 1ª (transmissão de informações pelo titular, público ou privado, do projeto), 2ª (consulta e informações de diferentes autoridades e dos interessados, definidos no ordenamento nacional) e 3ª (decisão do subprocedimento de impacto ambiental, sob a forma de *statement* com quantificação e qualificação dos presumíveis efeitos ambientais positivos e negativos do projeto, considerado um “parecer” distinto da decisão final, mas que exerce influência na definição da decisão final) fases; e “b) O procedimento autorizativo principal”, com 1ª (instrução, aberta ao público interessado para produção de provas dos fatos que fundamentam suas pretensões, enriquecidos com as contribuições da AIA e seu parece de compatibilidade ambiental), 2ª (decisão de autorização final fundamentada consoante legislação nacional, incluindo dados do parecer de compatibilidade ambiental, a despeito de este não ser vinculativo) e 3ª (integração da eficácia da decisão, dando-se conhecimento aos sujeitos que participam da AIA, como o público e os Estados afetados por impactos transfronteiriços) fases.

⁴⁸ *Ibidem*, p.351-352 e 354.

imposição de outra forma da avaliação, garantia do direito de informações aos cidadãos e obrigação do Estado de informar à Comissão Europeia.⁴⁹

A AIA de projetos define, descreve e avalia efeitos diretos e indiretos do projeto, de acordo com os arts. 4º a 12º, sobre os seguintes fatores (art.3º): a) homem, fauna e flora, b) solo, água, ar, clima e paisagem, c) interação entre fatores do 1º e 2º grupo, d) bens materiais e patrimônio cultural.

No desenvolvimento das fases da AIA, tem-se a transmissão de informações pelo titular do projeto (atual art. 5º/3, da Diretiva 92), como localização, concepção e dimensão, alternativas da obra tomadas em consideração, efeitos relevantes que do projeto sobre o ambiente e medidas previstas para mitigação ou compensação de tais efeitos; em seguida, consulta e informações de diferentes autoridades, bem como dos interessados (atual art.6º/4), inclusive, informação ao(s) Estado(s)-membro(s) potencialmente afetado(s) pelo procedimento (art. 7º); em seguida, a decisão do subprocedimento, com a quantificação e qualificação dos presumíveis efeitos, em parecer considerado instrumento auxiliar, mas decisivo, do ato final.⁵⁰

Como a AIA de projetos é considerada um subprocedimento do procedimento decisório principal que conduz à autorização do projeto – este procedimento obrigatoriamente é influenciado por aquele subprocedimento, tem-se que as respectivas decisões das autoridades públicas envolvidas devem ser distintas: uma da autoridade que conduz o subprocedimento da AIA (com recolha de informações e pareceres de outras autoridades), outra da autoridade que exerce poderes decisórios autorizativos (expressos em parecer).⁵¹ E por expressa determinação do art.8º, da Diretiva 92, todos os resultados das consultas e das informações do procedimento indicados nos referidos arts.5º, 6º e 7º, embora não vinculantes, devem ser considerados no processo de aprovação, isto é, obriga consideração desses resultados pelo licenciador.⁵²

O ato decisório de concessão ou de recusa de aprovação da AIA deverá ser publicizado, facultando-se ao público receber informações sobre: o

⁴⁹ *Ibidem*, p.356-357.

⁵⁰ *Ibidem*, p.343.

⁵¹ *Ibidem*, p.340-345.

⁵² DIAS, José Eduardo Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa; ROLLA, Maria Ana Barradas Toledo. **Regime Jurídico da Avaliação de Impacte em Portugal: comentário**. Coimbra: Almedina, 2002, p.114.

teor da decisão e as condições que eventualmente a acompanham; os principais motivos e considerações em que se baseia a decisão; se necessário, as principais medidas para evitar e, se possível, compensar os principais impactos negativos; tudo isso, sem prejuízo das disposições e práticas jurídicas que tratem de matéria de sigilo industrial e comercial, inclusive, propriedade intelectual, bem como a proteção do interesse público (art. 9º, da Diretiva 92).

No “Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a aplicação e a eficácia da Directiva AIA (Directiva 85/337/CEE, com a redacção dada pelas Directivas 97/11/CE e 2003/35/CE)”,⁵³ dentre os pontos fortes da Diretiva AIA e suas alterações, citam-se: estabelecimento de regimes gerais para a avaliação de impacto ambiental em todos os Estados-membros; clarificação das disposições da Diretiva AIA pelo TJCE; consideração dos aspectos ambientais o mais cedo possível no processo de decisão; envolvimento do público e transparência das decisões administrativas em matéria de ambiente; adoção dos parâmetros mínimos da Diretiva 85/337 e acréscimos mais rigorosos.⁵⁴

Por existir correlação entre Diretivas, sem prejuízo do âmbito de aplicação de cada uma, cabe mencionar que essa matéria de AIA de projetos vinha sendo reforçada no âmbito da UE pela Diretiva 2008/1/CE que havia codificada a Diretiva 96/61/CE sobre “prevenção e controlo integrados da poluição”.

Atualmente, a prevenção e o controle integrados da poluição vem sendo tratada pela Diretiva 2010/75/UE, também chamada Diretiva de Emissões

⁵³ Disponível em <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/91414f94-63bb-4932-bff5-31eb28338bc1/language-pt>>, acesso em 18 novembro 2018, p.3-4.

⁵⁴ Esse Relatório (p.5-10) apontou à época outros pontos que mereciam melhoramentos: dúvidas em relação ao procedimento de “verificação ou apreciação prévia” (sobre se é necessária AIA de projetos no Anexo II); dúvidas em relação à qualidade da AIA (de informações e do processo); falta de práticas harmonizadas de participação do público; dificuldade em relação aos procedimentos de AIA transfronteiras; necessidade de melhor coordenação entre outras Diretivas e Políticas comunitárias, como, por exemplo, entre: AIA e Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) – Diretiva 2001/42/CE; AIA e IPPC – prevenção e controle de poluição integrada, da Diretiva 2008/1/CE; AIA e biodiversidade – Diretiva 92/43/CEE (*Habitats*) e Diretiva 79/409/CEE (*Aves Selvagens*); AIA e alterações climáticas.

Industriais (DEI), que reviu várias Diretivas relacionadas a atividades e compostos altamente poluentes.⁵⁵

A DEI tem como objeto: a prevenção e o controle integrados da poluição proveniente das atividades industriais; e definir regras destinadas a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir emissões para o ar, a água e o solo, e a evitar a produção de resíduos com a finalidade de alcançar um elevado nível de proteção do ambiente como um todo (art.1º). A emissão de licença fica vinculada ao cumprimento dessa Diretiva (Art.5º, 1), sem prejuízo da observância a outros requisitos impostos pela legislação nacional ou da União Europeia.

Como princípios gerais que obrigam quaisquer titulares de instalações sujeitas a essa Diretiva (art.11º), destacam-se: a adoção de medidas preventivas adequadas contra a poluição; a aplicação das melhores técnicas disponíveis (MTD); a obrigação de evitar a produção de resíduos, em conformidade com a Directiva 2008/98/CE e, quando forem produzidos resíduos, estes devem estar em conformidade com esta normativa, preparados para reutilização, reciclados, valorizados ou, se tal for técnica e economicamente impossível, eliminados, evitando ou reduzindo o seu impacto no ambiente; a utilização eficaz de energia; a necessidade de adotar medidas necessárias para prevenir acidentes e limitar os seus efeitos; e a adição de medidas necessárias para evitar qualquer risco de poluição e para repor o local da exploração no estado satisfatório quando da cessação da atividade. Ainda,

⁵⁵ “Além da directiva 2008/1/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, especificamente dedicada ao regime de licenciamento ambiental, esta directiva revoga ainda: a directiva 78/176/CEE do Conselho, de 20 de fevereiro de 1978, relativa aos resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio; a directiva 82/883/CEE do Conselho, de 3 de dezembro de 1982, relativa às modalidades de vigilância e de controlo dos meios afetados por descargas provenientes da indústria do dióxido de titânio; a directiva 92/112/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1992, que estabelece as regras de harmonização dos programas de redução da poluição causada por resíduos da indústria do dióxido de titânio tendo em vista a sua eliminação; a directiva 1999/13/CE do Conselho de 11 de março de 1999, relativa à limitação das emissões de compostos orgânicos em certas atividades e instalações; a directiva 2000/76/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2000, relativa à incineração dos resíduos; a Directiva 2001/80/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2001, relativa à limitação de emissões para a atmosfera de certos poluentes provenientes de grandes instalações de combustão.” (GOMES. Carla Amado. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 2014, p.187).

determinam-se: condições ao licenciamento (art.14^o), valores-limite de emissão, parâmetros equivalentes e medidas técnicas (art.15^o) e requisitos de monitoramento (art.16^o).

Na DEI, sendo prevista a aplicação das Melhores Técnicas Disponíveis (MTD) e de valores-limite de emissão (VLE)⁵⁶, o respectivo mecanismo de aferição depende de uma avaliação técnica como medida determinante, permitindo a realização de medições experimentais e observação de condições climatológicas, geofísicas, geográficas, dentre outras, do local de instalação do empreendimento, de modo que tanto a fixação de MTD como dos VLE que se aplicam a um setor e tipo de emissões oferecem maior

⁵⁶ Para compreensão dessas definições, destacam-se no art.3^o da Diretiva 2010/75/UE: “5. «Valor-limite de emissão», a massa, expressa em função de determinados parâmetros específicos, a concentração e/ou o nível de uma emissão, que não devem ser excedidos durante um ou mais períodos determinados; (...) 10.«Melhores técnicas disponíveis», a fase de desenvolvimento mais eficaz e avançada das actividades e dos seus modos de exploração, que demonstre a aptidão prática de técnicas específicas para constituírem a base dos valores-limite de emissão e de outras condições do licenciamento com vista a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir as emissões e o impacto no ambiente no seu todo: a) «Técnicas», tanto a tecnologia utilizada como o modo como a instalação é projectada, construída, conservada, explorada e desactivada; b) «Técnicas disponíveis», as técnicas desenvolvidas a uma escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector industrial em causa, em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios, quer sejam ou não utilizadas ou produzidas no território do Estado-Membro em questão, desde que sejam acessíveis ao operador em condições razoáveis; c) «Melhores técnicas», as técnicas mais eficazes para alcançar um nível geral elevado de protecção do ambiente no seu todo; 11. «Documento de referência MTD», um documento, resultante do intercâmbio de informações organizado nos termos do artigo 13^o, elaborado para actividades definidas, em que se descrevem, em particular, as técnicas aplicadas, os níveis de emissão e de consumo actuais, as técnicas consideradas para a determinação das melhores técnicas disponíveis, bem como as conclusões MTD e quaisquer técnicas emergentes, tendo especialmente em conta os critérios enunciados no anexo III; 12. «Conclusões MTD», um documento que contém as partes de um documento de referência MTD em que são expostas as conclusões a respeito das melhores técnicas disponíveis, a sua descrição, as informações necessárias para avaliar a sua aplicabilidade, os valores de emissão associados às melhores técnicas disponíveis, as medidas de monitorização associadas, os níveis de consumo associados e, se adequado, medidas relevantes de reabilitação do local; 13. «Valores de emissão associados às melhores técnicas disponíveis», o leque de níveis de emissão obtidos em condições normais de funcionamento utilizando uma das melhores técnicas disponíveis ou uma combinação de melhores técnicas disponíveis, tal como descritas nas conclusões MTD, expresso em média durante um determinado período, em condições de referência especificadas;”

transparência e previsibilidade ao procedimento decisório do licenciamento ambiental.⁵⁷

No “Relatório da Comissão ao Conselho ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2010/75/EU e os relatórios finais sobre a legislação anterior”,⁵⁸ esclarece-se que a revisão para atualização das MTD são feitas por “documentos de referência MTD” que incidem sobre “questões ambientais principais”, sob os seguintes critérios: a relevância ambiental da poluição, a importância da atividade, o potencial de identificar novas técnicas pra melhor significativamente a situação, o potencial para determinar quais valores de emissão associados às MTD que reforçam substancialmente a proteção ambiental comparativamente à situação atual.

Adicionalmente, nesse mesmo Relatório, ao tratar a aplicação internacional das MTD, avalia-se que, no contexto internacional, a Diretiva 2010/75/EU, os documentos de referência e as conclusões das MTD representam um verdadeiro contributo da União Europeia para um processo global de desenvolvimento sustentável, de modo que é possível que outros países se beneficiem desse trabalho, que pode apoiar outras organizações no mundo. Como exemplo disso, são referidos trabalhos desenvolvidos pela Comissão da DEI em Israel, Rússia e Coreia do Sul para implementar regimes de licenciamento ambiental com base nas abordagens das MTD e documentos de referência da União Europeia, além da contribuição para um projeto da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a matéria; e a utilização do conceito de MTD e, acordos ambientais multilaterais, como a Convenção de Minamata (protege a saúde humana e o meio ambiente dos efeitos adversos de emissões e liberações de mercúrio e seus compostos).⁵⁹

Por fim, esse Relatório conclui que a DEI é um bom exemplo de iniciativa “Legislar Melhor”, na medida que simplifica diversos atos legislativos da EU; apesar do pouco tempo da transição para a adoção da Diretiva, há progressos encorajadores, além de que já se observa como promissora

⁵⁷ Ibidem, p.195.

⁵⁸ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0727>> , acesso em 18 novembro 2018, p.8, 13-14.

⁵⁹ Ibidem, p.13-14.

a evolução das emissões industriais cujo controle se efetua com vistas a melhorias ambientais.⁶⁰

A seguir, serão apresentadas as diferenciações teóricas básicas entre a AAE em relação à AIA de projetos supramencionada, bem como a AAE na União Europeia.

4.2. A Avaliação Ambiental Estratégica (AAE)

Antes da análise do instrumento da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), prevista na Diretiva 2001/42 (instrumento prévio de AIA de Planos e Programas suscetíveis de ter efeitos significativos no ambiente), interessa destacar que a “avaliação de impacto ambiental” tem hoje múltiplos sentidos, que podem designar diferenças entre metodologias, procedimentos ou ferramentas empregados no planejamento e na gestão ambiental.

É comum na atualidade denominarem-se sob AIA: a) previsão dos impactos ambientais que um projeto de engenharia pode causar caso implantado, divididos em ramos como: impacto social, impacto sobre a saúde humana, e outros; b) identificação das conseqüências futuras de planos e programas de desenvolvimento como *avaliação ambiental estratégica*, c) estudo de alterações ambientais em uma região ou local; d) identificação e interpretação de aspectos e impactos ambientais de uma organização, em face de normas técnicas da série ISO 14.000; e) análise de impactos ambientais decorrentes da produção, utilização e descarte de um produto, conhecida como *análise de ciclo de vida*.⁶¹

Na doutrina técnica, o instrumento da AAE vem sendo referido como uma avaliação de impacto ambiental ampla sobre as conseqüências ambientais de políticas, planos e programas (PPP's), influenciando a própria formulação dos PPP's, em geral, no âmbito de iniciativas governamentais, embora possa também ser aplicada em organizações privadas.⁶²

⁶⁰ Ibidem, p. 14.

⁶¹ SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de Textos, 2008, p.6-7.

⁶² Sobre definições da AAE, Sánchez destaca: “Algumas definições amplamente aceitas de AAE são: o processo formal, sistemático e abrangente de avaliar os impactos ambientais de uma política, plano ou programa e de suas alternativas, incluindo a preparação de um relatório contendo

Dentre os fatores que apontam a necessidade da realização da AAE, enumeram-se: a) os impactos sócio-ambientais adversos de PPP's (como exemplos: decisões governamentais relativas a políticas, planos ou programas que têm causado significativos impactos sócio-ambientais ou econômicos adversos) e b) as limitações inerentes à AIA de projetos (como exemplos: dificuldades de análise profunda das alternativas tecnológicas e de localização, de considerar os impactos cumulativos ou sinérgicos, ou os indiretos, dificuldades de análise de alternativas).⁶³

Assim, como há mais de uma década já apontava a doutrina, a definição de PPP's e a preparação e realização de projetos são fases distintas e devem ser relativamente sequenciais no processo de decisão, podendo-se afirmar que a AIA de PPP's setoriais tem como fundamento as relações de causa-efeito que se estabelecem entre setor/atividade objeto e as atividades subsidiárias ou realizadas no mesmo espaço físico.⁶⁴

A AAE visa incluir as variáveis ambientais na esfera mais alta de decisão política, e, para tanto, utiliza variedades de abordagens e análises, não

as conclusões da avaliação, usando-as em um processo decisório publicamente responsável (publicly accountable) (Therivel et al., 1992, p. 19-20); um processo sistemático para avaliar as consequências ambientais de uma política, plano ou programa propostos, de modo a assegurar que elas sejam plenamente incluídas e adequadamente equacionadas nos estágios iniciais mais apropriados do processo decisório, com o mesmo peso que considerações sociais e econômicas (Sadler e Verheem, 1996, p. 27)." (SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação ambiental estratégica e sua aplicação no Brasil**. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/1087/SANCHEZ_Avaliacao_amb_estrategica.pdf>, acesso em 18 novembro 2018, p.1-2.)

⁶³ *Ibidem*, p.2.

⁶⁴ Sobre isso, o entendimento aprofundado de Partidário: "As diferenças existentes entre estes níveis de decisão vão naturalmente traduzir-se em abordagens diferenciais no que respeita à avaliação ambiental. A AIA de Planos, Programas e Políticas, que recentemente tem sido designada na literatura por Avaliação Ambiental Estratégica (SEA – *Strategic Enviromental Assessment*), diz respeito precisamente a todo tipo de acção estratégica, de carácter global ou sectorial. Políticas, Programas e Planos no domínio, por exemplo, da gestão dos resíduos sólidos, energia, transportes, desenvolvimento urbano, e também Planos gerais, nomeadamente, de nível regional ou local, constituem o âmbito de aplicação da AIA de Planos, Programas e Políticas. (...) Nesta perspectiva entende-se por fundamental que a adopção de procedimentos de AIA de PPP seja acompanhada pela integração do componente ambiental ao nível dos processos de formulação de políticas, programas e planos." (PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **AIA de políticas, programas e planos. Avaliação do impacto ambiental**. PARTIDÁRIO, Maria do Rosário e JESUS, Júlio de. Portugal: Centro de Estudos de Planeamento e Gestão do Ambiente, 1999, p. 136-144).

simplesmente a avaliação de possíveis conseqüências, e “será tanto mais eficazmente utilizada quanto mais possibilitar que as AIA sejam antecipadas na adoção dos projetos futuros”.⁶⁵

Em breve síntese, a AAE “é um instrumento de avaliação de impactes de natureza estratégica cujo objetivo é *facilitar* a integração ambiental e a avaliação de oportunidades e riscos das estratégias da accção no quadro de um desenvolvimento sustentável”.⁶⁶

Quanto aos objetivos da AAE, destacam-se: a) contribuir para um processo de decisão ambiental e sustentável, b) melhorar a qualidade de políticas, planos e programas, c) fortalecer e facilitar a AIA de projetos, d) promover novas formas de tomada de decisão.⁶⁷

Ressalta-se que, independente de abordagens metodológicas distintas, em face da rápida evolução mundial da AAE, a experiência internacional e a literatura apontam a necessidade de uma natureza flexível e estratégica, tornando-se fundamentais os seguintes princípios: responsabilização, participação e transparência, além da capacidade de acompanhar, de modo iterativo e facilitador, ciclos de preparação, execução e revisão dos processos de planejamento e de programação, inclusive, influenciando grandes opções de desenvolvimento ainda abertas.⁶⁸

Nesse sentido são as orientações da *International Association for Impact Assessment* (IAIA) sobre uma AAE de qualidade, visando subsidiar e informar os planejadores, decisores e sociedade quanto à sustentabilidade das decisões estratégicas futuras, e atingir o desenvolvimento sustentável, a AAE deve ser ajustável e envolver todo o processo de decisão, assim, reforçando-se o desenvolvimento da AAE como ciclo de decisão.⁶⁹

⁶⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Licenciamento ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.180.

⁶⁶ PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica – orientações metodológicas**. Portugal: Agência Portuguesa de Meio Ambiente, 2007, p. 9.

⁶⁷ *Ibidem*, p.10.

⁶⁸ *Ibidem*, p.10.

⁶⁹ MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável: a avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**. PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et. al., (Orgs.), São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011, p.466.

Visando demonstrar as diferenças entre os instrumentos da AAE e da AIA (de projetos), segue a figura abaixo.

Algumas diferenças fundamentais entre AAE e AIA de projetos	
Em AAE	Em AIA
A perspectiva é estratégica e de longo prazo	A perspectiva é de execução e de curto e médio prazo
O processo é cíclico e contínuo	O processo é discreto, motivado por propostas concretas de intervenção
Não se procura saber o futuro, o objetivo é ajudar um futuro desejável	O projeto de intervenção tem que ser conhecido com o nível de pormenor adequado
A definição do que se pretende fazer é vaga, a incerteza é enorme e os dados são sempre muito insuficientes	A definição do que se pretende fazer é relativamente precisa e os dados são razoavelmente disponíveis ou podem ser recolhidos em campo
O seguimento da AAE faz-se através da preparação e desenvolvimento de políticas, programas e projetos	O seguimento da AIA faz-se através da construção e exploração do projeto
A estratégia pode nunca vir a ser concretizada uma vez que as ações previstas em planos e programas podem nunca ser executadas	Os projetos sujeitos a AIA são executados, uma vez assegurada a sua viabilidade ambiental

Fonte: PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. (Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica – orientações metodológicas. Portugal: Agência Portuguesa de Meio Ambiente, p. 13).

Assim, embora com finalidades distintas, pode-se destacar que na formulação de uma política, um plano ou um programa que antecedem projetos, a AAE desempenha papel significativo no sentido de compensar as limitações da AIA de projetos, já que incorpora questões ambientais em todos os níveis da tomada de decisão.⁷⁰

⁷⁰ SILVA, Frederico Rodrigues. Políticas Públicas do Ambiente: um olhar especial acerca da avaliação ambiental estratégica. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Vol.5, N.1, Jan-Jun 2011, p.16.

No âmbito da UE, adota-se a Diretiva 2001/42/CE, conhecida como Diretiva da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), que trata da Avaliação de Impactos Ambientais de Planos e Programas (P&P).

Essa Diretiva 2001/42/CE da AAE surgiu após o contexto de divergências sobre a aplicabilidade da AIA antes tratada na Diretiva 85/337/CEE a Planos e Programas, uma vez que a doutrina discutia sobre se decisões de localização incorporadas em instrumentos de gestão territorial (em especial, planos de ordenamento do território) relativos a projetos sujeito à AIA estariam, elas mesmas, sujeitas a este procedimento de avaliação.⁷¹

Assim, considerando que a partir do advento Diretiva 2001/42/CE houve distinção de tratamento entre a AIA de projetos e a AIA de Planos e Programas, surge por conveniência a denominação “Avaliação Ambiental Estratégica”.⁷² Esclarece-se que, quanto à Diretiva 2001/42/CE, são consideradas expressões sinônimas “Diretiva AIA de P&P” e “Diretiva AAE”, as quais são adotadas a seguir.

Quanto aos objetivos da Diretiva AAE (art.1º), tem-se o estabelecimento de um nível levado de proteção do ambiente a partir das considerações ambientais na preparação e aprovação de P&P, de maneira a garantir que, quando determinados P&P possam causar efeitos significativos no meio ambiente, sejam sujeitos à avaliação ambiental de que trata a Diretiva.

Quanto ao âmbito de aplicação (art.3º), a AAE deve ocorrer nos casos elencados na Diretiva (art.3º/2/3/4), quais sejam: a) Que tenham sido

⁷¹ Nesse sentido, Aragão relata o que as correntes doutrinárias até então debatiam: “Contra invocava-se o conceito comunitário de “projeto”, consagrado na diretiva comunitária, o qual não podia ser mais restritivo. Um projeto era apenas “a realização de obras de construção ou de outras instalações ou obras, outras intervenções no meio natural ou na paisagem, incluindo as intervenções destinadas à exploração dos recursos do solo”. A favor, argumentava-se com os fins eminentemente preventivos da avaliação de impacto ambiental na Europa, conjugados com a obrigatoriedade da análise de alternativas.” (ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. *Evolução Recente e Desafios do Futuro do Direito do Ambiente na União Europeia*. In: FERREIRA, Helini Silva; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.160).

⁷² Nesse sentido o “Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativo à aplicação e eficácia da Directiva Avaliação Ambiental Estratégica (Directiva 2001/42/CE)”, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52009DC0469>>, acesso em 18 novembro 2018, p.2

preparados para a agricultura, silvicultura, pescas, energia, indústria, transportes, gestão de resíduos, gestão das águas, telecomunicações, turismo, ordenamento urbano e rural ou utilização dos solos, e que constituam enquadramento para a futura aprovação dos projectos enumerados nos Anexos I e II da Directiva 85/337/CEE, ou b) Em relação aos quais, atendendo aos seus eventuais efeitos em sítios protegidos, tenha sido determinado que é necessária uma avaliação nos termos dos artigos 6º ou 7º da Directiva 92/43/CEE.

Quando em tais casos enumerados se determine a utilização de pequenas áreas a nível local e pequenas alterações aos P&P referidos, só devem ser objeto de AAE no caso de os Estados-membros determinarem que esses P&P são suscetíveis de ter efeitos significativos no ambiente. Ao mesmo tempo, para casos de P&P não referidos acima e que tenham projetos futuros para aprovação, caberá aos Estados-membros enquadrar que os mesmos são suscetíveis de ter efeitos significativos no ambiente. A Directiva AAE não se aplica aos setores de defesa nacional, proteção civil, questões financeiras e orçamento.

Quanto aos critérios para esse enquadramento, deve haver investigação caso a caso ou especificação de P&P, segundo o que consta do Anexo II da Directiva 2001/42/CE.

No desenvolvimento da AAE de P&P, deve ser elaborado um Relatório Ambiental, no qual serão identificados, descritos e avaliados os eventuais efeitos significativos no ambiente resultantes da aplicação do plano ou programa e as suas alternativas razoáveis que tenham em conta os objetivos e o âmbito de aplicação territorial respectivos, contendo as informações do Anexo I da Directiva AAE (art.5º/1). Ainda, esse Relatório Ambiental deve conter os conhecimentos e métodos de avaliação disponíveis, o conteúdo e o nível de pormenor do plano ou do programa, a sua posição no processo de tomada de decisões e a medida em que determinadas questões sejam mais adequadamente avaliadas a níveis diferentes do processo, visando evitar duplicação da avaliação (art.5º/2).

Embora não preveja os procedimentos respectivos, é determinada a realização de consultas ao público e às autoridades ambientais (art.6º) sobre os P&P e o Relatório Ambiental produzido, o que também se mantém obrigatório no caso de consultas transfronteiras (art.7º), quanto aos eventuais efeitos ambientais transfronteiriços da aplicação de P&P e às medidas previstas para minorar ou eliminar tais efeitos.

Na Diretiva AAE determina-se como obrigação a consideração do Relatório Ambiental elaborado na tomada de decisão durante a preparação e antes da aprovação de P&P ou antes da submissão ao procedimento legislativo (art.8^o), ainda, devendo haver informação sobre conteúdo da decisão de aprovar P&P (art.9^o), devendo ser facultado: plano ou programa aprovado, declaração com as considerações ambientais integradas a essa aprovação, resultados das consultas e razões da escolha em face de alternativas abordadas, além das medidas de controle (art.10^o).

Foge do objeto do presente trabalho maiores detalhamentos de aplicação dos procedimentos, métodos e critérios técnicos da Diretiva AAE, contudo, cabendo comentar os principais pontos dos Relatórios produzidos sobre o tema, em 2009 e 2017.

No primeiro “Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativo à aplicação e eficácia da Directiva Avaliação Ambiental Estratégica (Directiva 2001/42/CE)”, indicou-se que, apesar do atraso (em 2004 apenas 9 dos 25 Estados-membros haviam transposto a Diretiva), em 2009, todos os Estados-membros haviam efetuado a transposição, sendo que em alguns casos foram detectados problemas de transposição incorreta ou incompleta.⁷³

Quanto às dificuldades da implementação da Diretiva AAE, esse referido Relatório indicou: a falta de informações de boa qualidade; o tempo e demora de recolha de dados; falta de critérios homogêneos relativos ao âmbito e conteúdo de análise de base; ausência de conjunto normalizado de critérios ambientais e de sustentabilidade para avaliação de P&P; e, em casos de consultas transfronteiriças, custo de tradução de documentos e fato de a documentação não ser traduzida, ou a consulta não se realizar em fase precoce, mas quando P&P estão em fase avançada.

Nesse Relatório, apesar da diferenciação de que “a Directiva AAE situa-se *a montante* e identifica as melhores opções numa fase precoce do planeamento, enquanto a Directiva AIA se situa *a justante* e refere-se a projectos que estão a ser realizados numa fase posterior”, não havendo teoricamente a ocorrência de sobreposição da aplicação das Directivas 85/337/CEE e 2001/42/CE, “foram identificadas diversas áreas de potencial sobreposição

⁷³ Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52009DC0469>>, acesso em 18 novembro 2018, p.2.

na aplicação das duas directivas”⁷⁴. Ainda, considerando que não há clara diferenciação entre o que constitui Plano, Programa e Projeto, pode haver dúvidas sobre qual Directiva deve ser adotada, citando como exemplo que as categorias de projetos do Anexo II da Directiva AIA em relação a alterações do uso dos solos não são claras, podendo criar confusão com a Directiva AAE.

No que se refere à execução administrativa pelos Estados-membros, esse mesmo Relatório indicou que estes escolheram abordagens diferentes para evitar tais sobreposições, embora reconheçam que não têm experiência suficiente para identificar e avaliar as questões de sobreposição. A partir daí, embora tenha sido considerada a possibilidade de fusão das Directivas AIA e AAE a fim de esclarecer suas interrelações e reforçar sua complementaridade, isso foi recomendado somente por poucos Estados-membros, que preferem a separação dos procedimentos respectivos de cada uma dessas Directivas.

No segundo Relatório elaborado em 2017 relativo à aplicação e eficácia da Directiva 2001/42/CE, ao avaliar a eficácia da aplicação da AAE em influenciar o planeamento e conteúdo final de P&P, indica-se que os Estados-membros reconhecem que a AAE tem alguma influência no processo de planeamento e que melhora a qualidade de P&P, o que se reforça quando há vontade política nesse sentido. Ainda, registrou-se o desafio de interação entre o processo da AIA e o processo da AAE, especialmente, quando P&P têm características de um projeto.⁷⁵

Decerto, o que se deduz em geral da Directiva da AAE é que pode haver uma forte contribuição para a tomada em consideração sistemática e estruturada das questões ambientais nos processos de planeamento *a montante*, reforçados pelos requisitos estabelecidos mais harmonizados,

⁷⁴ “Quando grandes projetos são compostos por subprojetos ou quando a importância dos projectos ultrapassa o nível local. – Projectos que exigem alterações dos planos de utilização dos solos (que exigirão uma AAE) antes de um promotor apresentar o pedido de aprovação do projecto e realizar a AIA. – Planos e programas que estabelecem critérios vinculativos para a subsequente aprovação dos projectos. Relação hierárquica entre as Directivas AAE e AIA (‘estratificação’), p.6.

⁷⁵ Denominado “Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu nos termos do artigo 12.º, n.º 3 da Directiva 2001/42/CE relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente.”, disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PT/COM-2017-234-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>>, acesso em 18 novembro de 2018, p.10-11.

como o Relatório Ambiental e a Consulta ao público e a autoridades, o que coincide com pontos positivos apresentados pela doutrina sobre a AAE, inclusive quanto à conexão entre esta e a AIA de projetos sob “aplicação cumulativa”, de modo que ambas sejam aplicadas e nenhuma prejudique a outra.⁷⁶

5. Considerações finais

Dentre as conclusões do presente estudo, ressaltam-se as vantagens da organização e da ordem jurídica da União Europeia, cujo Direito Administrativo exercita atos administrativos por meio das Administrações dos Estados-membros e a partir de Diretivas, que vinculam os Estados-membros na realização de objetivos e determinados resultados comuns, deixando aos Estados a definição das formas e meios para sua implementação.

Compreendido o contexto da proteção do ambiente na União Europeia e, em especial, as principais Diretivas sobre prevenção de danos ambientais, considera-se que as Diretivas de AIA de projetos, de prevenção e controle integrados da poluição e das emissões industriais e a de AAE (AIA de Planos e Programas) são consideradas complementares e reforçam as diferentes abordagens de avaliação de impacto ambiental, ainda, podendo inspirar globalmente esse modelo a outros países. Como também, é de extrema relevância o aprimoramento da AAE, já que esta tem a capacidade de influenciar positivamente o planejamento e garantir o desenvolvimento sustentável a partir da consideração de variáveis ambientais nas relevantes tomadas de decisões.

Ademais, se os desafios ambientais atuais demandam o planejamento estratégico cada vez mais global e o nível mais elevado de proteção ambiental, ressaltam-se as vantagens da realização cíclica do instrumento da AAE na União Europeia como orientadora das tomadas de decisões públicas estratégicas, a influenciar e a agilizar a realização e a avaliação de impacto ambiental de ações e projetos públicos e privados. Estes, por sua vez, quando se tratarem de empreendimentos industriais, também devem

⁷⁶ SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. **Licenciamento Ambiental de grandes empreendimentos: regime jurídico e conteúdo das licenças ambientais**. Curitiba: Juruá, 2017, p.77-78.

progressivamente apresentar melhorias nos padrões ambientais de emissão de poluentes mediante a utilização das melhores técnicas disponíveis, em constante avaliação e atualização permanentes.

Tais experiências vantajosas da ordem jurídica administrativa e ambiental da União Europeia, de reconhecida repercussão global, certamente, servem de importante inspiração a outros países e blocos de integração, inclusive, ao Brasil.

Referências Bibliográficas

- ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional**. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.
- ANTUNES, Tiago. **Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente. Verdes de Textos I**. Lisboa: AAFDL, 2014.
- ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. Evolução Recente e Desafios do Futuro do Direito do Ambiente na União Europeia. In: FERREIRA, Helini Silva; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ARAGÃO, Maria Alexandra; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo; BARRADAS, Maria Ana. Presente e futuro da AIA em Portugal: nota para uma reforma anunciada. **Revista CEDOUA**, n.2/98, p.89-110.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: IBDP, n.22, abril/maio/junho de 2010.
- BODELÓN, Fernando Fuentes. **El nuevo régimen de licencias em la Directiva 96/91 sobre prevención y control integrado de la contaminación**. Granada: Editorial Comares, 1999.
- CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao Século XXI. **Revista Fórum de Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n.24, mar./abr. 2004, 12pp.
- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. **O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental: para uma Tutela Preventiva do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 1998.

- ____. **O Direito Administrativo sem Estado**. Coimbra: Almedina, 2008.
- DUARTE, Maria Luísa. **Estudos sobre o Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2010.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Licenciamento ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FONTAINE, Pascal. **A Europa em 12 lições**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010.
- GOMES, Carla Amado. A avaliação de impacto ambiental e os seus múltiplos: breve panorâmica do quadro normativo eurocomunitário e apontamentos de jurisprudência. In: REBELO DE SOUSA, Marcelo; AMADO GOMES, Carla. (Coords.). **Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, p.59. Disponível em <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/731/view>>, acesso em 18 novembro 2018.
- ____. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 2014.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012, p. 13-32.
- MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável: a avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**. PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, et. al., (Orgs.), São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011.
- PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. AIA de políticas, programas e planos. **Avaliação do impacto ambiental**. PARTIDÁRIO, Maria do Rosário e JESUS, Júlio de. Portugal: Centro de Estudos de Planeamento e Gestão do Ambiente, 1999.
- ____. **Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica – orientações metodológicas**. Portugal: Agência Portuguesa de Meio Ambiente, 2007.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. Continuando a viagem pela Europa do Direito Administrativo. In: PEREIRA DA SILVA, Vasco; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direito Público Sem Fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, p.552-553. < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/733/view> >, acesso em 18 novembro 2018.

QUADROS, Fausto de. O Modelo Europeu. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, V. 1 n. 2 mai./ago. 1997

____. **A nova dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na perspectiva comunitária**. Coimbra: Almedina, 2001.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.

____. **Avaliação ambiental estratégica e sua aplicação no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/1087/SANCHEZ_Avaliacao_amb_estrategica.pdf>, acesso em 18 novembro 2018.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 355-373.

SILVA, Frederico Rodrigues. Políticas Públicas do Ambiente: um olhar especial acerca da avaliação ambiental estratégica. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Vol.5, N.1, Jan-Jun 2011, pp.1-45.

SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de. **Licenciamento Ambiental de grandes empreendimentos: regime jurídico e conteúdo das licenças ambientais**. Curitiba: Juruá, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a aplicação e a eficácia da Directiva AIA (Directiva 85/337/CEE, com a redacção dada pelas Directivas 97/11/CE e 2003/35/CE)**. Bruxelas, 23.07.2009. Disponível em <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/91414f94-63bb-4932-bff5-31eb28338bc1/language-pt>>, acesso em 18 novembro 2018.

____. Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativo à aplicação e eficácia da Directiva Avaliação Ambiental Estratégica (Directiva 2001/42/CE). Bruxelas, 14.09.2009. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52009DC0469>>, acesso em 18 novembro 2018.

____. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu nos termos do artigo 12.º, n.º 3 da Directiva 2001/42/CE relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente. Bruxelas, 15.05.2017. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PT/COM-2017-234-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>>, acesso em 18 novembro de 2018.

____. **Relatório da Comissão ao Conselho ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2010/75/EU e os relatórios finais sobre a legislação anterior.** Bruxelas, 4.12.2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0727>> , acesso em 18 novembro 2018.

Valoração do dano ambiental: pressupostos jurídicos no Brasil, em Portugal e na União Européia

Quantifying environmental damages: legal premises at Brazil, at Portugal and at the European Union

HOMERO ANDRETTA JUNIOR¹

Resumo: A responsabilidade do causador do dano ambiental é reconhecida na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais e nos tratados internacionais, decorrente do princípio do poluidor-pagador, mas há uma grande dificuldade de quantificar o dano ambiental. O artigo analisa as dificuldades de valoração e quantificação desse dano, com vistas à responsabilização dos causadores de danos ambientais/poluidores, especialmente porque não existem critérios absolutos na legislação, na jurisprudência e nos tratados internacionais. O artigo analisa comparativamente o ordenamento jurídico brasileiro, o português e o da União Europeia, com destaque para a Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Esse problema dificulta o ajuizamento de ações tendentes à reparação do dano ambiental, como se pode verificar no estudo dos casos da sonda *Deepwater Horizon* da *British Petroleum*, no Golfo do México – maior vazamento de petróleo da história – e do rompimento da barragem de fundão, da mineradora Samarco, em Mariana – MG – maior desastre ambiental da história do Brasil. Por outro lado, a reparação do dano ambiental pelo poluidor só ocorrerá se houver viabilidade econômica do responsável pelo dano ambiental (*ability to pay*). Uma forma de superar essas dificuldades é através da transação no direito ambiental, como alternativa à superação do problema. No Brasil, a transação ambiental pode ser viabilizada por Termos de Ajustamento de Conduta, contendo obrigações de fazer ambientais, no sentido na reparação e compensação ambientais.

¹ Advogado da União. Diretor do Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União. Advocacia-Geral da União.

Palavras-chave: 1. Dano ambiental 2. Valoração 3. Critérios. 4. Brasil 5. Europa.

Abstract: The liability for environmental damages is recognised in most national legal systems and international treaties, as a consequence of the polluter-pays principle, but there is a huge difficulty of quantifying environmental damages. The article analyses the difficulties in assessing and quantifying environmental damages towards making environmental or polluter-related harm accountable, since there are no absolute criteria in legislation, court rulings or international treaties. The piece also makes a comparative analysis of the Brazilian, Portuguese and European law, highlighting the Directive 2004/35/CE of the European Parliament and Council of Europe, of 21 April 2004, on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage. This problem hinders the filing of lawsuits tending to repair environmental damage, as seen on two case studies: Deepwater Horizon oil spill (also referred to as the BP oil spill/leak) at the *Gulf of Mexico* in the US – largest oil spill ever – and the rupture of *Fundão* dam, which belongs to Samarco mining company in Mariana (at the State of Minas Gerais in Brazil) – the largest environmental disaster in Brazilian history. In the other hand, the environmental repair will only happen if the company held responsible has the ability to pay for the damages. Keeping those aspects on mind, the possibility of settlements between public administration and the companies responsible for environmental damages emerges as an alternative to overcoming the problem. In Brazil, environmental agreements can be reached through Terms of Agreement for “Recovery of Environmental Liability” (also known as Conduct Adjustment Commitment or Declaration, signed by the party held responsible for producing pollution and public authorities) containing obligations to provide environmental repair or compensation, besides the payment of a sum of money.

Keywords: 1. Environmental damage 2. Assessment 3. Criteria. 4. Brazil 5. Europe.

Data de submissão: 17/07/2018

Data de submissão do artigo revisado: 12/09/2019

Introdução: o desafio da valoração do dano ambiental

O objetivo deste ensaio é o de buscar uma maior e melhor compreensão sobre como definir a extensão e os valores de um dano ambiental. Há tempos os tratados internacionais e a legislação interna de muitos países congruam o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual quem causa um dano ambiental deve pagar a indenização pelo dano causado ou, idealmente, obter a recomposição e a reparação ambientais. Com efeito, o princípio do poluidor-pagador, ao ser consagrado nos tratados internacionais de direito ambiental, promoveu uma das primeiras regulações globais em matéria ambiental. O direito ambiental internacional evoluiu para abarcar uma série de temas, e hoje é notória a regulação global relativa ao aquecimento global, principalmente após o Tratado de Paris que teve por objeto a redução da emissão dos gases causadores do efeito estufa. Avançando em relação ao Protocolo de Kyoto, este tratado manteve o anteriormente criado mercado global de créditos de carbono, por exemplo.

O mercado de créditos de carbono é uma forma criativa de quantificar e premiar aquelas atividades que reduzem a emissão de gases do efeito estufa. Sem dúvida, foi uma maneira criativa de quantificar valores ambientais, ou trazer para a economia alguma espécie de mensuração de bens ambientais.

Sem embargo, um problema prático remanesce e que quase nunca é enfrentado pela doutrina e pelos operadores do Direito: o de definir a extensão do dano ambiental e, por consequência, o valor do dano ambiental.

O presente trabalho pretende perquirir se há critério legal, no Brasil e em Portugal, assim como na União Europeia e em tratados internacionais, que sirva de norte para a fixação do valor do dano ambiental. As seguintes perguntas demonstram a perplexidade do tema: qual o valor de uma espécie extinta em decorrência de um dano ambiental? Qual o valor dos espécimes mortos em decorrência de um dano ambiental? Qual o valor de uma floresta destruída? Até que ponto existe uma capacidade de pagamento, ou *“ability to pay”*, do poluidor de um rio contaminado, que justifique sua responsabilização ao menos enquanto tramita o processo que busca quantificar o valor do dano?

A quantificação e a valoração dos danos ambientais é tarefa das mais tormentosas, pois os bens ambientais podem simplesmente não ter valor, por serem coisas fora do comércio, ou mesmo insuscetíveis de valoração. É muito difícil determinar o valor do ar puro, da água pura, de uma floresta

tropical que tenham sido afetados por um desastre ambiental ou por uma atividade poluidora.

A impossibilidade de quantificação imediata, ou logo em seguida à ocorrência do dano ambiental, impede a definição de um valor preciso às ações judiciais tendentes à reparação ambiental no momento do seu ajuizamento. No entanto, não se pode aguardar o resultado de perícias ou análises que podem levar anos, inclusive pela complexidade inerente às questões ambientais, sob pena de jamais ser obtida a responsabilização do poluidor, ou ela ocorrer a destempo.

Por outro lado, há a questão dos custos para as medidas de reparação e de recomposição ambientais. Ainda que não seja possível definir o valor dos bens ambientais atingidos – o ar limpo, a água potável, a floresta nativa –, é possível definir quanto se gastará com medidas de reparação e recomposição. Essas, ao cabo, redundarão em valores que poderão ser monetariamente expressos, nem que seja ao término de um processo administrativo ou judicial, após perícias e após levantamento contábil das atividades necessárias à reparação e à recomposição. No entanto, é muito difícil, senão impossível, antecipar, em valores precisos e inalteráveis, quais seriam esses valores.

Tendo estas dúvidas em mente, o artigo retomará o conceito do poluidor-pagador para imergir na análise da prova em direito ambiental, bem como nas disposições legais, no Brasil, que permitem algum avanço no sentido da extração de critérios de valoração do dano ambiental. Em seguida, analisar-se-á a norma européia, consubstanciada na Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Serão escrutinados os dispositivos que podem auxiliar o operador do direito na busca da valoração do dano ambiental, sem prejuízo da necessária crítica às lacunas legislativas e o apontamento de como poderia ser aprimorado ou esquematizado um sistema de valoração dos danos ambientais.

Avaliar-se-á, também, em que medida pode se aplicar a discricionariedade administrativa, que pode auxiliar as autoridades administrativas na decisão quanto aos projetos de recomposição e reparação, seguidos, idealmente, do seu custeio pelo poluidor, seja imediatamente, seja através de cobrança dos valores despendidos pela administração ou por terceiros nos esforços de recomposição e reparação ambientais.

Em seguida, examinar-se-á a legislação portuguesa, por meio da qual a responsabilidade ambiental está ainda muito atrelada à noção de danos à propriedade decorrentes da poluição ou tragédia ambiental. Em Portugal, não há referência expressa a um dano de um direito difuso ao meio ambiente passível de uma responsabilização na esfera judicial, independentemente dos danos causados aos proprietários dos bens afetados – tal como ocorre no Brasil. Daí que a sistemática de responsabilização está muito ligada a um dano individual, ou a um dano concreto, o que parece dificultar ou mesmo impedir legitimados extraordinários a adotarem medidas administrativas ou judiciais contra o poluidor. Embora quase sempre haja proprietários atingidos na grande maioria das situações de poluição ou desastres ambientais, haverá casos em que o dano ambiental, quando ocorrer de forma muito esparsa, poderá quedar sem resposta, que dizer quantificado.

Feito este exame comparativo entre as legislações brasileira, portuguesa e europeia, serão estudados dois casos rumorosos em que a quantificação do dano ambiental foi particularmente difícil, bem como as soluções que neles foram encontradas para este problema: o primeiro, o caso do vazamento de petróleo no Golfo do México, por meio do qual a petroleira British Petroleum (BP) concordou em pagar 18,7 bilhões de dólares² para encerrar ações movidas pelos Estados Unidos e seus Estados costeiros afetados, sobre o derramamento de óleo ocasionado por defeito em válvula de uma de suas plataformas, ocorrido em 20 de abril de 2010; o segundo, o rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG, em novembro de 2015, que ocasionou mortes, soterramento de uma comunidade inteira, de rios e áreas de preservação, além de poluição da quase totalidade do Rio Doce, desde a localidade do desastre, no Estado de Minas Gerais, até o seu estuário, no Estado do Espírito Santo.

À míngua de soluções legais claras e contundentes, defender-se-á que alguns critérios de responsabilização e quantificação podem ser utilizados, como por exemplo a “*ability to pay*” do poluidor, principalmente em grandes desastres ambientais, assim como a assinatura de termos de

² Segundo reportagem do jornal *The Guardian*, a petroleira concordou em pagar essa multa; no original: “BP has agreed to pay a record fine of 18.7 to settle legal actions brought by the US and several states over the fatal 2010 Gulf of Mexico oil spill.” <http://www.theguardian.com/environment/2015/jul/02/bp-will-pay-largest-environmental-fine-in-us-history-for-gulf-oil-spill>, acesso em 17/06/2018

acordo ambientais mais amplos, a exemplo dos Termos de Ajustamento de Conduta previstos na legislação brasileira, onde certo grau de discricionariedade das autoridades tomadoras dos termos poderá ser necessário. Nesse sentido, expõe-se a possibilidade de transação no Direito Ambiental, visto que, do contrário, há risco de manutenção de impasses insolúveis, que não socorrem nem a população afetada, nem o meio ambiente contaminado.

Sem pretender dar uma resposta definitiva à questão, o artigo suscita um tema pouco explorado na doutrina e na jurisprudência, mas que merece atenção dos advogados, das autoridades administrativas (em especial ambientais), dos membros do Ministério Público e da magistratura, com vistas a possibilitar soluções mais rápidas e equânimes para a questão do valor do dano ecológico, como e com quais meios repará-lo, compensá-lo e mitigá-lo. O fator tempo em matéria de reparação e recomposição ambientais também pode fazer toda diferença, e não faz sentido atrasar a adoção de medidas urgentes com base na discussão do valor ou quantificação do dano, que podem ser escrutinados com mais vagar no transcurso da análise administrativa ou judicial da questão – e respeitado o devido processo legal –, porém sem impedir as primeiras medidas urgentes para fazer face à poluição ou contaminação causada.

1. O princípio do poluidor-pagador, a quantificação dos danos ambientais e novos dilemas globais em matéria ambiental

O princípio do poluidor-pagador, consagrado no direito de vários países e reconhecido em tratados internacionais, de forma muito simples e direta, obriga o poluidor a pagar pela poluição causada. Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau assim o definem:

“Traduz-se na obrigação do empreendedor de internalizar as externalidades negativas nos custos da produção (como a poluição, a erosão, os danos à fauna e à flora etc.), bem como daquele que causa degradação ambiental de arcar com os custos de sua prevenção e/ou reparação. Isso porque o processo produtivo produz prejuízos que, quando afastado esse princípio, acabam sendo suportados pelo Estado e, conseqüentemente, pela sociedade, enquanto o lucro é auferido apenas pelo agente privado. Para minimizar esse custo imposto à

sociedade, impõe-se sua internalização, consubstanciada na obrigação de que o produtor arque com o ônus da prevenção/reparação.”³

É comum que os países taxem atividades poluidoras e obriguem o poluidor, no licenciamento ambiental, a adotar medidas de compensação ambiental, em nome do princípio do poluidor-pagador, dando concretude normativa e administrativa ao preceito.

Sem embargo, nos casos de desastres ambientais, em que o causador do dano, da poluição, produz um evento nefasto e não esperado ao meio-ambiente – conquanto sempre existisse o risco inerente à atividade econômica desempenhada –, a aplicação do princípio do poluidor-pagador tem sua concretização dificultada.

O causador de um dano ambiental estará, a princípio, obrigado, na legislação brasileira, a promover a **reparação específica** que, segundo Fiorillo, Morita e Ferreira, é inafastável quando cabível. Estes autores corretamente lembram que o termo “poluidor-pagador” *não exige a reparação em pecúnia, uma vez que o termo pagador tem por conteúdo a reparação específica do dano*⁴.

Ocorre que a reparação específica também tem custos, mas que dificilmente podem ser previamente determinados, ou mesmo calculados. Quando muito, somente após a realização das medidas reparatórias e compensatórias, poder-se-ia calculá-los, enquanto soma de todas as despesas incorridas pelos entes encarregados pelas medidas de um restauro ambiental em sentido amplo.

A doutrina civilista da responsabilidade destaca estas dificuldades. Silvio de Salvo Venosa afirma que o simples pagamento de soma em dinheiro é insuficiente no campo ambiental, reconhecendo haver uma “*subversão à verdade tradicional, segundo a qual toda obrigação não cumprida se traduz, em última análise, em um substitutivo em dinheiro*”⁵. E ainda indaga:

“A reconstituição do meio ambiente e o retorno ao equilíbrio ecológico afetado são fatores que mais importam neste tema. De tal modo, o dano ambiental

³ LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 16.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari e FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 212.

é de difícil valoração material: quanto custa, por exemplo, o derrame de óleo na Baía de Guanabara? A mortandade de peixes em um rio? Não bastasse isso, como avaliar o dano moral que pode ser cumulado nesse caso?”

José A. Esain reflete sobre o drama dos bens ambientais, já que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém (*res nullius*). Em termos jurídicos:

“Los bienes que pertenecen al ambiente pueden ser tanto de dominio privado como públicos, como res nullius. El aire, por ejemplo, es res nullius, el agua es de dominio público, pero por otra parte son parte del ambiente. Los elementos pueden pertenecer a ambas categorías, tanto a los bienes de dominio público como a los bienes sin dueño, y, por lo tanto, siempre estamos ante una categoría que supera esa dicotomía”⁶.

Com efeito, explica Estanislao Arana García⁷:

“Para poder concretar los supuestos de responsabilidad por daños al medio ambiente, la primera tarea a realizar es la de determinar cuando se produce un daño al medio ambiente de que pueda surgir la responsabilidad imputable a un sujeto y por tanto sea indemnizable. Ante un daño al medio ambiente, debe especificarse el concepto de víctima de ese daño, con el fin de indemnizarlo. Y éste es uno de los mayores problemas en la hora de tipificar los daños al medio ambiente susceptibles de ser indemnizados por responsabilidad.”

Alguns autores, por estas razões, como Jesús Jordano Fraga⁸, advogam a criação de um seguro ambiental, a ser utilizado sempre que se verifique um dano ao meio ambiente. Complementa Laura Garcia Alvarez⁹:

“El ‘ambiente’ se descompone así en numerosas realidades jurídicas afectadas y protegidas ante un atentado al medio natural y que correlativamente dan lugar al daño

⁶ ESAIN, José A. **Juicios por daño ambiental**. 1ª. Edición, Buenos Aires. Hammurabi, 2014, pp. 126.

⁷ GARCIA, Estanislao Arana. *La Responsabilidad Ambiental*. Cap. 9 in **Derecho Ambiental**. 2ª. Ed., Editora Tecnos: Madrid, 2015, p. 198.

⁸ FRAGA, Jesús Jordano. **La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado**. José María Bosch, Editor S/A, Barcelona, 1995, pp. 174 y 175.

⁹ ALVAREZ, Laura Garcia. **Daños Ambientales Transnacionales y Acceso a la Justicia**. Dinkinson SL: Madrid, 2016, pp. 34 y 35.

ecológico, al daño al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable y al daño a los intereses subjetivos individuales. La apreciación de responsabilidad civil en estos daños no es una cuestión exenta de debate (...)”.

De todas as maneiras, a responsabilidade por danos ambientais já está há muito tempo reconhecida nas leis de muitos países. José A. Esain¹⁰, ao comentar a “Ley General de Ambiente (LGA)” da Argentina, destaca com respeito aos danos ambientais:

*“a) La primera etapa será la **prevención**, que se dá por el cese de la alteración [indevida no meio ambiente];*

*b) La segunda etapa – conforme lo dispuesto en el art. 28, LGA – es la **acción de recomposición**, para que se restablezca el ambiente al estado anterior a la alteración externamente inducida;*

*c) Finalmente, en caso de que no sea técnicamente factible restablecer el ambiente al estado anterior a la alteración externamente inducida sobre él, se deberá abonar una **indemnización sustitutiva**, que será determinada por la justicia ordinaria interviniente, la que se depositará en el Fondo de Compensación Ambiental;*

*d) Se suma a este sistema el **daño moral colectivo**, en el porcentaje del ambiente que ha sido restaurado, pero que no volverá nunca al estado anterior, tal como puede suceder con un objeto fungible, porque, como hemos visto, hasta la mejor recomposición implica o consiente un cambio en las características del ambiente.*

No mesmo sentido a Lei Federal da Política Nacional do Meio Ambiente¹¹ brasileira também prevê sistemática similar para evitar e sancionar os danos ambientais.

A nível internacional, pelo princípio do poluidor pagador, que quem causa dano ambiental com efeitos em outro país será responsável por esse reparo ambiental transnacional. Se houver uma causa direta do dano, a pessoa responsável é procurada e condenada; tanto o Estado de onde vem a poluição quanto a pessoa afetada podem e devem tomar medidas nessa direção.

¹⁰ ESAIN, José A. **Juicios por daño ambiental**. 1ª. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 133 y 134.

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm; Lei nº 6938/1981.

No entanto, o problema é mais difícil de resolver quando se pensa em poluição causada por atividade econômica regular, ou melhor, por todas as pessoas e empresas diariamente, como o uso de energia elétrica e com deslocamentos nos meios de transporte, dependentes há muito tempo da queima de combustíveis fósseis: a consequência óbvia dessas atividades econômicas é a poluição do ar; a consequência menos óbvia, e ainda contestada por alguns atores políticos, é o aquecimento global.

Várias organizações internacionais começaram a se preocupar com essas questões e a exigir uma ação dos países para reduzir o uso de combustíveis não renováveis, o que redundou no recente Tratado de Paris para redução das emissões de gases do efeito estufa.

Apesar disso, os direito nacionais, o direito internacional e o direito comunitário não trazem respostas absolutas sobre a quantificação dos danos ambientais, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho. Verificar-se-á ser muito difícil, senão impossível, às autoridades ambientais dos países definirem previamente os custos da reparação ou da compensação ambiental, da mesma forma que os legitimados a proporem ações ambientais terão enormes dificuldades em previamente definirem o valor dos pedidos – e, portanto, o valor da causa – destas ações.

2. Prova e valoração do dano ambiental

A valoração do dano ambiental pode ser objeto de prova pericial, até certo ponto: é que as quantificações nem sempre são passíveis de definição com absoluta certeza científica por meio de prova pericial. Ademais, na grande maioria dos desastres ambientais, a prova demanda muito tempo e recursos financeiros para ser produzida, judicial ou extrajudicialmente. Como destaca Rodrigo Henrique Branquinho Barboza Tozzi¹², em artigo que analisou o tema com profundidade, o dano ambiental é de difícil valoração, pois

“Não existe um valor econômico para o ar puro ou de uma paisagem. São bens, assim como muitos outros, que não são expressos através do mercado,

¹² TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. *A reparação dos danos e o problema da valoração do dano ambiental*, obtido em <http://jus.com.br/artigos/25503/a-reparacao-dos-danos-e-o-problema-da-valoracao-do-dano-ambiental>, acesso em 13/01/20107.

não podem ser comprados ou vendidos. Tampouco existe alguma fórmula para calcular o dano ambiental em toda sua extensão, uma vez que, como já afirmado, esses bens naturais não possuem valor de mercado (apesar de que “seu valor econômico existe na medida que seu uso altera o nível de produção e consumo (bem-estar) da sociedade”), além do fato de sua extensão, pois se deve avaliar tais danos sobre todos os elementos do ecossistema que foi degradado.”

O mesmo autor defende que o objetivo da legislação ambiental, em especial os incisos VI e VII do art. 4º da Lei Federal brasileira nº 6.983/81¹³, é a recuperação *in natura*, o retorno ao *status quo ante*, ainda que seja a solução mais onerosa ao poluidor. Por fim, conclui que “*Não existe qualquer parâmetro estabelecido pela lei para a conversão monetária para fins de cálculo do bem natural lesado.*” Ademais:

“Outro obstáculo refere-se a uma das características do dano ambiental: o aniquilamento de vítimas e outros impactos que não se podem avaliar porque não se pode dar um valor econômico ao dano causado ao recém-nascido deficiente devido à contaminação de seus pais por mercúrio ou ainda atribuir valor a uma espécie animal que foi extinta antes mesmo de ser estudada.”

Após propor uma série de critérios de valoração do dano ambiental, declinando suas vantagens e desvantagens, citado autor conclui:

“Entendemos então que a avaliação do dano ambiental dever ser feita da forma mais ampla possível, abarcando todos os custos, como os de implementação de um projeto de recuperação que englobe número suficiente de projetos para a reposição ou recuperação do meio ambiente, bem como danos materiais ou morais, na exata medida do princípio do poluidor-pagador.”

Ao comentar o art. 19 da Lei de Crimes Ambientais, que prevê a valoração do dano ambiental para fins penais, em especial no que concerne ao cálculo de multa ou fiança, Marcos Patrício Macedo¹⁴, reconhecendo a complexidade do tema, diz que:

¹³ BRASIL, República Federativa. Lei Federal brasileira nº 6.983/81. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>, acesso em 16/07/2018.

¹⁴ MACEDO, Marcos Patrício. *Métodos para valoração do dano ambiental*, in <https://jus.com.br/artigos/52354/metodos-para-a-valoracao-do-dano-ambiental-lei-federal-9-605-artigo-19>,

“Dada a complexidade do tema – meio ambiente –, é tormentosa a tarefa de determinar as reais extensões do dano, mesmo aos profissionais da área. **Conceitos complexos se correlacionam produzindo efeitos sinérgicos ou de abrandamento levando a resultados de difícil interpretação e alvo de discordância mesmo entre experts da área.**

(...)

A existência de diversas técnicas, cada uma com suas vantagens e deficiências, **torna ainda mais árduo o papel dos operadores do direito que muitas vezes se deparam com discussões sobre as quais têm pouco ou nenhum domínio, ficando a mercê de profissionais de índole questionável.** Resta, assim, prejudicada a eficácia deste dispositivo legal vez que, alvo de muitas críticas é deixado de lado, tido como inaplicável por alguns magistrados na apreciação do caso concreto.”

(destacou-se)

Daí que, ao menos na experiência brasileira, as ações para fazer frente aos danos ambientais, na maioria das vezes, acabam sendo instruídas com laudos preliminares dos órgãos ambientais.

Neste ponto, acompanhando-se o alerta doutrinário supratranscrito, é importante destacar que os órgãos ambientais brasileiros gozam de enorme credibilidade, não havendo razão para determinar-se a contratação de consultorias internacionais ou peritos de nomeada, cujos honorários, muitas vezes, são de valores elevadíssimos mas que, em contrapartida, pouco ou nada acrescentam ao conhecimento científico já disponível em órgãos como o Ministério do Meio-Ambiente – MMA, o Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente – IBAMA, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, a Agência Nacional de Águas – ANA e autarquias ambientais estaduais.

acesso em 14/01/2017. Assevera o autor em sua explanação: *A valoração ambiental, contudo, não se resume à atuação criminal da justiça. Esta é uma pequena parcela do campo de atuação dos profissionais que se dedicam à valoração ambiental. Ainda assim, não existe na criminalística, em sua parte voltada às infrações penais ambientais, uma metodológica padronizada para o cálculo do montante do prejuízo. Por essa razão, frequentemente, os profissionais da criminalística buscam em outras áreas do conhecimento – como na contabilidade ambiental ou na economia ambiental – instrumentos, sejam conceituais ou técnicos, que os auxiliem na tarefa de atribuir valor aos recursos ambientais, gerando possibilidades e subsídios para o processo decisório na esfera ambiental.*

Em outras palavras, a aferição do dano ambiental pode e deve perfeitamente ser realizada no bojo da administração pública. Apenas em casos absolutamente excepcionais é que estes órgãos não contarão com pessoas habilitadas ou mesmo recursos financeiros para as análises necessárias às atuações administrativas e às ações judiciais.

A Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler¹⁵, do Tribunal Regional Federal da 4^a. Região, produziu um dos únicos trabalhos sobre o valor do dano ambiental. Após mencionar a questão da *ecologização* da economia e discorrer sobre diversos métodos econômicos e técnicas de valoração dos bens ambientais, indicando prós e contras de cada um, a Magistrada elabora comentários sobre precedentes jurisprudenciais brasileiros que, de alguma forma, enfrentaram a questão dos danos ambientais e sua valoração. Pela importância do artigo aos fins do presente trabalho, vale a pena transcrever seus apontamentos *ipsis litteris*:

Na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual contra a Petrobras em andamento em Paranaguá, Paraná, o pedido de indenização pelos danos alcança 3,7 bilhões de reais, sendo o maior valor pretendido no País. O desastre anterior ocorreu em julho de 2002 e foram lançados 4 milhões de litros de óleo cru no município de Araucária, nos rios Iguaçu e Parnaúba, e face à reincidência, o valor foi estimado em 1/12 avos da receita líquida da companhia.

Na Ação Civil Pública nº 98.03.067546-0/SP,48 entendeu-se que à falta de melhor critério para fixação do valor do dano deve imperar o princípio da razoabilidade, sempre com vista a desestimular a transgressão das normas ambientais, e à míngua de melhor critério nada impede que o Juiz adote critérios estabelecidos em trabalho realizado pela CETESB. No caso em tela, houve derramamento de óleo, em torno de meia centena de litros. (...)

Na AI nº 2000.04.01.134138-5/RS, em que foi decidida questão incidental sobre o caso do navio Bahamas, o monitoramento técnico da área afetada não foi aproveitado como prova. Obrigou-se aos réus arcarem com o ônus da prova

¹⁵ TESSLER, Marga Inge Barth. *O valor do dano ambiental*, in https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/dano_ambiental__ufrgs_out_2004.pdf, acesso em 14/01/2017

pericial específica, para a quantificação dos danos. Na Ação Civil Pública 2000.72.01.004473-0/SC houve a correta avaliação dos danos causados por uma indústria têxtil em Joinville.

Como o valor do dano ambiental é questão de prova, a verificação do valor e sua extensão pelo Superior Tribunal de Justiça é obstaculizada pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual não foram localizados precedentes específicos no trato do assunto pelo Superior Tribunal de Justiça. São exemplos da aplicação da Súmula nº 7: os precedentes REsp nº 435128/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.05.2003. No REsp nº 497447/MT, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09/06/2003, o Superior Tribunal de Justiça estava diante de verificação da extensão de danos, contudo, não foi possível conhecer do recurso em vista do desatendimento do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. No REsp nº 442586/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/02/2003, restou estabelecido que o Estado não pode inscrever quantum indenizatório de dano ao meio ambiente, sem obediência aos cânones do devido processo e inafastabilidade da jurisdição. Nos seguintes precedentes: REsp nº 327256/PR, Rel. Min^a Eliana Calmon, DJ de 19/12/2002, e REsp nº 343741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 07/10/2002, foi o adquirente do imóvel responsabilizado pela composição do dano ambiental praticado pelo alienante. Trata-se de obrigação propter rem que incide sobre o próprio bem, acompanhando-o em caso de alteração de domínio.

Vista a dinâmica da valoração do dano no Brasil, é pertinente comparar com a metodologia adotada na União Europeia e em Portugal.

3. A valoração do dano ambiental na Diretiva 2004/35/CE, da União Européia e em Portugal

Na Europa, a Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, é o diploma mais importante em matéria de danos ambientais. Sem embargo, tal como nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, ela não traz respostas claras em matéria de valoração do dano ambiental.

Vale, por isso, analisar alguns tópicos da Diretiva que abordam ou simplesmente tangenciam o tema. Já no seu segundo considerando a Diretiva¹⁶ invoca o princípio do poluidor pagador e estatui que

“O princípio fundamental da presente directiva deve portanto ser o da responsabilização financeira do operador cuja actividade tenha causado danos ambientais ou a ameaça iminente de tais danos, a fim de induzir os operadores a tomarem medidas e a desenvolverem práticas por forma a reduzir os riscos de danos ambientais.”

A Diretiva impõe aos agentes econômicos uma punição financeira em caso de danos ambientais, como forma de coerção no sentido da prevenção de riscos ambientais, embora afirme, mais adiante no considerando 11, o objetivo de reparar os danos ambientais, enquanto no item 18 assevera que o operador custeie as medidas de reparação necessárias, quando levadas a cabo pela autoridade competente, ela própria ou por terceiros. Por sua vez, a autoridade tem garantida a prerrogativa de cobrar o custo de medidas de prevenção ou de reparação (considerando 23).

O item 13 dos *consideranda* traz uma isenção de responsabilidade quando a poluição é disseminada ou difusa, no sentido de que ela não possa ser imputada a um agente individual. O art. 4º, §5º alinha-se no mesmo sentido, exigindo nexo de causalidade.

Já o considerando 24 incumbe as autoridades competentes por funções específicas que impliquem os poderes administrativos apropriados, “*o dever de avaliar a importância dos danos e de determinar as medidas de reparação a tomar*”.

A Diretiva se reporta, em alguns trechos, ao estado inicial prévio à ocorrência do dano ambiental, como ponto a ser retomado pelas medidas de reparação. Na definição de dano, constante do art. 2º, 2., a diretiva emprega a expressão “a alteração adversa **mensurável**, de um recurso natural (...)”.

Neste mesmo artigo, item 16, a Diretiva conceitua como “custos”:

¹⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da Europa e Parlamento Europeu. *Diretiva 2004/35/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0035>, acesso em 06/07/2018.

“os custos justificados pela necessidade de assegurar uma aplicação correcta e eficaz da presente directiva, incluindo os custos da avaliação dos danos ambientais, de uma ameaça iminente desses danos, das alternativas de intervenção assim como os custos administrativos, jurídicos, de execução, de recolha de dados e outros custos gerais, bem como custos de acompanhamento e supervisão”

Como se percebe, a ideia de custos na Diretiva é bastante ampla, porém a noção de alteração adversa mensurável não parece ser a melhor solução legislativa, pois há danos ambientais insuscetíveis de mensuração. Parece que o vocábulo deve ser lido como alteração **perceptível**, para que se concretizem os fins da norma¹⁷.

Nem mesmo o art. 8º, que detém a rubrica “custos de prevenção e reparação” indica critérios de mensuração e valoração do dano ambiental. Ele antes estipula regras de limites da responsabilidade e a forma de atuação da autoridade competente. Na sequência, o art. 9º remete às legislações nacionais a partilha entre corresponsáveis pelo dano e entre produtor e utilizador de um produto, enquanto o art. 10 fixa um prazo prescricional de 5 anos para uma ação de cobrança dos custos relativos às medidas tomadas. O art. 14 explicita a necessidade de os Estados nacionais regularem uma sistemática de garantias financeiras para o caso de inadimplência do operador.

Esses artigos indicam que a autoridade nacional adotará e arcará com as medidas de reparação ambiental, para posteriormente ser ressarcida. Ocorre que essa espécie de solução, conquanto necessária, impõe ao Estado a obrigação de mensurar, valorar e agir, inclusive dispondo de orçamento público, para fazer face aos efeitos de um dano ambiental. Quando ocorrem grandes tragédias ambientais, o volume de recursos demandados para reparar o meio ambiente, e até mesmo para a adoção de medidas emergenciais, não estará contemplado no orçamento público. Nessa hipótese, a autoridade competente que, em regra, será um órgão público, terá de sacrificar seu orçamento de custeio, ou verbas destinadas para outras ações e programas, para adotar as medidas reparadoras e/ou emergenciais, para somente após postular o ressarcimento do causador do dano.

¹⁷ Consultando-se a versão em inglês, verifica-se que igualmente foi empregado o vocábulo *measurable*.

O §2º do art. 11 estatui que “a autoridade competente tem o direito de exigir que o operador em causa efectue a sua própria avaliação e forneça os dados e informações necessários”, enquanto o §3º admite que a autoridade delegue ou solicite “a terceiros a execução das medidas de prevenção ou de reparação necessárias”, mas nenhum deles comanda ao operador/poluidor arcar diretamente com estas despesas e medidas.

Como pontos positivos da Diretiva 35/2004, seu Anexo I traz critérios de mensuração de dados referentes aos danos ambientais, ao passo que o Anexo II define e classifica a reparação em “primária”, “complementar” e “compensatória”, porém sempre muito apegada à ideia de restituir os recursos naturais e/ou serviços ambientais danificados ao estado inicial. O item 1.3.1 traz importantes critérios relativos à escolha das opções de reparação da água, *verbis*:

1.3.1. As opções de reparação razoáveis serão avaliadas, utilizando as melhores tecnologias disponíveis, sempre que definidas, com base nos seguintes critérios:

- efeito de cada opção na saúde pública e na segurança,*
- custo de execução da opção,*
- probabilidade de êxito de cada opção,*
- medida em que cada opção prevenirá danos futuros e evitará danos colaterais resultantes da sua execução,*
- medida em que cada opção beneficia cada componente do recurso natural e/ou serviço,*
- medida em que cada opção tem em consideração preocupações de ordem social, económica e cultural e outros factores relevantes específicos da localidade,*
- período necessário para que o dano ambiental seja efectivamente reparado,*
- medida em que cada opção consegue recuperar o sítio que sofreu o dano ambiental,*
- relação geográfica com o sítio danificado.*

Ao empregar a palavra “opção”, a Diretiva autoriza que a autoridade ambiental decida segundo critérios técnicos justificados, porém lhe concedendo uma certa margem de discricionariedade. No Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental do Conselho da Europa¹⁸, Edward H. P. Brans e Mark Uilhoorn asseveram que:

¹⁸ BRANS, Edward H. P. e UILHOORN, Mark. Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias 2000 — 58 p., ISBN 92-828-9183-6 http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_pt.pdf, acesso em 22.06.2018, pp. 52 e 53

O regime de responsabilidade comunitária proposto é de natureza compensatória e não de natureza punitiva. Consequentemente, é necessário avaliar os danos de forma a que eles representem o valor dos recursos naturais e dos serviços perdidos. É, pois, necessário medir o dano e avaliar os recursos naturais danificados. A avaliação dos danos causados a recursos naturais é uma tarefa complexa, uma vez que muitos desses recursos não possuem valor de mercado. Além das metodologias económicas existentes, poder-se-iam desenvolver modelos abstractos com procedimentos padronizados, ou utilizar os custos da restauração como medida dos danos. Se a restauração for tecnicamente viável e os custos das respectivas acções forem razoáveis em termos de uma análise custo-benefício, o custo das medidas tomadas para restaurar os danos causados aos recursos naturais é o método mais simples e o preferido para avaliar os danos. As medidas de restauração são adoptadas para restituir os recursos naturais danificados e os serviços a eles ligados à sua condição inicial. Isto significa repor os ditos recursos e serviços na situação em que estariam se o incidente em causa nunca tivesse ocorrido. Em alguns casos, poderá ser difícil determinar exactamente qual era a condição inicial. Se assim for, poderá ser útil o recurso a dados históricos, de referência, de controlo, de estudos de impacto ambiental (caso estejam disponíveis) e a informações sobre áreas não afectadas mas que são comparáveis ao local danificado. A dimensão adequada das medidas de restauração pode ser determinada mediante a avaliação da extensão e natureza dos danos, do tipo, quantidade e qualidade dos recursos naturais e serviços perdidos e a definição das medidas necessárias para substituir e restaurar a quantidade e a qualidade dos recursos naturais e respectivos serviços. Em alguns casos, será difícil decidir da razoabilidade do custo das medidas tomadas para restaurar os danos causados aos recursos naturais ou adquirir recursos equivalentes. O critério da razoabilidade exige que se comparem os custos económicos e ambientais das medidas de restauração com os benefícios ambientais das mesmas. Depois de determinar a natureza e a amplitude dos impactos da actividade prejudicial sobre os recursos naturais, o queixoso deve identificar várias alternativas de restauração com um nível comparável de benefícios e seleccionar a alternativa com melhor relação custo-eficácia. Esta alternativa será a menos dispendiosa, tendo em conta os factores relevantes e comparando os benefícios ambientais de cada alternativa. Se o custo das medidas de restauração for claramente desproporcionado e exorbitante, a aquisição de recursos equivalentes poderá ser uma útil medida de compensação alternativa. Outra solução poderia ser o pagamento de um

determinado montante para um fundo, exclusivamente destinado a acções de restauração e outros fins ambientais.

Vista a norma europeia, passa-se ao estudo da valoração no direito português, onde a diretiva foi transposta ao direito nacional e, portanto, deve ser observada.

No Direito interno de Portugal, ao contrário do Brasil, a responsabilidade ambiental está atrelada à noção de danos à propriedade decorrentes do evento danoso, não havendo um referência expressa a um dano de um direito difuso ao meio ambiente passível de uma responsabilização na esfera judicial, independentemente dos danos causados aos proprietários dos bens afetados. Daí que a sistemática de responsabilização está muito ligada a um dano individual, ou a um dano concreto. A noção de danos a bens individuais ou individualizáveis pode até facilitar a identificação dos danos, mas nem por isso facilita a superação da questão em torno da valoração do dano ambiental. De toda forma, a dificuldade da valoração do dano é bastante similar à experimentada no Brasil.

É natural que alguém proteja seus bens privados. A proteção dos bens públicos já exige maior esforço social, ou pelo menos estatal, e sua defesa já é mais complexa. Mais difícil ainda é a proteção de bens ambientais sem um proprietário, como o ar. Talvez essa seja a raiz da poluição atmosférica indiscriminada e, portanto, talvez o ativo ambiental mais menosprezado entre todos. Apenas se pense que, se alguém contaminar o jardim do seu vizinho, provavelmente sofrerá uma ação desse vizinho; se contaminar um rio, sofrerá conseqüências administrativas e ações judiciais das pessoas que usaram a água do rio; o ar já está poluído – exceto se a poluição for muito acentuada e objetivamente sensível a um povoado, por exemplo – os processos de prestação de contas já serão consideravelmente mais difíceis. Hoje, todas as cidades do mundo poluem o ar indiscriminadamente e pouco é feito para evitá-lo, e pode-se dizer que quase nada é feito para responsabilizar a causa – seja porque todos são responsáveis ou porque é difícil determinar quem é responsável.

Explica a jurista portuguesa Ana Perestrelo de Oliveira¹⁹ que é *utópica a demanda de clareza científico-natural* em matéria de dano ambiental, já que

¹⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 17 e 18. Prossegue a autora afirmando que, “Em suma, as

concorrem factores múltiplos, uns de origem natural, como os climáticos, outros de origem humana, como a emissão de poluentes de diferentes fontes, todos a produzirem consequências sinérgicas, nas quais mesmo substâncias inicialmente inertes *adquirem efeitos ambientalmente nocivos* quando conjugadas a outras. Apoiando-se na doutrina de Menezes Cordeiro²⁰, afirma – com muita perspicácia – haver um mundo, nesta matéria, que se oferece ao desbravamento por juristas, civilistas e ambientalistas.

A citada jurista, ao cabo de sua obra, reconhece a necessidade de regulação legal, mormente no momento da transposição da Diretiva europeia para o ordenamento jurídico português, propondo ao legislador, *de lege ferenda*, a adoção de dez critérios²¹ de solução: 1) abrangência não apenas dos danos ambientais, mas também os ecológicos²²; 2) regras de repartição do *onus probandi*, e não por uma alteração quanto ao grau ou medida de prova exigida; 3) consagração de uma presunção legal de causalidade; 4) configuração da criação ou aumento do risco pela instalação causadora do dano; 5) definição sobre quais desses elementos devem ser considerados pelo juiz; 6) previsão do direito do lesado de exigir informações; 7) dever mais amplo do lesante oferecer informação; 8) regra segundo a qual a recusa na prestação de informações acarreta a presunção de causalidade, independentemente da prova produzida pela vítima; 9) cessação da presunção se o operador

situações de <<multicausalidade>> são a regra do domínio ambiental, ao mesmo tempo que o processo poluente tende também a prolongar-se no espaço e no tempo, originando os chamados <<danos-à-distância>> (*Distanzschaden*) e <<danos tardios>> (*Spatschaden*), que mais evidenciam as anunciadas dificuldades na detecção do nexo de causalidade entre facto e dano.”

²⁰ CORDEIRO, MENEZES. Tutela do Ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994, p. 389, *apud* OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 17 e 18.

²¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 115 a 124.

²² Em Portugal, há essa distinção, não reconhecida no Brasil. A consequência, segundo a autora, consistiria na “complexidade da tarefa de atribuição ao requerido do resultado lesivo”, que não seria “distinta consoante esse resultado é um dano na natureza em si ou um dano em pessoas ou bens causado através da natureza: o processo causal é o mesmo, apresenta as mesmas especificidades e comporta as mesmas dificuldades que atrás descrevemos”. No Brasil a distinção é irrelevante para fins de responsabilização do poluidor, embora os diretamente lesados detenham ação individual para reparação dos danos sofridos, enquanto os legitimados extraordinários podem postular em juízo a defesa do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente-equilibrado.

demonstrar que utilizou as “Melhores Técnicas Disponíveis” – MTDS, o que não excluiria a responsabilidade em si, mas apenas a presunção; 10) necessidade de resposta aos problemas da multicausalidade.

Embora seja absolutamente acurada a ideia de que é uma utopia a valoração *prima facie* do dano ambiental, os dez critérios propostos como solução burocratizam demais a responsabilização ambiental, impondo à vítima excessivo ônus relacionado à prova, partindo-se do pressuposto de uma responsabilidade subjetiva. Melhor seria simplesmente atribuir a inversão do ônus da prova, tal qual impõe a legislação brasileira; em outras palavras, há mais garantia ao meio ambiente se contra o poluidor pesa a presunção de culpa, cabendo-lhe produzir prova em sentido contrário.

De acordo com a Agência Portuguesa do Ambiente²³:

O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho (Diploma da Responsabilidade Ambiental), alterado pelos Decretos-Lei n.os 245/2009, de 22 de setembro, 29-A/2011, de 1 de março, 60/2012, de 14 de março, e 13/2016, de 9 de março, estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Diretivas 2006/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à gestão dos resíduos de indústrias extrativas, 2009/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa ao armazenamento geológico de dióxido de carbono, e 2013/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho, relativa à segurança das operações offshore de petróleo e gás.

Estas normas, como se viu, não trazem critérios de valoração do dano ambiental, relegando ao seu aplicador as mesmas dificuldades já reconhecidas pela doutrina portuguesa. Não obstante, resta claro que a Diretiva fornece maiores subsídios ao aplicador do Direito Ambiental em Portugal do que a própria legislação interna.

²³ Agência Portuguesa do Ambiente, <<<https://www.apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=157>>> acesso em 16/07/202018.

4. Estudo de casos: o vazamento da *British Petroleum* no Golfo do México e rompimento da barragem de Fundão em Mariana-MG

Estudadas algumas premissas teóricas do Direito Ambiental, algumas delas já clássicas e de longa data consagradas na doutrina internacional do meio-ambiente, outras mais recentes e objeto de novas indagações, passa-se ao exame de dois casos concretos em que a valoração do dano ambiental se impôs como questão altamente complexa, porém cuja superação se mostrou imprescindível para a reparação e/ou compensação dos danos ambientais.

Está-se a referir ao maior caso de vazamento de petróleo do mundo e, quiçá, o maior dano ambiental já causado ao meio-ambiente marinho, ocorrido no Golfo do México, porém em águas territoriais estadunidenses e ao maior caso de dano ambiental decorrente de rompimento de barragem de rejeitos de mineração, ocorrido na cidade de Mariana, no Estado de Minas Gerais, no Brasil.

O dano ambiental decorrente do vazamento de petróleo no Golfo do México atingiu uma valoração: a petroleira *British Petroleum* (BP) concordou em pagar 18,7 bilhões de dólares²⁴ para encerrar ações movidas pelos Estados Unidos e diversos de seus Estados sobre o derramamento de óleo ocasionado por defeito em válvula de uma de suas plataformas, ocorrido em 20 de abril de 2010. Onze pessoas morreram na explosão que deu causa ao vazamento, foi severamente afetado o ecossistema marinho e o vazamento só foi controlado em 19 de setembro do mesmo ano²⁵.

A sonda *Deepwater Horizon* provocou o vazamento de petróleo por 87 dias, lançando 3,19 milhões de barris de óleo cru no Golfo do México.

Reportagens mais recentes têm indicado que os custos a serem suportados pela BP chegaram a 61,6 bilhões de dólares estadunidenses²⁶. Trata-se

²⁴ Segundo reportagem do jornal *The Guardian*, a petroleira concordou em pagar essa multa; no original: “BP has agreed to pay a record fine of 18.7 to settle legal actions brought by the US and several states over the fatal 2010 Gulf of Mexico oil spill.” <http://www.theguardian.com/environment/2015/jul/02/bp-will-pay-largest-environmental-fine-in-us-history-for-gulf-oil-spill>, acesso em 17/06/2018

²⁵ <http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/vazamento-da-bp-no-golfo-do-mexico-completa-um-ano-2793457>, acesso em 17/06/2018

²⁶ <<https://www.washingtonpost.com/business/economy/bps-big-bill-for-the-worlds-largest-oil-spill-now-reaches-616-billion/2016/07/14/7248cdaa-49f0-11e6-acbc-4d4870a079da_story.html?noredirect=on&utm_term=.6e9fef69e4f4>>, acesso em 16/07/2018.

da estimativa final, lançada pela própria companhia, referente ao maior vazamento de petróleo da história. Os custos se referem, de acordo com o *Washington Post*, a todas as ações judiciais enfrentadas pela companhia, tendo pago desde pescadores até motéis no Mississippi, distritos escolares na Flórida e a Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos, que recebeu 4 bilhões de dólares estadunidenses em multas criminais e mais 14 bilhões de dólares em penalidades e compensações decorrentes da Lei de Águas Limpas (*Clean Water Act*).

Efetivamente, em 16 de junho de 2010, após encontro de executivos da BP com o então Presidente dos EUA Barack Obama, foi estabelecido um fundo de 20 bilhões de dólares, chamado de *Gulf Coast Claims Facility (CGCF)*, para atender as demandas decorrentes do derramamento provocado pela sonda *Deepwater Horizon*. Este fundo foi reservado para os danos aos recursos naturais, para compensar custos estaduais e locais com a resposta ao desastre, e para indenizações individuais, mas não poderia ser usado para multas ou penalidades. Designou-se um Advogado para administrar o Fundo, sob supervisão judicial²⁷. Paralelamente, houve ajuizamento de ação pelo Departamento de Justiça, Estados do Golfo e particulares, que resultou no acordo de 18,7 bilhões de dólares.

Como se vê, segundo largamente noticiado, os diversos processos judiciais e reclamações privadas e públicas contra a BP foram encerradas com base em acordos, alguns judiciais e outros extrajudiciais.

Com efeito, trata-se de caso em que impossível precisar o valor do dano ambiental na integralidade. Seguramente foi possível avaliar prejuízos de pescadores e comerciantes, ao menos a se considerar o que deixaram de ganhar em virtude da cessação de suas atividades (lucros cessantes), ou mesmo de bens danificados pelo vazamento do óleo (dano emergente), mas não seria viável um cálculo global e definitivo a respeito do dano ambiental.

Certo que não houve prévia definição dos valores dos danos, nem foi noticiada uma definição ampla do valor dos danos decorrente de perícia: os danos foram reparados em decorrência de acordos firmados pelas empresas causadoras do dano com a federação, os estados federados e os particulares atingidos, adotando-se, nos acordos, valores que se reputaram suficientes à reparação e compensação ambientais.

²⁷ Disponível em <<https://en.wikipedia.org/wiki/Deepwater_Horizon_oil_spill#Spill_response_fund>>, acesso em 16/07/2018.

Claro que nos sistemas de *common law*, soluções negociadas costumam ser admitidas mais amplamente do que em sistemas de *civil law* ou de direito continental europeu, ao qual o direito brasileiro se filia. No entanto, o Direito Ambiental brasileiro tem se aproximado da sistemática dos países anglófonos, adotando certa flexibilidade quanto à possibilidade de transação ambiental, superando o antigo pressuposto de intransigibilidade do interesse público.

Nesse sentido foi a solução juridicamente arquitetada para o maior desastre ambiental da história do Brasil²⁸, após duas ações civis públicas (ACP) de caráter holístico ajuizadas, a primeira pela União e pelos Estados de Minas Gerais e do Mato Grosso, e uma segunda ACP ajuizada pelos Ministérios Públicos Federal e dos dois Estados.

Logo após o rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG, a Coordenação-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente da Procuradoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), produziu o Parecer 54/2015-HAJ/DPP/PGU/AGU²⁹, afirmando a competência da Justiça Federal para processar e julgar ações civis públicas relacionadas aos

²⁸ Lametavelmente em janeiro de 2019 ocorreu outro desastre ambiental de monta no Brasil, com o rompimento de barragem da mineradora Vale S/A na cidade de Brumadinho, também em Minas Gerais. Conquanto as perdas humanas deste rompimento tenham sido consideravelmente maiores do que o deastre de Mariana, de um ponto de vista estritamente ambiental, o desastre de Mariana foi mais danoso, eis que a lama da barragem contaminou quase toda a integralidade do curso do Rio Doce, principal rio da Bacia Hidrográfica de mesmo nome, e quinta maior bacia hidrográfica do País.

²⁹ ANDRETTA JUNIOR, Homero. Parecer 54/2015-HAJ/DPP/PGU/AGU, lançado no processo administrativo NUP 00405.022857/2015-12. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Departamento de Patrimônio e Probidade, Coordenação-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente. **EMENTA:** DANO AMBIENTAL. MINERAÇÃO. ROMPIMENTO DE BARRAGEM. RIO DOCE. RIO DA UNIÃO. POTENCIAIS DE ENERGIA HIDRÁULICA POSSIVELMENTE ATINGIDOS. DANO DIRETO A BENS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS A BEM DA UNIÃO. POSSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE REPARAÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE, POR OFENSA A INTERESSE DIFUSO. PEDIDOS DISTINTOS, ANTE A NATUREZA DO BEM JURÍDICO LESADO E DAS REPARAÇÕES NECESSÁRIAS. POSSIBILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS ACIONISTAS CONTROLADORAS. VALOR DO DANO INDETERMINADO. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR PARA FINS DE ALÇADA.

danos causados ao Rio Doce e ao mar territorial, bens da União Federal, por força do art. 20, III e VI, da Constituição da República. Referido parecer abordou a responsabilidade objetiva da empresa mineradora Samarco, de suas controladoras e a possibilidade até mesmo de desconsideração da personalidade jurídica, em decorrência do rompimento da barragem do Fundão no distrito de Bento Rodrigues, Município de Mariana, no Estado de Minas Gerais. Tudo calcado em pacífica jurisprudência do STJ.

A Samarco era a dona da mina e da barragem, mas sua estrutura societária cingia-se a uma *joint venture* entre a Vale S/A, maior companhia de mineração brasileira, e a BHP Billiton, maior companhia de mineração australiana.

Instaurado um Procedimento Prévio de Coleta de Informações (PPCI), a AGU, em atitude inédita, buscou as Procuradorias dos Estados de Minas Gerais (MG) e do Espírito Santo (ES), de forma a atuaram conjuntamente, ajuizando Ação Civil Pública (ACP) inicialmente em Brasília, mas que acabou se consolidando na 12ª. Vara Federal de Belo Horizonte, sob nº 0069758-61.2015.401.3400, contra a SAMARCO e as suas controladoras, VALE S/A e BHP BILLITON.

O ajuizamento de uma ACP conjunta entre a União e os Estados encontrou fundamento constitucional nos dispositivos que preveem a cooperação entre os entes federados (federalismo de cooperação), bem como nas competências constitucionais comuns em matéria ambiental. De acordo com Frederico Amaro³⁰, *as entidades políticas poderão se valer dos instrumentos de cooperação administrativa previstos na LC 140/2011 para atuar conjuntamente na proteção ambiental, como os consórcios públicos, os convênios e os acordos de cooperação técnica, que podem ser firmados por prazo indeterminado, dentre outros previstos na legislação ambiental.*

Concedida a liminar com bloqueio de valores e direitos minerários das empresas e sujeição de diversas obrigações de fazer, as empresas iniciaram a negociação com a União e com os Estados, que culminou com assinatura de Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Conquanto tenha havido controvérsia sobre a autoridade com competência para homologar o ajuste, o fato é que o TTAC permanece válido e eficaz até hoje e resultou em ações concretas em benefício da população atingida e do meio-ambiente.

³⁰ AMARO, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado. 5a. ed., Método. São Paulo, 2014. p. 41.

No caso da barragem de Fundão, as tratativas para o primeiro acordo, firmado pela União e os dois Estados atingidos (Minas Gerais e Espírito Santo), levaram 3 meses e sua assinatura se deu em 02 de março de 2016³¹. As tratativas não foram interrompidas nem mesmo diante do recesso de fim de ano do Poder Judiciário e do Ministério Público. Os aspectos técnico-sociais e técnico-ambientais das cláusulas foram apurados pelos respectivos Ministérios e autarquias ambientais federais e estaduais, assim como eventuais questões de mérito administrativo.

Firmou-se o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, conhecido como TTAC.

O TTAC firmado recebeu, ao longo de 2018, acréscimos de um novo documento que alterou aspectos da governança inicialmente prevista, por meio de um novo instrumento jurídico que ficou conhecido como TAC-Governança, ou simplesmente TAC-GOV, tendo recebido aportes e contribuições dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas, tanto da União quanto dos respectivos Estados. O novo instrumento, basicamente, permitiu maior participação da sociedade e instituiu assessorias técnicas aos atingidos e aos Ministérios Públicos e Defensoria Pública, ao mesmo tempo em que reconheceu o Comitê Interfederativo criado no TTAC, responsável pela supervisão de uma fundação privada criada para a efetivação das medidas de reparação e compensação ambientais de toda Bacia do Rio Doce.

De toda forma, ao cabo restou claro que uma solução negociada é a melhor alternativa para solução global do desastre na Bacia do Rio Doce, assim como tem sido em outras experiências internacionais envolvendo grandes desastres ambientais.

Por isso, convém esclarecer, ainda que resumidamente, as razões que levaram à celebração do TTAC, bem como as principais cláusulas, de um total de 260, que preveem seu funcionamento, além dos programas socioeconômicos e ambientais nele previstos. Ingressando no mérito da composição firmada, o TTAC teve por pressuposto 4 eixos básicos, agora

³¹ Registre-se a importante participação de diversos órgãos públicos em seguida à tragédia, como, por exemplo, do Exército, que enviou mais de 150 homens, da Marinha, que enviou navio ao estuário do Rio Doce, do Ministério da Integração Nacional, que coordenou diversas atividades da defesa civil, além de outros ministérios e secretarias dos dois Estados afetados.

reconhecidos no TAC-Gov, firmado com outras funções essenciais à Justiça além da AGU e das Procuradorias Estaduais:

1. a previsão de uma fundação privada, criada e mantida pela empresa SAMARCO e supervisionada por um Comitê Interfederativo;
2. estrutura de financiamento da fundação com recursos da SAMARCO mas com aportes subsidiários das controladoras VALE e BHP em caso de inadimplemento pela SAMARCO;
3. reparação socioeconômica;
4. reparação socioambiental.

Por meio do acordo, as empresas reconheceram sua responsabilidade integral pelos danos ambientais e sociais decorrentes do rompimento da barragem de Fundão. O acordo enceta um veículo mais célere de reparação aos danos individuais, sociais e ambientais em relação às outras opções tradicionais, a exemplo de bloqueios de dinheiro seguidos de liberação via alvará judicial, ou arrecadação de recursos ao orçamento público para posterior licitação de obras e serviços.

Destaque-se que, se não houvesse o acordo, a simples discussão da responsabilidade das empresas pelas consequências do evento, bem como sobre quais medidas elas teriam de adotar, poderia levar anos no Poder Judiciário. Em outras palavras, acordos são a melhor e mais rápida solução para as consequências de desastres ambientais, em especial se comparados com a continuidade de batalhas judiciais, tanto para fins de atendimento à população atingida, como para recuperação do meio ambiente.

O acordo foi celebrado em termos institucionais pela União, Estados e suas autarquias ambientais e se pautou sobretudo em trabalho de diversos técnicos dos órgãos ambientais e de mineração, além do trabalho jurídico de diversos advogados e procuradores. Apenas no âmbito da União, 11 Ministérios autorizaram a celebração do acordo. Não é exagero afirmar que o TTAC contou a contribuição de centenas de pessoas.

As obrigações assumidas pelas empresas no acordo são **metas** que a fundação³² constituída por elas, como decorrência do acordo, deverá adimplir, são obrigações de fazer. Nesse sentido, interessa às próprias

³² Disponível em <<http://www.fundacaorenova.org/>>, acesso em 16/07/2018

empresas que a fundação seja eficiente e consiga o máximo de resultado com o mínimo de gasto.

Os valores destinados à Fundação pelas empresas responsáveis pelo dano deverão ser gastos da forma mais eficiente, visto que as empresas deverão cumprir todos os programas, num prazo inicialmente estimado de 15 anos. Caso a Fundação não atinja as metas previstas no acordo, nem cumpra a integralidade dos programas dentro dos 15 anos, esse prazo será prorrogado indefinidamente, assim como os valores que as empresas terão de aportar à Fundação (cláusula 260).

Diferentemente ocorreria se o Poder Público apenas recebesse uma soma expressiva de dinheiro. Neste caso, o próprio Poder Público teria de executar todos os programas de reparação às vítimas e de recuperação ambiental, mas também estaria jungido ao dever legal e constitucional de promover licitações, o que geraria enorme demora no atendimento à população e, mais ainda, no atingimento das metas ambientais. Esse mesmo problema haveria se os bloqueios de numerário das empresas resultassem em bilhões de reais em contas judiciais. Se para o próprio Poder Executivo a execução dos programas encontraria amarras inerentes à legislação de licitação e contratos, que dizer se o próprio Poder Judiciário assumisse essa incumbência, sem deter a expertise na execução de programas de nítido caráter executivo.

Uma fundação privada, ao contrário, fica livre dessas amarras orçamentárias e licitatórias, ao mesmo tempo que permite ao Juiz conduzir o processo como último guardião de todos os programas a serem executados, mas sem ter que ser o responsável pela execução em si dos programas, ou mesmo ter de conduzir uma infindável gama de provas judiciais. No Parecer n. 11/2016-HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU³³, apreciaram-se algumas vantagens do modelo adotado de gestão através de uma Fundação Privada, muito insparada na solução do primeiro caso citado, do vazamento da Bristish Petroleum, *verbis*:

³³ TEIXEIRA, João Bosco. ANDRETTA JUNIOR, Homero. PARECER n° 11/2016-HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU, lançado no processo administrativo NUP 00405.022832/2015-19. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Departamento de Patrimônio e Probidade, Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos. Coordenação-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente.

54. O mecanismo encontrado no direito norte-americano para solucionar aquele caso [da British Petroleum] foi a criação de um *trust fund*, que pode ser rapidamente resumido como fundo ou caixa de recursos financeiros alocados para uma específica finalidade, com gestão por terceiro de confiança das partes, a quem se confia a gestão do numerário. O *trust fund* pode ser desde uma solução de caráter previdenciário para pessoas físicas até a forma de instituição de organizações não governamentais ou soluções corporativas de investimento.

55. À míngua de uma figura jurídica similar ao *trust fund* no Direito Brasileiro, a opção encontrada pelas partes, tanto por ser a melhor solução operacional como também por garantir a necessária fiscalização pela sociedade e pelo Ministério Público, foi a constituição de uma fundação privada.

56. Ela permite, entre outras, as seguintes vantagens operacionais:

a) não há envolvimento de dinheiro público, dispensando as amarras orçamentárias e facilitando o dispêndio imediato nos programas e projetos aprovados;

b) por ser administrada apenas por um Conselho de Curadores composto majoritariamente por representantes indicados pelas compromissárias (cláusula 213), haverá interesse em que os recursos da Fundação sejam aplicados da forma mais eficiente possível, com isso evitando-se desperdícios ou mesmo uso ilícito de recursos;

c) a execução das atividades fica a cargo de uma Diretoria Executiva, cujos membros serão contratados dentre profissionais de notória especialização no mercado (cláusula 215).

57. A Fundação, por outro lado, garante a transparência dos gastos em prol de seus objetivos porque:

a) a Fundação deverá atingir objetivos constantes nos Programas: seu objetivo não é financeiro, isto é, gastar X ou Y. A Fundação deverá atender a população e o objetivo maior de recuperação ambiental, independentemente de que se gaste mais, ou se gaste menos em relação às estimativas iniciais;

b) a Fundação será internamente fiscalizada por um Conselho Fiscal composto por representantes das compromissárias e dos comprometentes (cláusula 216 e seu parágrafo único);

c) a Fundação será composta por um Conselho Consultivo obrigado a dar voz aos membros das comunidades atingidas, nos termos das cláusulas 217 e ss., composto, por sua vez, por membros do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce CBHDOCE (7 membros) e também por 2 membros da Comissão Interministerial para Recursos do

MAR – CIRM, além de dois representantes das comunidades impactadas (inciso III bis, necessária renumeração para inciso IV, da cláusula 219);

d) como toda Fundação, será fiscalizada pelo Ministério Público, nos termos do art. 66 caput, do Código Civil Brasileiro (...).

A solução da fundação privada permite o encontro do interesse público com o privado, evita corrupção, desvios indevidos de recursos e uma guerra infundável de liminares na Justiça. O estatuto da fundação foi aprovado por Meio da Resolução nº 14/2016 da Promotoria de Justiça Especializada na Tutela de Fundações, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), em 23/06/2016.

Houve críticas iniciais quanto à participação popular e da sociedade civil, que se reputaram infundadas: pelos termos do acordo inicial, já se previa a participação de atores da sociedade civil, inclusive do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce (que, segundo previsão na Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, já conta com ampla participação social e do poder público), além de amplos programas de caráter social e de atendimento da população atingida.

A previsão de participação de membros do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce – CBH-DOCE³⁴ era absolutamente consentânea com a Lei da

³⁴ Antes que se diga que o CBH-Doce é uma estrutura majoritariamente estatal, consultando a página do Comitê na Internet (www.cbhdoce.org.br), é possível obter o Regimento Interno mais recente datado de 2013, que dispõe sobre sua composição:

Art. 5º **O CBH-Doce será composto por 60 (sessenta) membros titulares** distribuídos nas vagas seguintes:

I – da União, com 2 (dois) representantes, sendo:

- a) 1 (um) indicado pela FUNAI; e
- b) 1 (um) indicado pelo Ministério do Meio Ambiente.

II – dos Estados, com 6 (seis) representantes, sendo 3 (três) para o Estado de Minas Gerais e 3 (três) para o Estado do Espírito Santo;

III – dos Municípios, cujos territórios se situam total ou parcialmente na área de atuação do CBH Doce, **com 12 (doze) representantes**, sendo:

- a) 9 (nove) do Estado de Minas Gerais;
- b) 3 (três) do Estado do Espírito Santo.

IV – dos usuários das águas de sua área de abrangência, com 24 (vinte e quatro) representantes, sendo 15 (quinze) localizados em Minas Gerais, 8 (oito) no Espírito Santo e 1 (uma) entidade associativa que represente os usuários em ambos os estados no âmbito da bacia, sendo:

Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei n. 9433/1997), ao prever os Comitês de Bacias em seu art. 33, III³⁵. Com efeito, por força do art. 39 da citada Lei³⁶, os Comitês de Bacia devem ser compostos por representantes

-
- a) 4 (quatro) para entidades municipais de abastecimento urbano e diluição de efluentes urbanos, sendo 3 (três) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;
 - b) 2 (dois) para entidades estaduais de abastecimento urbano e diluição de efluentes urbanos, sendo 1 (um) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;
 - c) 7 (sete) para entidades ou empresas da indústria e mineração, sendo 4 (quatro) para o Estado de Minas Gerais, 2 (dois) para o Estado do Espírito Santo e 1 (uma) entidade associativa que represente os usuários em ambos os estados no âmbito da bacia;
 - d) 6 (seis) para irrigação, uso agropecuário, sendo 4 (quatro) para o Estado de Minas Gerais e 2 (dois) para o Estado do Espírito Santo;
 - e) 2 (dois) para associações representantes da irrigação e da agropecuária, sendo 1 (um) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;
 - f) 3 (três) para entidades ou empresas da hidroeletricidade, sendo 2 (dois) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;

V – das organizações civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia, com 15 (quinze) representantes, sendo 10 (dez) com atuação no Estado de Minas Gerais, 5 (cinco) no Estado do Espírito Santo, considerando as seguintes entidades:

- a) 3 (três) para os consórcios e associações intermunicipais de bacia hidrográfica, sendo 2 (dois) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;
- b) 4 (quatro) para organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos, sendo 3 (três) para o Estado de Minas Gerais e 1 (um) para o Estado do Espírito Santo;
- c) 6 (seis) para organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade, sendo 4 (quatro) para o Estado de Minas Gerais e 2 (dois) para o Estado do Espírito Santo;
- d) 2 (duas) para associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos que demandem vazões ou volumes insignificantes conforme art. 15 da Resolução CNRH nº 5, de 2000, sendo 1 (uma) para o Estado de Minas Gerais e 1 (uma) para o Estado do Espírito Santo.

VI – das comunidades indígenas, conforme alínea “b”, parágrafo 3º, art. 39 da Lei Federal nº 9.433 de 1997, **com 1 (um) representante**.

³⁵ Conquanto críticas açodadas tenham levado ao acréscimo de mais dois representantes das comunidades impactadas na cláusula 219, o fato é que essa demanda já estava atendida pela disposição das partes de conferir o maior número de assentos no Conselho a pessoas indicadas pelo CBH-DOCE.

³⁶ **Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes:**

I – da União;

II – dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação;

III – dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação;

dos usuários das águas de sua área de atuação e das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

Como explica Romeu Thomé, citando Milaré, o Comitê de bacia funciona “*como se fosse o parlamento da correspondente bacia, onde serão tomadas as principais decisões políticas sobre a utilização das águas*”³⁷. Prossegue o autor afirmando que o comitê deve escolher uma entidade sem fins lucrativos para atuar como braço executivo e que os comitês funcionam como “*órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidas na bacia hidrográfica de sua jurisdição*”³⁸, destacando ainda o modelo de gestão participativa adotado pela Lei nº 9.433/1997³⁹.

Nos termos do acordo, ao CBH-Doce caberia indicar 7 membros para o Conselho Consultivo da Fundação, portanto é inegável que haveria ampla participação da sociedade civil, considerando-se ainda os dois representantes das comunidades impactadas agregados à cláusula 219.

Maria Luiza Machado Granziera⁴⁰ destaca que os Comitês de Bacia não possuem personalidade jurídica mas, não obstante, integram a Administração enquanto órgãos de Estado, visto que seu funcionamento observa procedimentos formais, o devido processo administrativo e sua atuação decorre de lei. Sua atuação incide, ademais, em áreas que não equivalem à organização político-administrativa do país, pese tenham

IV – dos usuários das águas de sua área de atuação;

V – das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

§ 1º O número de representantes de cada setor mencionado neste artigo, bem como os critérios para sua indicação, serão estabelecidos nos regimentos dos comitês, limitada a representação dos poderes executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios à metade do total de membros.

§ 2º Nos Comitês de Bacia Hidrográfica de bacias de rios fronteiriços e transfronteiriços de gestão compartilhada, a representação da União deverá incluir um representante do Ministério das Relações Exteriores.

§ 3º Nos Comitês de Bacia Hidrográfica de bacias cujos territórios abranjam terras indígenas devem ser incluídos representantes:

I – da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, como parte da representação da União;

II – das comunidades indígenas ali residentes ou com interesses na bacia.

§ 4º A participação da União nos Comitês de Bacia Hidrográfica com área de atuação restrita a bacias de rios sob domínio estadual, dar-se-á na forma estabelecida nos respectivos regimentos.

³⁷ THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4.^a ed, Jus Podivm. Salvador: 2014, p. 465.

³⁸ Idem nota anterior.

³⁹ THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4.^a ed, Jus Podivm. Salvador: 2014, p. 466.

⁴⁰ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. Atlas, São Paulo: 2009, p. 559.

competência deliberativa. Sem embargo, o Poder Público concordou com o novo documento ou segundo acordo, chamado de TAC-Gov que, por sua vez, ampliou a participação das pessoas atingidas, tanto na Fundação quanto no Comitê Interfederativo, instância de ampla cooperação interfederativa que supervisiona a execução de projetos e ações pela Fundação.

A ACP dos entes públicos teve um valor *estimado* em 20 bilhões de reais. Não havia, e nem há como definir o valor total dos danos causados, mormente os de caráter ambiental. A estimativa inicial apresentada pelos entes públicos, como valor dos danos causados, foi de cerca de 20 bilhões de reais. Conquanto preliminar, imaginou-se aportes de cerca de 2 bilhões de reais anuais para reparação, recomposição e indenizações. No TTAC, as empresas concordaram em aportar 20 bilhões de reais à Fundação ao longo de 15 anos. Já o Ministério Público Federal, em sua ACP, autuada sob nº 0023863-07.2016.401.3800, propôs como valor total a quantia de 155 bilhões de reais, embora não tenha conseguido demonstrar a pertinência ou o fundamento desse valor, até mesmo pelas dificuldades técnicas e jurídicas debatidas no presente artigo. Entre um valor e outro, resultaram obrigações nos instrumentos negociados em face das empresas causadoras do dano e, ao cabo do lapso temporal previsto para a execução dos programas sociais e ambientais, a Fundação criada deverá ter reparado o meio-ambiente danificado e compensado todos os danos causados, empregando todos os recursos necessários e suficientes para tanto.

5. *Ability to Pay* do causador do dano, a transação no direito ambiental e na valoração do dano ambiental

Aspecto importante a se considerar nos acordos ambientais, ao fixarem um valor a título de reparação e compensação, diz respeito à capacidade do causador do dano recuperar o meio-ambiente, por meio de obrigações impostas pelos órgãos públicos, ou mesmo de indenizar o Estado e as pessoas atingidas. Qualquer solução que leve ao encerramento de uma empresa causadora do dano ambiental, não seria social e economicamente adequada. Independentemente dos aspectos criminais, tanto em termos de responsabilidade criminal ambiental da empresa, quanto de seus dirigentes, deve-se perquirir até que ponto existe uma “*ability to pay*” do

poluidor, a exemplo do que ocorre nos acordos de leniência envolvendo atos de corrupção, no Brasil e alhures.

Em outras palavras, é preciso responsabilizar financeiramente o poluidor, que normalmente será uma empresa, por meio de uma agenda de pagamentos das indenizações ou dos gastos com a reparação, recomposição, mitigação e compensação ambientais, ao longo do tempo. Não será adequado simplesmente impor multas e condenações de valores superiores à capacidade financeira do poluidor. Se o poluidor, responsável pelo dano ambiental, simplesmente falir, não haverá recursos privados para fazer frente aos gastos inexoráveis com a reparação ambiental em sentido amplo, cabendo aos combalidos cofres públicos serem chamados a arcar com estes gastos. O resultado é que, numa situação dessas, a sociedade é duplamente punida, já que sofre os efeitos do dano ambiental e tem de arcar, com recursos públicos, com todas as medidas reparatórias e compensatórias.

Imagine-se o vazamento de rejeitos radioativos de uma usina nuclear: seguramente os danos ambientais e correlatos serão mais custosos à sociedade e às pessoas atingidas do que o valor do próprio negócio. Razões de segurança podem recomendar o fechamento da usina (como no caso de Chernobyl, a Rússia), mas pode ser mais interessante, por outro lado, seguir operando a usina, ao menos até que haja substituição por outra fonte de energia menos arriscada (caso de Fukushima⁴¹, no Japão).

Por isso o cronograma a ser previsto para o desembolso de recursos por empresas causadoras de danos ambientais, para o cumprimento de acordos com o poder público ou mesmo condenações judiciais, devem ser consentâneos tanto com sua capacidade de geração de receitas (embora possa se encontrar temporariamente interrompida) como com as necessidades das medidas a serem adotadas para reparação ou eliminação dos efeitos do desastre.

⁴¹ “Em dezembro, o governo japonês afirmou que o custo **estimado** de desativação da usina e descontaminação da área circundante, bem como o pagamento de compensação e armazenamento de resíduos radioativos, subiu para US\$ 187 bilhões, quase o dobro da estimativa divulgada em 2013”, extraído de: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/nivel-de-radiacao-em-usina-nuclear-de-fukushima-atinge-recorde-20868324#ixzz5Ij8WQr6Pstest>, acesso em 17/06/2018. Destacamos que se trata de uma estimativa: claro que o reator condenado não opera mais, mas a reportagem noticia que a desativação total da central levará 40 anos.

No rompimento da barragem de Fundão, em Mariana-MG, o desastre ganhou componentes de crise social, na medida em que a Samarco, ao mesmo tempo em que causadora do maior desastre ambiental do Brasil, era a principal fonte de empregos e de tributos nos Municípios de Mariana e Ouro Preto, assim como no distrito de Barra Longa, contribuindo ainda com importante receita a título de CFEM⁴² ao Município de Ouro Preto, ao que se somam os apelos do Estado de Minas Gerais quanto à manutenção da empresa não apenas para o retorno da normalidade econômica da região, mas também como única forma de haver verdadeira restauração e recomposição ambientais. Também para o Estado do Espírito Santo, a perda de arrecadação decorrente das exportações dos minérios, através de mineroduto da Samarco em seu litoral, foi significativa.

Por isso o TTAC previu valores mínimos de aportes anuais aos quais as empresas Samarco, Vale e BHP, se obrigaram, por um período de 15 anos, podendo ser prorrogado pelo tempo necessário à integral reparação ambiental e socioeconômica. Nesse sentido, não há limites de valores para fazer frente às consequências da tragédia, sobretudo para indenizações e reparações. Há limites apenas para compensação ambiental, muito embora as cláusulas nesse aspecto sejam bastante duras, a exemplo das cláusulas sobre reflorestamento (cls. 161 a 163) e de gastos com saneamento básico (cl. 169 a 171) nos municípios afetados, dentre outras.

O caso que ficou conhecido como das “carboníferas”⁴³ no Estado Santa Catarina, no Sul do Brasil, exemplifica claramente a necessidade de a União,

⁴² Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, prevista na Lei Federal brasileira nº 8.876/1994.

⁴³ Narra a NOTA JURÍDICA n. 22/2018/PSUCCM/PGU/AGU, de autoria do Advogado da União Diogo Cavalli, da Procuradoria Seccional da União em Criciúma, exarada no processo administrativo NUP 00556.001342/2015-55: o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a Ação Civil Pública n. 93.8000533-4 em face da União, das sociedades empresárias Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Criciúma S.A., Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Carbonífera Treviso S.A., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá, Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga (inc. Rio Deserto), Coque Catarinense Ltda., Ibracoque Mineração Ltda. e Nova Próspera Mineração S.A., e das pessoas naturais Álvaro Luiz Bocayuva Catão, Augusto Baptista Ferreira, Fidélis Barato Filho, Gilberto Luiz Zanette, Gilson Heitor Zanette, João Zanette, Paulo Agrício de Freitas, Realdo Santos Guglielmi, Reginaldo José Guglielmi, Sebastião Netto Campos e Valdir Darós, objetivando a condenação da parte ré a recuperar o passivo ambiental deixado pela mineração de carvão ocorrida no sul do estado de Santa Catarina até o ano de 1989.

sempre que possível, integrar o polo ativo de ações ambientais, bem como obter acordos que considerem a “*ability to pay*” das empresas responsáveis pelo dano ambiental. Certo que nem sempre isso é possível, e no setor minerário são comuns, lamentavelmente, os casos conhecidos como de “mina abandonada”, inevitavelmente acompanhados de considerável passivo ambiental.

A Ação Civil Pública (ACP) movida pelo Ministério Público Federal em Santa Catarina recebeu o número atual de 5003764-51.2015.4.04.7204, e redundou em condenação das mineradoras carboníferas, mas em solidariedade com o Poder Público. Algumas dessas empresas simplesmente abandonaram as minas, sem prosseguirem na atividade econômica. Não restou nenhum patrimônio de algumas dessas empresas, tampouco em nome dos sócios, o que atenderia a responsabilidade solidária dos sócios de mineradoras, prevista na legislação brasileira⁴⁴.

Nos autos do processo, hoje em fase de execução, se estima, atualmente, um custo de quase meio bilhão de reais (cerca de 150 milhões de dólares) para recuperar o passivo ambiental deixado nas minas abandonadas das empresas insolventes, custo que será arcado pelo Poder Público.

Ao cabo, à míngua de responsáveis identificados, ou à míngua de patrimônio particular a ser constrito para fazer frente aos programas de reparação e compensação ambiental, o ônus recai inteiro sobre o Poder Público – União, Estados e Municípios. Em última instância, isso significa que os custos serão suportados por toda a sociedade.

É por isso que se advoga a adoção de seguros ambientais por todo operador minerário. A recente Lei nº 13.575/2017, em seu art. 13, inciso III, autorizou a Agência Nacional de Mineração a instituir, por meio de resolução, e a exigir, em processos administrativos, um seguro das mineradoras. Espera-se que o instrumento seja efetivamente aplicado, de forma a se evitar vultosas condenações ao Erário da União, dos Estados e dos Municípios, sobretudo em decorrência de danos ambientais que não deram causa.

Outro aspecto de relevo é o frequente questionamento segundo o qual, sendo o direito ao meio ambiente indisponível, é possível transacionar a seu respeito e, em menor grau, se a União, os Estados e os Municípios podem colher Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) na matéria.

⁴⁴ Ainda que a União tenha buscado bens dos sócios, o resultado não foi positivo. Sem haver quem arque com os custos da reparação ambiental, o Judiciário tem executado a União.

A esparsa doutrina no Brasil sobre essa questão específica tem respondido afirmativamente, o que não tem sido negado pela jurisprudência. Com efeito, “*Contrariamente ao que tem sido apregoado, **questões ambientais são essencialmente negociáveis***” – afirma o Procurador Regional da República Paulo de Bessa Antunes⁴⁵ – “*como claramente estabelecido pela Resolução nº 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, pois todas as intervenções sobre o meio ambiente implicam opções entre possibilidades diversas, privilegiando este ou aquele aspecto, conforme uma tomada de decisão, em grande parte discricionária.*”

Ora, se a decisão é em grande parte discricionária, **nada mais legítimo que União, Estados e Municípios possam assinar acordo em matéria ambiental**. O Poder emanado pelo voto soberano do povo é a maior fonte de legitimidade para qualquer decisão discricionária da Administração, inclusive e especialmente em matéria ambiental.

Bessa Antunes ainda cita como exemplos da disponibilidade do direito ao meio ambiente, a alteração e supressão (ainda que através de lei) das unidades de conservação, prevista no art. 225 da Constituição, a possibilidade de supressão de áreas de preservação permanente e o próprio licenciamento ambiental, “*um instrumento administrativo para definir o grau de “poluição” ambiental tido como aceitável pela sociedade*”⁴⁶, a competência atribuída pela Lei nº 9.433/97 aos Comitês de Bacia Hidrográfica para “*arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos.*”⁴⁷ Defendendo a possibilidade de arbitragem e transação em matéria ambiental, o autor vaticina:

“Muito embora o meio ambiente, na condição de macrobem, não possa ser tido como “patrimonial” e de “caráter privado”; na condição de microbem, seguramente, ele pode ser reduzido a um valor econômico, portanto, patrimonial e, da mesma forma, pode estar submetido ao regime do direito privado.”⁴⁸

⁴⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17^a. ed., Atlas, São Paulo: 2015. pp. 78 e 79. Destaques nossos.

⁴⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17^a. ed., Atlas, São Paulo: 2015. p. 80.

⁴⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17^a. ed., Atlas, São Paulo: 2015. p. 81.

⁴⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17^a. ed., Atlas, São Paulo: 2015. p. 82. Veja-se o exemplo irrefutável que o autor dá a respeito da água: “*(...) não se pode deixar de aceitar que a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de forma ampla reconhece o valor econômico do bem ambiental água, determinando a cobrança pelo seu uso, bem como a ampla arbitrabilidade administrativa das questões relativas aos conflitos de uso, muito embora não deixe de afirmar a natureza de bem público da água.*”

O renomado ambientalista faz ainda a seguinte observação:

“Curiosamente, é muito comum que um dos colegitimados a tomar o Termo de Ajustamento de Conduta, impugne tais termos quando firmados pelos demais colegitimados sem sua presença.”⁴⁹

Demonstrando que essa tese encontra amparo na jurisprudência, cita o RESP 299400, a Apelação Cível 427003 da 6ª. Turma Especializada do TRF2 e a Apelação Cível 415974 do TRF2, relatado pelo Desembargador Federal Reis Friede, *verbis*:

É preciso ressaltar que a previsão legal estabelece a possibilidade de intervenção do MPF. Desta forma, apesar de aconselhável, desejável, a intervenção do MPF é desnecessária na elaboração do referido TAC. Logo, sua ausência não acarreta, portanto, nulidade do mesmo, por não haver dispositivo legal que imponha tal presença.

(...)

Boa parte da doutrina mostra-se perplexa com a possibilidade de transação em matéria ambiental e, de forma contraditória, cria construções cerebrinas bastante afastadas da realidade dos fatos, chegando a sustentar que “[o] compromisso de ajustamento deve ser homologado judicialmente”. Ora, a homologação judicial um Termo de Ajustamento de Conduta, caso inexistente a Ação Civil Pública é uma contradição, pois qual seria o sentido de que um documento válido como título executivo extrajudicial fosse levado a juízo para a homologação e ser, por essa via, transformado em um título executivo judicial? (...) O fato é que a Lei da Ação Civil Pública não colocou nenhum dos legitimados para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta em posição superior aos demais.”⁵⁰

Se é possível transação na matéria ambiental, nada impede a transação também com relação à valoração dos danos ambientais.

⁴⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17ª. ed., Atlas, São Paulo: 2015. p. 82.

⁵⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17ª. ed., Atlas, São Paulo: 2015. p. 86.

Considerações finais

As dificuldades em matéria de valoração do dano ambiental jamais podem ser invocadas pelo Poder Público para não atuar, nem pode o Poder Público aguardar *tantas definições antes* de adotar medidas judiciais e extrajudiciais para fazer frente aos nefastos efeitos de desastres ambientais, a exemplo do rompimento das barragens de Fundão em Mariana e de Brumadinho, no Estado de Minas Gerais. A inércia não é opção para o Poder Público, nem a incerteza científica justificaria sua inação. Por essas razões, os legitimados a proporem ações contra os causadores de danos ambientais não podem aguardar uma definição ou valoração dos danos, sob elevado risco de nunca alcançarem esse objetivo e, ao cabo, não ser possível concretizar uma petição inicial com valor da causa líquido.

Muitas vezes, o valor do dano somente poderá ser alcançado em juízo, em decorrência da própria prova produzida no transcurso do processo judicial.

Por fim, e com grande frequência, a reparação ambiental acaba sendo produto de uma transação judicial ou extrajudicial, notadamente por meio dos Termos de Transação e Ajustamento de Conduta, nos quais as partes reconhecem – ainda que tacitamente – a impossibilidade de valoração e/ou quantificação do dano ambiental, e até mesmo dos danos reflexos dele decorrentes como, por exemplo, danos de natureza social ou à saúde das pessoas atingidas.

Assim, as autoridades administrativas e judiciais fixam um valor estimado para os danos e, a partir deste valor estimado, iniciam os programas de reparação e compensação ambiental, como no primeiro caso citado, envolvendo o vazamento de óleo da British Petroleum, nos EUA.

No caso SAMARCO, o TTAC firmado entre União, Estados e empresas, respeitou: a) as disposições constitucionais quanto à responsabilidade objetiva das empresas em recuperar o meio ambiente; b) as disposições legais sobre responsabilidade civil quanto aos danos às pessoas e coisas em decorrência do rompimento da barragem; c) as exigências do Código Civil quanto à constituição de uma Fundação pelas empresas e d) não impediu que qualquer cidadão ou empresa exercesse seus direitos, utilizando-se ou não dos meios previstos no acordo. Neste caso, o acordo pretendeu por um ponto final na questão do *reconhecimento da responsabilidade* das empresas pelo desastre, na medida em que as empresas reconheceram sua própria responsabilidade; por outro lado, o TTAC previu uma série de Programas

que estão sendo executados por uma Fundação Privada, sem antecipar o valor final deles, embora estipule limites anuais de aportes à Fundação que irá executá-los.

Já é hora das instituições brasileiras privilegiarem as soluções acordadas e consensuais em detrimento do litígio. Aliás, essa é a concepção do Novo Código de Processo Civil, que *determina* a preferência pelas soluções negociadas pelas partes em detrimento das soluções impostas. Não se trata de opção do Legislador, mas sim um comando aos operadores do Direito que, infelizmente, segue sendo desrespeitado.

No âmbito europeu, a Diretiva da UE em sede de responsabilidade ambiental peca ao não prever uma responsabilidade imediata do poluidor, seguida ao dano que este causou ao ambiente, bem como ao não adotar a inversão do ônus da prova como regra geral. Neste aspecto, a possibilidade de imediata imputação de obrigações e medidas reparatórias e compensatórias ao poluidor, ainda que por meio da via judicial, no Brasil, é mais eficaz e evita o comprometimento orçamentário dos órgãos ambientais.

Por outro lado, ao definir critérios para reparação de danos à água, no seu anexo I, a Diretiva 35/2004/EU traz solução bastante adequada, e revela a necessidade de análise técnica por órgãos técnicos nas soluções ambientais, o que por vezes é ignorado no Brasil, onde a matéria é com frequência objeto de pedidos e decisões judiciais baseados antes em entendimentos jurídicos do que na análise técnica dos órgãos ambientais. Além disso, no Brasil, há despropositada desconfiança dos órgãos ambientais por outros entes legitimados às ações ambientais, muito embora aqueles órgãos detenham expertise e recursos humanos altamente gabaritados para enfrentar os assuntos ambientais. Não se justifica que Ministério Público, Defensorias, associações ou outros co-legitimados postulem em Juízo e estes determinem a contratação de consultorias ambientais, muitas das vezes estrangeiras e desconhecedoras do direito ambiental brasileiro, que dizer das normas técnicas editadas pelos próprios órgãos públicos.

Também é de se reconhecer que a responsabilização objetiva do operador, calcada na teoria do risco, defende melhor o meio-ambiente. Sem embargo, parece que na Europa há uma série de ressalvas e garantias ao empreendedor antes de poder ser responsabilizado, cabendo às legislações nacionais minudenciarem a responsabilidade dos operadores; no entanto, nos países onde o Legislador não disciplinou a Diretiva, a produção da prova do dano, a imputação da responsabilidade por meio do nexos de causalidade e, por

fim, a própria valoração do dano, parecem tarefa bastante árdua, tanto à vítima quanto às autoridades nacionais.

Em suma, o ideal seria o legislador ou os tratados internacionais preverem, ao menos, *critérios de quantificação do dano* ou, alternativamente, do dever de reparar, pois isso garantiria maior agilidade às medidas administrativas e ações judiciais contra os responsáveis pelo dano. Nesta hipótese, o legislador e os tratados também poderiam pré-estabelecer obrigações de fazer ao poluidor, sem se preocupar com uma prévia tarifação, já que cabe ao poluidor fazer frente aos efeitos do dano causado com a maior rapidez e eficiência possíveis.

Não existem soluções ideais para tragédias ambientais, mas algo há de ser feito o quanto antes e este algo deve começar a ser feito, concomitantemente ou logo em seguida aos desastres ambientais. Por isso que o dano deve ser ao menos estimado, com vistas ao início dos procedimentos de reparação e compensação ambientais. Nem a natureza nem as pessoas direta ou indiretamente atingidas por um dano ambiental podem esperar.

Referências

- Agência Portuguesa do Ambiente, <<<https://www.apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=157>>> acesso em 16/07/202018.
- ALVAREZ, Laura Garcia. Daños Ambientales Transnacionales y Acceso a la Justicia. Dinkinson SL: Madrid, 2016, pp. 34 y 35.
- AMARO, Frederico. *Direito Ambiental Esquematizado*. 5a. ed., Método. São Paulo, 2014, p. 41.
- ANDRETTA JUNIOR, Homero. *Parecer 54/2015-HAJ/DPP/PGU/AGU*, lançado no processo administrativo NUP 00405.022857/2015-12. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Departamento de Patrimônio e Proibidade, Coordenação-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente.
- ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*. 17ª. ed., Atlas, São Paulo: 2015.
- CAVALLI, Diogo. *NOTA JURÍDICA n. 22/2018/PSUCCM/PGU/AGU*. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria Seccional da União em Criciúma. Processo administrativo NUP 00556.001342/2015-55.
- BRASIL, República Federativa. Lei Federal brasileira nº 6.983/81. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>, acesso em 16/07/2018.

- BRANS, Edward H. P. e UILHOORN, Mark. *Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000 — 58 p., ISBN 92-828-9183-6
- CORDEIRO, MENEZES. Tutela do Ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994, p. 389, apud OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, 135p.
- ESAIN, José A. Juicios por daño ambiental. 1ª. Edición, Buenos Aires. Hammurabi, 2014.
- GARCIA, Estanislao Arana. *La Responsabilidad Ambiental*. Cap. 9 in **Derecho Ambiental**. 2ª. Ed., Editora Tecnos: Madrid, 2015, p. 198.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. Atlas, São Paulo: 2009, p. 559.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari e FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011, 269 172 p.
- FRAGA, José Jordano. *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. José Maria Bosch, Editor S/A, Barcelona, 1995, pp. 174 y 175.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. São Paulo: Elsevier, 2008, p.
- MACEDO, Marcos Patrício. *Métodos para valoração do dano ambiental*, in <https://jus.com.br/artigos/52354/metodos-para-a-valoracao-do-dano-ambiental-lei-federal-9-605-artigo-19>, acesso em 14/01/2017
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, 135 p.
- TESSLER, Marga Inge Barth. *O valor do dano ambiental*, in https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/dano_ambiental_ufrgs_out_2004.pdf, acesso em 14/01/2017
- THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4ª. ed, Jus Podivm. Salvador: 2014.
- TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. *A reparação dos danos e o problema da valoração do dano ambiental*, obtido em <http://jus.com.br/artigos/25503/a-reparacao-dos-danos-e-o-problema-da-valoracao-do-dano-ambiental>, acesso em 13/01/20107.
- UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da Europa e Parlamento Europeu. *Diretiva 2004/35/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0035>, acesso em 06/07/2018

TEIXEIRA, João Bosco. ANDRETTA JUNIOR, Homero. *PARECER nº 11/2016-HAJ-JBT/DPP/PGU/AGU*, lançado no processo administrativo NUP 00405.022832/2015-19. Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Departamento de Patrimônio e Probidade, Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos. Coordenação-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, 323 p.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a classificação de risco soberano do Brasil como casos de aplicação do direito administrativo global

MARCELO CLÁUDIO FAUSTO MAIA

Resumo: O artigo parte da premissa de que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a classificação de risco soberano do Brasil sejam, quando tratados em conjunto, um caso exemplificativo de aplicação do direito administrativo global. Mais que isso, é testada a hipótese, com a utilização de dados estatísticos oficiais, de que entre a referida lei e a classificação de risco soberano haveria um acoplamento estrutural. O método de procedimento adotado no estudo é o estatístico. Os resultados e conclusões corroboram a hipótese de pesquisa.

Palavras chaves: *Lei de responsabilidade Fiscal, Classificação de risco soberano, Direito Administrativo Global, Acoplamento estrutural.*

Abstract: The article assumes that the tax liability law (LC nº 101/2000) and Brazil's sovereign risk classification are, when treated together, an exemplary case of application of global administrative law. More than this, the hypothesis, using official statistical data, is tested that between that law and the sovereign risk classification there would be a structural coupling. The method of procedure adopted in the study is the statistical one. The results and conclusions corroborate the research hypothesis.

Key words: *The tax liability law, Brazil's sovereign risk classification, global administrative law, structural coupling.*

1. Introdução

Neste artigo se adota o conceito de Direito Administrativo Global (GAL – Global Administrative Law) cunhado no artigo intitulado A Emergência de um Direito Administrativo Global¹, de Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart.

Temos assim que direito administrativo global é

o conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a accountability dos órgãos administrativos globais. Isso para que se assegure, em particular, que eles obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas.

Mas – convém mencionar – que há um conceito mais amplo de Direito Administrativo Global (DAG) preconizado por Hildebrando Accioly² que reúne como sujeitos do Direito internacional os Estados, as Organizações Internacionais (ONU), a Santa Sé, as empresas transnacionais, ONG's e os indivíduos (como agentes morais e atores econômicos e sociais).

É possível, de uma forma didática, quanto à regulamentação administrativa global, estabelecer uma tipologia para o DAG. E isso será objeto de análise no item 2 deste trabalho.

Após quase duas décadas de sua promulgação é correto dizer que a lei de responsabilidade fiscal esteja efetivamente cumprindo o seu papel instrumental técnico-jurídico de ser um limitador da expansão do gasto público? Sendo sua origem o direito alienígena, a LC nº 101/2000 poderia ser considerada como um produto da interferência do direito administrativo

¹ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. A Emergência de um Direito Administrativo Global in **Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil** [recurso eletrônico] /organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf> Acesso em 15.11.2018.

² ACCIOLY, Hildebrando. **A organização da Comunidade Internacional – Pessoas Internacionais. Tratado de Direito Internacional Público**. Vol.1 . São Paulo: Quartier Latin,2009.p. 140-150.

global no direito brasileiro? A LC nº 101/2000 contribui com atratividade do investimento estrangeiro no Brasil?

A classificação de risco soberano do Brasil é de fato um critério de balizamento do custo de financiamento do país? Uma boa nota das agências de classificação de risco ao Brasil é uma condição determinante para a atratividade do investimento estrangeiro no Brasil?

Muitas são as perguntas. Este artigo se propõe a dar respostas a estas perguntas ou, pelo menos, não sendo as respostas inteiramente satisfativas, contribuir com o debate.

2. Direito Administrativo global e sua tipologia

No artigo citado na introdução deste trabalho Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart asseveram haver cinco tipos principais de regulamentação administrativa globalizada³:

(1) administração por organizações internacionais formais; (2) administração baseada na ação coletiva de redes transnacionais de arranjos cooperativos entre autoridades reguladoras nacionais; (3) administração distribuída realizada por reguladores nacionais sob tratados, redes ou outros regimes cooperativos; (4) administração por arranjos híbridos intergovernamentais-privados; e (5) administração por instituições privadas com funções reguladoras.

O artigo mencionado acima reconhece também que há, certamente, uma sobreposição ou mesmo uma combinação entre estes tipos de regulamentação administrativa globalizada. A partir desta concepção levantada por aqueles autores, o trabalho que hora será desenvolvido adota por hipóteses a serem testadas: a) a ideia de que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a classificação de risco soberano do Brasil sejam casos de aplicação do direito administrativo global; e b) a premissa tautológica de que de fato haja um acoplamento estrutural⁴ entre a LC nº 101/2000 e a classificação de risco soberano do Brasil.

³ Obr. Cit. Pág. 14.

⁴ Acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) é uma expressão de Niklas Luhmann. Trata-se da capacidade dos sistemas de utilizarem elementos de outros sistemas para

Antes de seguir com as análises das hipóteses de trabalho se fará, em homenagem à didática, de forma perfunctória, uma descrição da tipologia da regulamentação administrativa globalizada adotada no artigo citado acima.

Temos então, que a administração por organizações internacionais formais é fruto da criação por tratados internacionais ou acordos executivos. E, segundo os autores supramencionados, as organizações internacionais formais são os atores administrativos mais importantes da GAL. Para exemplificar temos: o Conselho de Segurança da ONU e seus comitês, o Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), a Organização Mundial da Saúde, o GAFI, dentre outros.

Já nas redes transnacionais e os arranjos de coordenação a peculiaridade consistiria, segundo os mesmos autores, “na ausência de uma estrutura decisória formal e vinculante e pelo predomínio da cooperação informal entre os Estados reguladores” Exemplo: o Comitê de Basileia. Outro exemplo é a Organização Mundial do Comércio – OMC.

A administração híbrida intergovernamental-privada combina atores privados e governamentais. As formas adotadas por estas são variadas e a relevância destas para a sociedade é grande. O exemplo citado pelos autores supramencionados é o da Comissão *Codex Alimentarius*. Outros exemplos são: o órgão regulador do protocolo de endereço da Internet, a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN).

Por último, temos uma breve descrição do tipo que será objeto de análise deste artigo apresentado pelos autores acima mencionados: a administração por instituições privadas com funções reguladoras. O poder Regulamentar é um dos poderes inerentes à administração pública. No entanto, na atualidade, bastante comum, é termos funções reguladoras exercidas por pessoas jurídicas de direito privado. Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart citaram no artigo referenciado como exemplos deste tipo: a Organização de Padronização Internacional (ISO, na sigla em inglês), algumas ONGs criaram padrões e mecanismos de certificação para produtos comercializados internacionalmente, como o

possibilitar suas próprias operações internas, sem, no entanto, precisar internalizar os processos comunicativos do outro sistema. Aqui se considera o sistema jurídico representado pela LC nº 101/2000 e o sistema econômico simbolizado pela análise econômica de risco soberano utilizado pelas agências de rating.

café com certificado fair-trade e a madeira sustentável, Agência Mundial Antidoping dentre outros exemplos.

O trecho abaixo do artigo A Emergência de um Direito Administrativo Global é ilustrativo do que se pretende daqui em diante desenvolver⁵.

No direito nacional, esses organismos privados costumam ser tratados como clubes em vez de administradores, a não ser que exerçam poder público por delegação explícita. Mas, na esfera global, devido à falta de instituições públicas internacionais, eles com frequência possuem poder e importância maior. Seus atos podem não ser muito diferentes em espécie de muitas normas públicas intergovernamentais não vinculantes e podem, muitas vezes, ser mais eficazes. Sugerimos prudentemente que os limites do campo da administração global sejam estendidos às atividades de alguns desses órgãos não governamentais. (...). Acreditamos que é desejável estudar esses órgãos como parte da administração global e determinar as semelhanças – bem como as diferenças – em mecanismos de accountability desenvolvidos para órgãos públicos e privados.

Aceitando a sugestão dada no último parágrafo da citação acima, este artigo, a partir deste ponto, analisará a lei de responsabilidade fiscal como instrumental técnico-jurídico limitador da expansão do gasto público e a classificação de risco soberano do Brasil como critério de balizamento do custo de financiamento do país e critério determinante da atratividade do investimento estrangeiro no Brasil: o caso de um acoplamento estrutural.

3. A LRF como instrumental técnico-jurídico limitador da expansão do gasto público e aspectos relacionados à classificação do risco soberano

Neste item serão desenvolvidos os temas mencionados no mesmo. Por uma questão didática se optou por decompor este item em três subitens.

⁵ Obr. Cit. pág. 20

3.1. A lei de responsabilidade fiscal como instrumental técnico-jurídico limitador da expansão do gasto público

Certo é que no Brasil, mormente a partir da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o gasto público federal passou a ser aberto à fiscalização (controle social) da sociedade de uma forma mais ampla que o mero controle e verificação feito tradicionalmente pelo Tribunal de Contas da União (controle externo) e o controle e fiscalização dos órgãos públicos do Poder Executivo (controle interno), dando assim, ao agente público federal, em regra, o atributo da responsabilização (*accountability*) por decisões e pelas consequências de suas ações e inações.

O equilíbrio fiscal é um objetivo de política econômica preconizado pelos economistas clássicos que foi questionado por Michal Kalecki⁶ e por John M. Keynes⁷. Entretanto, nem Kalecki e nem Keynes defenderam a irresponsabilidade fiscal. Os modelos econômicos destes dois grandes economistas foram construídos a partir de uma premissa empírica: a de que o sistema capitalista tem um caráter intrinsecamente instável. Ou seja, ao contrário do que preconizavam os economistas clássicos, a operação da mão invisível não produz a harmonia apregoada entre os interesses egoísticos dos agentes econômicos e o bem-estar global. Em outros termos, na busca da maximização do ganho, os agentes econômicos podem gerar crises não suscetíveis de serem automaticamente resolvidas pelas forças do mercado. De fato, o postulado básico de Kalecki e Keynes é que essas crises estão associadas ao problema de insuficiência de demanda. E nestas situações o aumento do gasto público, mesmo em malferimento do dogma do orçamento equilibrado, é útil e necessário para a restauração do equilíbrio dos níveis de produto e emprego na economia. Neste sentido, em uma situação de insuficiência de demanda efetiva o melhor é a produção de *deficit* público via exclusivamente aumento do gasto público, uma vez que a alternativa de redução da carga tributária poderia gerar, simplesmente, maior demanda por ativos líquidos sem que houvesse majoração na demanda efetiva.

⁶ KALECKI, Michal. **Teoria da dinâmica econômica: ensaios sobre as mudanças cíclicas e a longo prazo da economia capitalista**, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁷ KEYNES, John M. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

O que se assevera acima é consistente e coerente com o princípio da neutralidade⁸ e com o princípio do maior benefício social⁹ e da maximização da renda nacional. O aumento do gasto público nas situações de insuficiência de demanda afetiva atende ao princípio da neutralidade uma vez que a atuação do Estado tende a corrigir, no curto prazo, as perturbações do sistema econômico.

De igual forma, o aumento do gasto público nas situações de insuficiência de demanda efetiva atende ao princípio do maior benefício social posto que esteja contribuindo para elevar o nível de emprego e de produto, bem como, melhorando a distribuição de renda.

Um remédio é indicado para uma situação em que sua prescrição se recomenda dado o efeito que dele se espera. Entretanto, o tempo tende a anular o efeito desejado do remédio e potencializar os efeitos colaterais adversos. De igual forma a regra de exceção não tem o condão de anular a regra geral: o Estado não pode gastar mais do que arrecada. Esta regra geral se assenta no ideal de segurança econômica que por sua vez lastreado está na segurança jurídica, monetária e fiscal. Aqui se admite, naturalmente, com amparo em estudo econômico, que de fato existe uma correlação entre inflação e *deficit* público.

A lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) foi o resultado de um processo de conscientização das autoridades públicas do governo federal e do poder legislativo federal, e – porque não dizer – da sociedade brasileira de que o gestor público deve conduzir de forma

⁸ O princípio da neutralidade está calcado na ideia de que a interferência do governo deve ser eficiente. Eficiência, conforme será visto adiante no tópico 3.3, requer adequação da ação ao resultado pretendido. O Estado ao interferir na Economia é eficiente quando preserva o equilíbrio da oferta e da procura. Manter as forças do mercado atuando em equilíbrio requer uma atuação neutra do Estado. Isto significa dizer que não pode o Estado em sua intervenção perturbar o mecanismo de determinação dos preços relativos. E por que? Porque estes asseguram o fornecimento das mercadorias demandadas pelos consumidores, considerando que estas mercadorias sejam produzidas por um custo mínimo, dada a otimização da combinação dos recursos produtivos.

⁹ Princípio do maior benefício social e da maximização da renda nacional está fundado na concepção de que o Estado deve intervir na atividade econômica com o escopo de elevar o nível de produto e o volume de empregos, bem como as condições de distribuição da renda, ainda que isto implique a convivência com *deficit* público. Este princípio teria sua aplicabilidade máxima em condições recessivas da economia.

absolutamente responsável e transparente a utilização efetiva dos recursos públicos. Em outros termos, a disciplina fiscal foi elevada à categoria de pressuposto da eficiência da gestão pública. Isto implica asseverar que o desajuste fiscal caracterizado por uma poupança pública negativa e *deficits* públicos reiterados tornou-se socialmente injustificável por afetar de forma indelével e perversa a estabilidade de moeda, o crescimento sustentado da economia e as condições de vida do povo brasileiro.

A Lei Complementar nº 101/2.000, em que pese às transformações e invenções de política fiscal por ela introduzidas na ordem jurídica pátria, não deve ser tida como uma construção jurídica original brasileira. De fato, a influência do direito alienígena é evidente, particularmente do ajuste fiscal promovido na última década do século passado em países como: Nova Zelândia, Austrália, Irlanda, Reino Unido, EUA, Suécia, Argentina e México. Aqui temos um caso típico de interferência intersistêmica: o sistema jurídico internacional – leia-se aqui o Direito Administrativo Global (DAG) – atuando como força motriz modificadora da ordem jurídica nacional no interesse do Estado Brasileiro. De fato, é tautológico que o equilíbrio fiscal de um país melhora a classificação de risco do país e contribui para o desenvolvimento econômico deste país na medida em que cria condições estruturais propícias ao investimento privado e à atração de capitais voláteis alienígenas e nacionais. Por outro giro, com equilíbrio fiscal, o animal empreendedor se sente encorajado a empreender.

É necessário também reconhecer, fato que corrobora o dito acima, que as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal estão em consonância com o Manual de boas Condutas Fiscais editado pelo FMI¹⁰. Destacam-se aqui os seguintes requisitos da boa gestão fiscal pinçados do mencionado manual: mecanismos claros devem ser estabelecidos para a coordenação e gestão das atividades orçamentárias e extraorçamentárias e devem ser bem definidos os dispositivos de relacionamento com outras entidades públicas; a gestão financeira pública deve ser regida por leis e normas administrativas abrangentes, aplicáveis a atividades orçamentárias e extraorçamentárias; todo empenho ou gasto de recursos públicos deve basear-se em autorização legal; o orçamento anual de proporcionar informações suficientes para permitir

¹⁰ O Manual referido foi substituído pelo **Manual de Transparência Fiscal** (2007). Disponível em <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf> Acesso em 18.11.2018.

a apresentação de um demonstrativo da posição financeira consolidada do governo geral; demonstrativos com descrição da natureza e significação fiscal dos passivos eventuais, das renúncias fiscais e das atividades para-fiscais devem ser publicadas juntamente com o orçamento anual; as normas fiscais adotadas (por exemplo, obrigatoriedade de equilíbrio orçamentário ou limites ao endividamento dos níveis inferiores de governo) devem ser claramente definidas, bem como os principais riscos que poderão afetar o orçamento anual.

Além das reformas da legislação fiscal dos países supracitados não pode deixar de reconhecer a influência do Tratado de Maastrich (1992) que estabeleceu limites máximos de endividamento público para os países europeus candidatos à ingresso na União Europeia.

No *front* interno foi notório, o crescimento exponencial do endividamento público bruto ocorrido de 1995 a 2002, passando de 36% para 79,4% do PIB conforme dados do FMI¹¹. Este incremento do endividamento público ocorreu a despeito do fato de que desde 1994 o Governo Federal Brasileiro ter promovido um esforço de ajuste fiscal. Este ajuste fiscal mencionado teve início com o Fundo Social de Energia (Emenda Constitucional de Revisão nº 01) e prosseguiram com a promulgação das emendas constitucionais nº 10 e 17, com a Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/97), com o FUNDEF (Emenda Constitucional nº 14), com a Reforma Administrativa (Emenda Constitucional Nº 19), com a Reforma Previdenciária (Emenda Constitucional nº 20), com o Programa de Estabilidade Fiscal e, com as Desvinculações das Receitas da União (DRU).

A lei de Responsabilidade Fiscal reúne dois elementos que a caracterizam: as regras da gestão pública fiscal por ela impostas e a transparência da gestão fiscal por ela exigida.

Quanto às regras de gestão pública fiscal verificasse claramente a influência do Direito norte-americano. Refere-se aqui à preocupação no disciplinamento das ações públicas futuras pelo orçamento da União a exemplo do previsto pela Lei fiscal norte-americana, o *Budget Enforcement Act* (BEA) de 1990. Para exemplificar o exposto, do BEA é possível extrair-se duas regras que foram consagradas na Lei brasileira: o *sequestration*

¹¹ A Série histórica consultada está disponível em **International Monetary Fund – IMF Working Papers** <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/A-Historical-Public-Debt-Database-24332> Acesso em 09.09.2019.

(limitações de empenho) e o *pay as you go* (compensação). A limitação de empenho é o instrumento pelo qual se cancela as dotações orçamentárias estabelecidas para as receitas e despesas. A compensação está relacionada ao princípio da neutralidade orçamentária. Em outros termos, pela regra da compensação qualquer ato que provoque aumento de despesa deve ser devidamente compensado com aumento permanente de receitas ou redução permanente de despesas.

As regras de gestão pública fiscal presentes na lei de Responsabilidade Fiscal podem ser decompostas nas seguintes categorias: a) limites de gasto com pessoal dos entes federativos (despesa com pessoal limitada a 50% da receita corrente líquida no caso da União e de 60% para os demais entes federativos); b) limites para o endividamento público estabelecidos pelo Senado¹²; c) definição de metas fiscais anuais; d) mecanismo de compensação para despesas de caráter permanente como condição necessária para a criação de novas despesas; e) mecanismo para controle das finanças públicas em anos de eleição¹³.

Quanto à preocupação com a transparência a base legislativa de influência para a lei brasileira foi certamente o Fiscal Responsibility Act (1990) da Nova Zelândia. A responsabilização (accountability) está presente na lei brasileira, por exemplo, nos contratos de gestão (Art.37 §8º da Constituição Federal) acrescentado pela Reforma Administrativa da emenda nº 19/1998. Como influência da reforma fiscal da Nova Zelândia destacam-se ainda: a imposição de um novo padrão contábil, a adoção de diversos relatórios contábeis, tais como: demonstração de resultados pelo regime de competência, o balanço patrimonial detalhado, o fluxo de caixa como instrumento de gestão administrativa e o detalhamento da composição e projeção da dívida pública.

¹² A Resolução do Senado nº 40, de 2001 fixou os limites de endividamento público dos entes subnacionais, mas, até o momento o limite de endividamento público ainda não foi fixado. Há em tramitação o projeto de Resolução do Senado nº 46, de 2019. Este projeto pretende fixar o limite de endividamento público da União (dívida consolidada) em 50,9% do PIB, com um período de transição de quinze exercícios fiscais para que esta meta seja alcançada.

¹³ A LC 101/2000 veda a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO) no último ano de mandato e proíbe o aumento das despesas com pessoal nos 180 dias que antecedem o final do mandato.

É certo que a necessidade de a Administração Pública ser transparente à sociedade constitui uma exigência do Estado democrático de Direito. A Lei Complementar Nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) foi criada pelo programa Gestão Pública Empreendedora¹⁴, impõe nos seus arts. 48 e 49 a observância da transparência e menciona como sendo os instrumentos destas os seguintes: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório da Gestão Fiscal; e as versões simplificadas destes documentos; o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas; a disponibilização das contas públicas, durante o respectivo exercício no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável por sua elaboração, para consulta pelos cidadãos e instituições da sociedade.

A partir de 2003 até 2012 tivemos, segundo dados do FMI, a seguinte evolução do endividamento público brasileiro bruto como proporção do PIB: 2003 (74,6%), 2004 (70,7%), 2005 (69,3%), 2006 (67%), 2007 (65,2%), 2008 (63,5%), 2009 (66,8%), 2010 (65%), 2011 (64,7%) e 2012 (68%). O decréscimo da relação dívida bruta como proporção do PIB no período 2003-2012 pode ser associado a dois fatores: a) maior crescimento do PIB no período 2003-2013¹⁵; e b) aos efeitos da obediência aos limites de endividamento público promovidos pela LC 101/2000.

Enfim, forçoso é concluir que a LC 101/2000 constitui exemplo de influência do Direito Administrativo Global (DAG) no sistema jurídico brasileiro e tem contribuído, desde o início da sua vigência, como um instrumento relevante de controle da expansão dos gastos da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, bem como, a melhoria da

¹⁴ O Programa de Gestão Pública Empreendedora constituiu um dos programas relacionados à dimensão-gestão da reforma administrativa do Estado brasileiro iniciada em 1995 com o Plano Diretor de Reforma do Estado. Os objetivos da dimensão-gestão foram: colocar em prática as novas ideias gerenciais, e oferecer à sociedade um serviço público efetivamente mais barato, melhor controlado e com melhor qualidade.

¹⁵ Segundo dados do IBGE. Informações disponíveis no SGS – Sistema Gerenciador de Séries Temporais disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/>, acesso em 09.09.2019, o PIB brasileiro evoluiu no período de 2003 a 2012 nos seguintes termos: 2003 (1,14%), 2004 (5,76%), 2005 (3,20%), 2006 (3,96%), 2007 (6,07%), 2008 (5,09%), 2009 (-0,13%), 2010 (7,53%), 2011 (3,97%), 2012 (1,92%), 2013 (3%).

classificação do risco soberano do Brasil nos anos de 2003 a 2013 (vide análises gráficas do subitem 3.3 deste trabalho) pode ser, em parte, a ela imputado.

Os autores do artigo *A Emergência de um Direito Administrativo Global* propugnam a existência de um espaço administrativo global¹⁶. Trata-se de um *locus* criado pela expansão do globalismo jurídico. De fato, do ponto de vista das sociedades transnacionais não é conveniente em termos financeiros e comerciais a existência de sistemas jurídicos empresariais e tributários discrepantes, complexos e não harmônicos.

A existência de um ambiente amigável para os negócios, o que inclui segurança jurídica no que diz respeito à estabilidade das regras, é um dos fatores que são observados pelo investidor externo e pelo investidor doméstico na decisão de onde e quanto investir. A criação de normas jurídicas, mormente nas áreas empresarial e tributária, não deve apenas observar os valores e necessidades locais, mas também e, sobretudo, se o país em questão possui pretensão de aumentar a sua inserção no comércio internacional, deve necessariamente levar em conta as práticas mais aceitas pelo DAG.

A assertiva do parágrafo imediatamente supra é também o entendimento exposto no artigo *A Emergência de um Direito Administrativo Global* conforme se depreende do seguinte excerto:

A ascensão dos programas reguladores globais e sua introdução nos programas nacionais significa que as decisões dos administradores nacionais são cada vez mais constrangidas por normas substantivas e procedimentais estabelecidas em nível global; desse modo, a necessidade formal de implementação doméstica não estipula mais uma independência significativa do nível nacional em relação ao internacional. Ao mesmo tempo, os órgãos de

¹⁶ Nas palavras do artigo **A Emergência de um Direito Administrativo Global**: Esse espaço administrativo multifacetado incorpora os cinco tipos diferentes de organismos administrativos internacionais ou transnacionais descritos acima. Nesse espaço, interagem de forma complexa, Estados, indivíduos, empresas, ONGs e outros grupos ou representantes de interesses sociais e econômicos nacionais e globais que são afetados pela governança regulatória global ou têm interesse nela. O espaço caracteriza-se por traços e dinâmicas distintas que pedem um estudo e uma teorização positiva e normativa independente.

administração global que tomam essas decisões gozam, em alguns casos, de demasiada independência e arbítrio para serem considerados meros agentes dos Estados.

3.2. A classificação de risco soberano do Brasil como critério de balizamento do custo de financiamento do país e critério determinante da atratividade do investimento estrangeiro no Brasil

Após ter sido no subitem 3.1 analisado a lei de responsabilidade fiscal como instrumental técnico-jurídico limitador da expansão do gasto público, resta agora demonstrar que a classificação de risco soberano do Brasil como critério de balizamento do custo de financiamento do país e critério determinante da atratividade do investimento estrangeiro no Brasil. E, por fim, verificar se de fato efetivamente há um acoplamento estrutural entre a LC nº 101/2000 e a classificação de risco soberano do Brasil.

Preliminarmente, parece ser útil fazer uma breve explicação sobre o que significa a classificação de risco (rating) soberano e como ela se insere como exemplo de DAG do tipo administração por instituições privadas com funções reguladoras.

Há instituições especializadas em análise de crédito que atribuem notas aos países e às sociedades empresariais.¹⁷ Esta nota diz respeito a uma análise que estas instituições (agências classificadoras de risco) fazem quanto à solvabilidade do crédito dos países, sociedades empresariais e sociedades não empresárias que tenham exposição no mercado internacional. Em outros termos, a capacidade e a disposição de um país em honrar, pontual e integralmente, os pagamentos de sua dívida é valorada pela atribuição de uma nota dada por estas instituições especializadas em análise de crédito. Os investidores a partir desta nota (rating) tomam suas decisões sobre

¹⁷ Há também um índice aceito amplamente pelo mercado financeiro próprio para análise de curto prazo. Trata-se do EMBI+. Ele mede os prêmios de riscos cobrados nos mercados secundários de títulos de dívida de economias emergentes. Este indicador está baseado em um padrão de títulos de dívida externa de países emergentes, sendo assim que cada país é considerado uma cesta de títulos de pesos proporcionais aos volumes transacionados. Este índice é apurado considerando-se a diferença entre a taxa de juros do Tesouro americano para o mesmo prazo.

fazerem investimentos e concederem empréstimos a este país. As agências classificadoras de risco são pessoas jurídicas de direito privado e possuem credibilidade internacional por emitirem uma opinião independente a respeito do risco de crédito da dívida do país analisado.

Atualmente, O Brasil mantém, em caráter oficial, contrato com as seguintes agências de risco: Standard & Poor's (S&P), Fitch Ratings (Fitch) e Moody's Investor Service. Entretanto, além destas citadas, outras agências internacionais também monitoram o risco soberano brasileiro como: a Dominion Bond Rating Service (DBRS), a Japan Credit Rating Agency (JCR) e Rating and Investment Information (R&I), a NICE Investors Service e a Dagong Global Credit Rating.

É também importante aqui bem entender o conceito de risco-país (risco soberano). Trata-se, em verdade, de um critério adotado pelas agências de risco de crédito para mensurar, objetivamente, o risco de crédito a que investidores estão expostos quando investem nos títulos públicos daquele país. Deste modo, a partir da percepção de risco presente e futuro as agências de rating atribuem suas notas para cada país.

Michel Henry Bouchet¹⁸ cita a definição de risco-país cunhada por D. H. Meldrum como muito boa:

All business transactions involve some degree of risk. When business transactions occur across international borders, they carry additional risks not present in domestic transactions. These additional risks, called country risks, typically include risks arising from variety of national differences in economic structures, policies, socio-political institutions, geography and currencies. Countries risk analysis (CRA) attempts to identify the potential for these risks to decrease the expected return of a cross-border investment.

Compreendido o conceito de risco país é importante falar sobre a classificação de risco-país. E na classificação de risco das agências de risco Fitch ratings e Stand & Poor's se convencionou que as notas de grau

¹⁸ BOUCHET, Michel Henry. **Country risk assessment**/ Michel Henry Bouchet, Ephraim Clark, and Bertrand Gros Lambert. Wiley Finance Series, John Wiley & Sons, West Sussex, England, 2003, p. 12

de investimento são em ordem decrescente, as seguintes: AAA, AA+, AA, AA-, A+, A, A-, BBB+, BBB, BBB-.

O Brasil alcançou o grau de investimento em 2008 (nota BBB-) e perdeu esta condição em 2015 (nota BB+) e em 2016 foi reclassificado para a nota BB. Em 2018, o país desceu mais um patamar na classificação das agências Fitch ratings e Stand & Poor's tendo recebido a nota BB-. As notas BB+, BB, BB- são notas de grau especulativo.

Um país com nota de grau especulativo não possui o selo de bom pagador. Isto significa que os títulos públicos emitidos por este país perdem atratividade e precisam ser ofertados pagando juros maiores para compensarem o grau de risco especulativo. No caso brasileiro, a partir de 2016, não contrariando a teoria, ficou relativamente para o Brasil mais caro buscar financiamento externo. O EMBI + Risco-Brasil¹⁹ evoluiu do seguinte modo: 29.10.2015 (410 pontos), 30.12.2015 (516 pontos), 15.01.2016 (533 pontos), 11.02.2016 (569 pontos), 15.02.2016 (554 pontos), 15.03.2016 (459 pontos), 11.05.2016 (379 pontos), 06.07.2016 (355 pontos), 12.09.2016 (313 pontos), 30.12.2016 (328 pontos), 23.01.2017 (295 pontos), 21.03.2017 (277 pontos), 29.05.2018 (297 pontos), 19.06.2018 (345 pontos), 09.07.2018 (303 pontos), 24.07.2018 (276 pontos), 14.09.2018 (334 pontos), 08.11.2018 (251 pontos), 19.12.2018 (270 pontos), 20.03.2019 (240 pontos), 28.06.2019 (239 pontos), 03.09.2019 (249 pontos). Apesar da redução dos pontos do EMBI + Risco-Brasil observada a partir do início de 2017 deve ser levado em conta que de 16 de dezembro de 2015 a 31 de julho de 2019 a taxa de juros do FED²⁰ (Banco Central americano) subiu significativamente passando de

¹⁹ Evolução do EMBI + risco-Brasil disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M> acesso em 09.09.2019. O EMBI+ é um índice baseado nos bônus (títulos de dívida) emitidos pelos países emergentes. Mostra os retornos financeiros obtidos a cada dia por uma carteira selecionada de títulos desses países. A unidade de medida é o ponto-base. Dez pontos-base equivalem a um décimo de 1%. Os pontos mostram a diferença entre a taxa de retorno dos títulos de países emergentes e a oferecida por títulos emitidos pelo Tesouro americano. Essa diferença é o spread, ou o spread soberano. O EMBI+ foi criado para classificar somente países que apresentassem alto nível de risco segundo as agências de rating e que tivessem emitido títulos de valor mínimo de US\$ 500 milhões, com prazo de ao menos 2,5 anos. Obs.: Metodologia descrita em Metodologia EMBI.

²⁰ Evolução da taxa de juros do FED. Disponível em: <https://pt.global-rates.com/taxa-de-juros/bancos-centrais/banco-central-estados-unidos/juros-fed.aspx> acesso em 09.09.2019.

0,5% ao ano para 2,25% ao ano (alta de 350% no período). Por sua vez a taxa SELIC – taxa de juros básica da economia brasileira que reflete a remuneração dos títulos públicos federais – era em dezembro de 2015 14,25% ao ano e após quedas sucessivas estava em junho de 2019 em 6,0% ao ano.²¹ Ou seja, não fosse a perda de grau de investimento do Brasil ocorrida em 2016, o custo de financiamento externo do país seria bem menor do que a série histórica do EMBI + Risco-Brasil mostra.

3.3. O acoplamento estrutural entre a LC nº 101/2000 e a evolução positiva da classificação de risco soberano do Brasil no período de 2003 a 2013

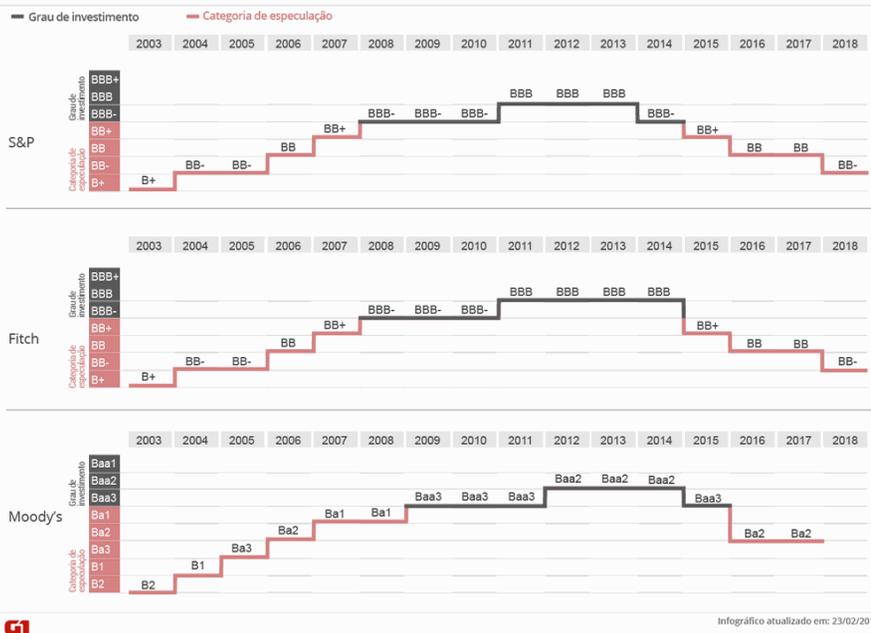
A hipótese a ser testada aqui é de que ao longo do período de 2003 a 2013 houve uma correlação positiva entre a redução do endividamento da União e a melhora da classificação de risco soberano do Brasil.

De fato, analisando o histórico das notas de crédito (rating) atribuídas ao Brasil pelas agências de rating no período de 2003 a 2013 demonstradas no gráfico imediatamente abaixo e comparando com a evolução da Dívida Líquida do setor Público (DLSP) como proporção do PIB informada no gráfico subsequente e na tabela que o segue se pode concluir que efetivamente houve uma correlação positiva entre a redução do endividamento da União e a melhora da classificação de risco soberano do Brasil no período em questão. É também observável que após 2013 começa a haver um aumento da DLSP como proporção do PIB. Isto coincide também com o decréscimo do rating do Brasil atribuído pelas agências de risco pós 2013.

²¹ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Taxa de juros básicas – Histórico**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controlinflacao/historicotaxasjuros> Acesso em 20.09.2019.

Histórico das notas do Brasil

Pais está desde 2015 sem o selo de bom pagador



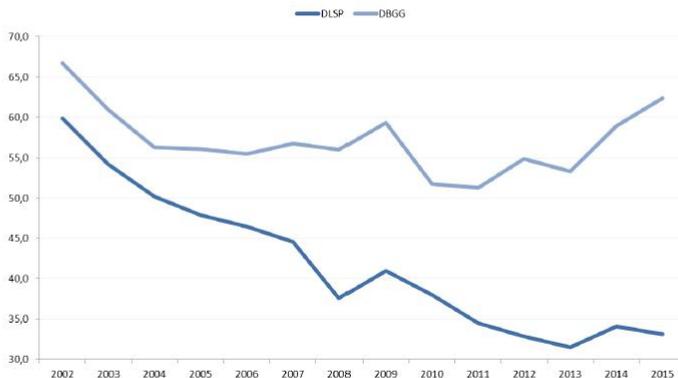
Fonte: G1. Histórico das notas do Brasil – Foto: Infografia G1²²

O gráfico abaixo demonstra a evolução, como proporção do PIB, no período 2000-2015 a evolução da Dívida Bruta do Setor Público (DBSP) e da Dívida líquida do Setor Público (DLSP). É importante dizer que o conceito de setor público utilizado para mensuração é o de setor público não-financeiro mais Banco Central. O setor público não financeiro é composto pelas administrações diretas federal, estaduais e municipais, pelas administrações indiretas, pelo sistema público de previdência social e pelas empresas estatais não-financeiras federais, estaduais e municipais, exceto as empresas do Grupo Petrobras e do Grupo Eletrobras. Considera-se também a empresa Itaipu Binacional.

²² G1. Histórico das notas do Brasil – Foto: Infografia G1 disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/veja-historico-das-notas-de-credito-do-brasil.ghtml> acesso em 19.11.2018

Dívida Pública, bruta e líquida: evolução em % do PIB – 2000/2015

DBGG e DLSP (Em % do PIB) – 2015 posição em Março



FGV IBRE

Fonte primária: BCB. Elaboração IBRE/FGV.

Dívida líquida do setor público (DLSP) em porcentagem do Produto Interno Bruto (PIB). Compreende governo federal e Banco Central, governos estaduais, governos municipais e empresas estatais (federais estaduais e municipais).

Tabela evolutiva da DLSP como porcentagem do PIB brasileiro

De dez/2003 a set/2018

Período	DLSP (% do PIB)
2003.12	54,26
2004.12	50,19
2005.12	47,92
2006.12	46,49
2007.12	44,55
2008.12	37,57
2009.12	40,88
2010.12	37,98
2011.12	34,47

2012.12	32,19
2013.12	30,50
2014.12	32,59
2015.12	35,64
2016.12	46,22
2017.12	51,57
2018.01	51,72
2018.02	51,98
2018.03	52,35
2018.04	51,84
2018.05	51,37
2018.06	51,52
2018.07	52,16
2018.08	51,20
2018.09	52,15

Fonte: Banco Central do Brasil, Notas Econômico-financeiras para a Imprensa, Finanças Públicas (Bacen/Not. Imp./F. Púb)

Os dados estatísticos acima evidenciam de forma clara, cristalina e inequívoca a hipótese de teste deste trabalho. Isto permite asseverar – considerando também os dados que se extrai do parágrafo abaixo – que a classificação de risco soberano do Brasil parece ser um critério determinante da atratividade do investimento estrangeiro no país.

Nos anos de 2003 a 2013, conforme dados da UNCTAD citados por Edison Benedito da Silva Filho²³, o investimento externo estrangeiro (IDE) teve uma evolução de US\$ 10 bilhões para US\$ 64 bilhões. A evolução se deu assim 2003 (US\$ 10 bilhões), 2004 (US\$ 18 bilhões), 2005 (US\$ 15 bilhões), 2006 (US\$ 18 bilhões), 2007 (US\$ 30 bilhões), 2008 (US\$ 40 bilhões), 2009 (US\$ 38 bilhões), 2010 (US\$ 26 bilhões), 2011 (US\$ 67 bilhões), 2012 (US\$ 65 bilhões), 2013 (US\$ 64 bilhões) e 2014 (US\$ 62,5 bilhões).

²³ SILVA FILHO, Edison Benedito da. **TRAJETÓRIA RECENTE DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO E EM CARTEIRA NO BRASIL.**

Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5262/1/BEPI_n19_Trajeto%C3%B3ria.pdf Acesso em 19.11.2018.

4. Conclusão

A LC nº 101/2000 não é apenas um instrumento importante para o fornecimento de regras da gestão pública fiscal por ela impostas e para a disponibilidade de transparência da gestão fiscal por ela exigida. Ela é também uma conquista da sociedade brasileira.

Ademais, é tautológico que o equilíbrio fiscal de um país melhora a classificação de risco soberano e contribui sensivelmente para o desenvolvimento econômico deste país na medida em que cria condições estruturais propícias ao recebimento de investimento privado de risco e à atração de capitais voláteis alienígenas e nacionais para aplicações no mercado financeiro. Por outro giro, com equilíbrio fiscal, o animal empreendedor se sente encorajado a empreender.

A existência de um ambiente amigável para os negócios, o que inclui segurança jurídica no que diz respeito à estabilidade das regras, é um dos fatores que são observados pelo investidor externo e pelo investidor doméstico na decisão de onde e quanto investir. A criação de normas jurídicas, mormente nas áreas empresarial e tributária, não deve apenas observar os valores e necessidades locais, mas também e, sobretudo, se o país em questão possui pretensão de aumentar a sua inserção no comércio internacional, deve necessariamente levar em conta as práticas mais aceitas pelo DAG.

O rating soberano, conforme restou aqui rotundamente demonstrado, constitui um importante critério para investidores nacionais e estrangeiros para a decisão de investimento no país. O rating soberano fornece elementos necessários e úteis a formação das percepções externas sobre o risco-país e suas tendências.

A partir dos dados colacionados nos gráficos e tabelas do subitem 3.3 resta claro e inequívoco que no período 2003 a 2013 houve um acoplamento estrutural entre a LC nº 101/2000 e a evolução positiva da classificação de risco soberano do Brasil. O rebaixamento de rating soberano pelas agências de rating no período imediatamente subsequente ao ano de 2013 reflete a deterioração fiscal do país no que diz respeito à DLSP.

Em outras palavras, a premissa de que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a classificação de risco soberano do Brasil sejam, quando tratados em conjunto, um caso exemplificativo de aplicação do direito administrativo global foi testada e demonstrada neste trabalho.

Em síntese, os dados estatísticos demonstrados ao longo deste artigo são muito claros e não dão margem a qualquer dúvida quanto ao fato de que os resultados e conclusões deste trabalho terem corroborado a hipótese de pesquisa previamente formulada. Resta agora que o governo federal brasileiro empreenda efetivamente uma política fiscal com medidas úteis para a redução do risco-país para que o Brasil se torne mais atraente ao investimento alienígena e ao doméstico.

Referências bibliográficas

- ACCIOLY, Hildebrando. **A organização da Comunidade Internacional – Pessoas Internacionais. Tratado de Direito Internacional Público**. Vol.1. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRASIL. **Banco Central do Brasil, Notas Econômico-financeiras para a Imprensa, Finanças Públicas** (Bacen/Not. Imp./F. Púb). Disponível em bcb.gov.br Acesso em 19.11.2018.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Taxa de juros básicas – Histórico**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros> Acesso em 20.09.2019.
- BRASIL. **Evolução do EMBI + risco-Brasil disponível** em: <http://www.ipea-data.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M>
- BRASIL. **Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm acesso em 16.11.2018.
- BRESSER- PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 34. ed. São Paulo: Brasília: ENAP, 1998.
- BOUCHET, Michel Henry. **Country risk assessment/ Michel Henry Bouchet, Ephraim Clark, and Bertrand Gros Lambert**. Wiley Finance Series, John Wiley & Sons, West Sussex, England, 2003.
- DADOS da UNCTAD**. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5262/1/BEPI_n19_TrajetoC3%B3ria.pdf Acesso em 19.11.2018.
- Evolução da taxa de juros do FED**. Disponível em: <https://pt.global-rates.com/taxa-de-juros/bancos-centrais/banco-central-estados-unidos/juros-fed.aspx>
- FMI. **Manual de Transparência Fiscal (2007)**. Disponível em <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf> Acesso em 18.11.2018.

GAZETA do POVO. **Segundo dados do IBGE. Informações disponíveis no SGS**

– **Sistema Gerenciador de Séries Temporais** disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/> acesso em 09.09.2019.

G1. **Histórico das notas do Brasil — Foto: Infografia G1** disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/veja-historico-das-notas-de-credito-do-brasil.ghtml> acesso em 16.11.2018.

International Monetary Fund – IMF Working Papers <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/A-Historical-Public-Debt-Database-24332>

KALECKI, Michal. **Teoria da dinâmica econômica: ensaios sobre as mudanças cíclicas e a longo prazo da economia capitalista**, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

KEYNES, John M. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. **A Emergência de um Direito Administrativo Global in Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil** [recurso eletrônico] / organizadora Michelle Ratton Sanchez Badin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o-direito-administrativo-global.pdf> Acesso em 15.11.2018.

MAIA, Marcelo Claudio Fausto. **Gestão pública empreendedora**. Dissertação de Mestrado, Universidade Gama Filho, 2003.

PIB do Brasil: histórico e evolução em gráficos. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/> Acesso em 09.09.2019.

Projeto de Resolução do Senado nº 46, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136749> acesso em 09.09.2019.

SILVA FILHO, Edison Benedito da. **TRAJETÓRIA RECENTE DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO E EM CARTEIRA NO BRASIL** Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5262/1/BEPI_n19_TrajetoC3%B3ria.pdf Acesso em 19.11.2018.

Papel da OCDE na governança global e interesse da CNI no ingresso do Brasil como membro dessa organização

OECD's role in global governance and CNI's interest in joining Brazil as a member of this organization

MÔNICA OLIVEIRA DA COSTA¹

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar noções introdutórias do papel da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na governança global, assim como o interesse do Brasil neste tema, através da análise da perspectiva da Confederação Nacional da Indústria (CNI). Através de pesquisa bibliográfica e de dados oficiais do governo brasileiro, da OCDE e da CNI, a conclusão é que a OCDE tem se reformulado para garantir sua legitimidade como agente de governança global e que o interesse atual do Brasil no estreitamento do relacionamento com essa Organização tem tido na CNI um importante empreendedor político, uma vez que esta última é uma instituição que agrega e representa os interesses dos principais agentes econômicos do país.

Palavras-chave: OCDE. Governança global. Brasil. CNI.

Abstract: The aim of this paper is to introduce introductory notions of the role of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in global governance, as well Brazil's interest in the topic, by analyzing the perspective of the National Confederation of Industry (CNI). Through bibliographic research and official data from the Brazilian government, OECD and CNI, the conclusion is that the OECD has been reformulated to ensure its legitimacy as

¹ Procuradora da Fazenda Nacional desde 2009. Mestranda em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Administração Pública pela mesma instituição (2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006).

a global governance agent and that Brazil's current interest in strengthening its relationship with this Organization CNI has had an important political entrepreneur, since it is an institution that aggregates and represents the interests of the main economic agents of the country.

Keywords: *OECD. Global governance. Brazil. CNI.*

Data da submissão: 2 de dezembro de 2018.

Introdução

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem se destacado como importante agente na governança global. Composta atualmente por 36 países membros, tem como missão promover políticas que melhorem o bem-estar social e econômico das pessoas ao redor do mundo através do fomento e viabilização de “políticas melhores para vidas melhores” (OCDE, 2018a).

O presente artigo surge da seguinte questão: qual a relação entre OCDE e governança global e sua influência no Brasil?

A pesquisa se justifica em razão da necessidade de se compreender e fundamentar o papel da OCDE e sua relevância no cenário mundial, a fim de que se possa entender sua influência sobre o Brasil, decorrente de um envolvimento que se observa desde os anos 1990, e que tem se estreitado ao longo dos anos. O artigo também dá noções introdutórias do interesse da Confederação Nacional da Indústria (CNI) nessa aproximação entre Brasil e OCDE.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento de dados sobre a OCDE, sua relação com o Brasil e o interesse da CNI nesse relacionamento. Assim, a pesquisa teve caráter exploratório, resultando num texto eminentemente descritivo.

O artigo está delimitado, portanto, a uma análise introdutória sobre o assunto, que é vasto e está em constante atualização. O texto não abordará a estrutura organizacional da OCDE, nem discorrerá sobre seus instrumentos de atuação. O estudo também não se trata de defesa dos interesses da CNI no assunto, apenas menciona o seu posicionamento em razão do

poderio econômico que essa confederação representa no país. Compete ainda esclarecer que o trabalho não detalhará as ações do Brasil na OCDE, nem pretende fazer análise crítica acerca do relacionamento do país com a organização estudada.

O objetivo geral da pesquisa é, dessa forma, fazer uma breve análise da OCDE na governança global e sua relação com o Brasil, através da perspectiva da CNI. O artigo está estruturado em três seções. Na primeira delas, o objetivo é identificar a OCDE como agente de governança global. Na sequência, aborda-se a relação do Brasil com a OCDE. A terceira parte discorre sobre o interesse da CNI acerca do ingresso do país na Organização analisada. Na parte finalística do artigo são apresentadas as considerações finais, seguida das referências bibliográficas.

1. OCDE e governança global

Problemas globais exigem enfrentamento coletivo e multilateral, não sendo suficientes apenas os esforços estatais. Muitos agentes são necessários para garantir a tutela dos interesses globais, contribuindo com informações técnicas, cobrando e exigindo medidas efetivas por meio de um processo de legitimação voluntária da sociedade (FARIAS; REI, 2016).

O processo de tomada de decisões num ambiente de interdependência global deve ser conduzido com ampla participação de vários atores internacionais e, frequentemente, transcende as fronteiras nacionais. Para isso, faz-se necessária a habilidade de fomentar e administrar um ambiente de cooperação em uma arena política global, onde se deve levar em consideração as diferenças em competitividade, os valores e as expectativas daqueles envolvidos nas negociações (DAILBERT; PERES, 2014).

Nesse contexto, a governança pode ser definida como meio e processo para administrar problemas de forma ampliada, porque permite a participação de Estados e setores privados sem, contudo, precisar recorrer à adoção de medidas coercitivas, porquanto se assenta e se desenvolve pela cooperação. Trata-se, portanto, da consecução de objetivos comuns, com atribuição de responsabilidades formalmente prescritas, ou mecanismos informais estabelecidos através de outros canais de articulação, não necessariamente governamentais, que conduzem os participantes a condutas determinadas e esperadas pelo grupo (FARIAS; REI, 2016).

É assim que governança global pode ser explicada como mecanismo facilitador da cooperação entre atores internacionais. E o surgimento de organizações após a Segunda Guerra Mundial é uma das facetas do fenômeno da referida governança global. A preocupação em se construir um sistema multilateral de cooperação que perdurasse no longo prazo e fosse capaz de fomentar a manutenção da paz e da segurança mundial, ao mesmo tempo em que auxiliasse na manutenção da estabilidade econômica, renovaram a necessidade de se estabelecerem políticas globalmente coesas relacionadas com uma grande variedade de temas, incentivando a participação de atores em vários níveis (DAILBERT; PERES, 2014).

A OCDE se encaixa perfeitamente nesse contexto. A extensão do número de países que a compõem, sua estrutura e seu escopo cada vez mais ampliado caracterizam-na como agente estratégico no sistema de governança global.

A OCDE é instituição intergovernamental composta, atualmente, por 36 países membros, e tem como missão promover políticas que melhorem o bem-estar social e econômico das pessoas ao redor do mundo. É organização por meio da qual os governos podem trabalhar juntos para compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns, buscando entender o que impulsiona as mudanças econômicas, sociais e ambientais (OCDE, 2018a).

A organização pode ainda ser caracterizada como uma rede global de *network* de políticas públicas, cujo principal objetivo é promover “políticas melhores para vidas melhores”, com foco na melhoria da governança global por meio da promoção do diálogo, da identificação de boas práticas internacionais e de solução para problemas comuns nas mais diversas áreas de políticas públicas (Brasil, 2018a).

Os membros da OCDE, conforme pesquisa até novembro de 2018, são 36 países: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suécia, Suíça e Turquia.

Fora esses países, a União Europeia faz parte da OCDE, através da Comissão Europeia, mas não é membro, embora possa participar ativamente de várias áreas, o bloco europeu não tem direito a voto e nem é obrigado a se submeter oficialmente aos instrumentos legais exigidos pelo Conselho da Organização (OCDE, 2018b).

A Colômbia é o membro mais recente, tendo sido aceito em maio de 2018, mas ainda está concluindo trâmites internos para sua efetivação (OCDE, 2018c).

A OCDE surgiu com a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), formada por 16 países europeus, e então criada para auxiliar a execução do *European Recovery Program* (ERP), proposto pelos Estados Unidos, conhecido como Plano Marshall, que visava à recuperação dos países europeus no período pós 2ª Guerra Mundial (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Em 1961, a OECE transformou-se na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao incluir Canadá e Estados Unidos como membros plenos, e ampliar seu escopo para promover políticas para alcançar elevado crescimento econômico, do emprego e do nível de vida, com estabilidade financeira, de membros e não membros, e a expansão do comércio internacional (COZENDEY, 2017).

A OCDE foi, por muito tempo, o “clube dos ricos”, por ser composta, originalmente, apenas por países considerados desenvolvidos – Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia (OCDE, 2002).

A expansão do número de países membros da OCDE é a demonstração do esforço que a organização empreende no sentido de se adaptar às mudanças no cenário internacional, para garantir sua legitimidade de atuação na governança econômica mundial (GODINHO, 2018).

A ampliação dos membros da OCDE ocorreu em três fases: acesso apenas de países considerados desenvolvidos: Japão (1964), Finlândia (1969), Austrália (1971), Nova Zelândia (1973); acesso de países do Leste Europeu: República Tcheca (1995), Hungria (1996), Polônia (1996) e Eslováquia (2000); acesso de países de relevância para equilíbrio regional mínimo: México (1994) e Coreia do Sul (1996) (COZENDEY, 2017).

As acessões que se seguiram foram reflexo do reconhecimento da nova configuração do cenário político econômico, com o crescimento da importância da economia de países em desenvolvimento, e a necessidade de a OCDE adequar sua arquitetura de governança global às mudanças de realinhamento da economia mundial.

Deste modo, a terceira fase dos processos de acesso teve o objetivo de contribuir para que a OCDE se tornasse um organismo cada vez mais

global e diversificado, tanto no tocante à maior diversidade geográfica, quanto a maior diversidade no perfil socioeconômico dos membros da Organização, num contraponto à imagem tradicional de “clube dos ricos” (GODINHO, 2018).

Importante esclarecer o porquê do uso do termo “acessão”, e não “adesão”, quando da tradução do termo em inglês “*accession*”. Destaca-se que *acessão* traduz melhor a ideia de que o ato de ingressar na OCDE envolve negociação entre o país candidato e os países membros. Adesão seria mais adequado para casos em que se trata de ato unilateral, bastando mera decisão do país interessado em integrar o grupo. No entanto, no caso da OCDE, não se trata de simples adesão, mas de resultado de um rigoroso processo de análise do país candidato pelos países membros, que precisam ser convencidos de que as políticas do país candidato estão coerentes com os instrumentos da Organização (COZENDEY, 2017; OCDE, 2018d).

A OCDE tem focado seus esforços na promoção de um mandato ampliado e com escopos cada vez mais globais (FERNANDES, 2017), a fim de aumentar sua influência na governança global, com protagonismo em países do mundo todo, e não apenas em seus países membros.

Por isso, a partir de 2004, a Organização desenvolveu um processo de reflexão interna, que culminou no chamado Relatório Noboru (COZENDEY, 2017), e, em 2007, promoveu um programa de engajamento ampliado com países chamados “parceiros-chave”, porém sem incluí-los como membros, quais sejam, Brasil, Índia, Indonésia, China e África do Sul (OCDE, 2018b).

Além desses, a OCDE tem relação direta com centenas de outros países não membros. Atualmente, 137 países não membros são partes aderentes e/ou ratificantes de diversos instrumentos da Organização (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

A Secretaria de Relações Globais é o órgão da OCDE responsável pelas estratégias de relações globais com países não-membros. Nesse contexto, estão os mais de quinze Fóruns Globais, criados para tratar de questões transfronteiriças. As iniciativas regionais ligadas a esses fóruns abrangem a Europa, o Cáucaso e a Ásia Central; a Ásia; a América Latina; o Oriente Médio e o Norte da África; o Clube do Sahel e África Ocidental. Portanto, a relevância do trabalho da OCDE nessas questões depende do diálogo intenso sobre políticas com países não-membros (OCDE, 2018b).

Acerca do relacionamento com a União Europeia (UE), não prevaleceu o argumento de presunção de adequação aos padrões da OCDE pelo fato

de já comporem a UE (COZENDEY, 2017). Por isso, em pesquisa realizada em novembro 2018 junto aos países que integram a UE, cinco ainda não são membros da OCDE: Bulgária, Croácia e Romênia (que já requereram ingresso por acesso, ainda pendente de análise); Chipre e Malta.

Não obstante isso, a representatividade da Europa enquanto grupo é forte na OCDE desde a sua criação, com a garantia da participação da Comissão Europeia em razão do Protocolo Suplementar nº 1 à Convenção da OCDE, de 14 de dezembro de 1960 (OCDE, 2018b). Isto significa, que a UE possui representação na OCDE, através da Comissão Europeia, na condição de “quase membro” (WOODWARD, 2009 *apud* THORSTENSEN; GULLO, 2018), com poder de voz, mas sem poder de voto, conforme explicitado anteriormente.

Além disso, há uma iniciativa conjunta específica entre OCDE e UE, o *Support for Improvement in Governance and Management* (SIGMA), cujo objetivo é melhorar a governança pública e a gestão nos Países Candidatos à União Europeia, Potenciais Candidatos e Parceiros da Política Europeia de Vizinhança (OCDE, 2018b).

Com relação à Rússia, esse país teve o processo do seu pedido de acesso suspenso por prazo indefinido em razão dos conflitos com a Ucrânia (GODINHO, 2018).

Especificamente com relação à América Latina, o engajamento da OCDE tem se ampliado exponencialmente. Até novembro de 2018, formalmente, a Organização contava com: a) dois países membros: México (1994) e Chile (2010); b) dois países em processo de acesso: Colômbia e Costa Rica; c) um país parceiro-chave que compõe o G20: Brasil; d) um programa-país: Peru; e, e) um país que compõe G20: Argentina (RAMOS, 2016). Esses três últimos fizeram pedido de acesso, cujas análises ainda não foram iniciadas.

Todos esses dados indicam que, ao longo do tempo, a OCDE foi deixando de ser composta apenas por países ricos e espaço de articulação dos países desenvolvidos, para ser organização intergovernamental, voltada para a agenda de desenvolvimento e crescimento dos países membros e países não-membros, ampliando, ainda mais, sua relevância na governança global (COZENDEY, 2017; THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Atualmente, a OCDE passa por nova reflexão sobre a conveniência e oportunidade de ampliar ainda mais o seu rol de membros. Em 2017, emitiu o documento *Framework for the Consideration of Prospective Members*, destinado

a fornecer os critérios e informações que devem ser considerados para o processo de acessão de um novo país membro.

O *Framework* serve tanto de guia ao país interessado, para que faça uma autoanálise de suas condições, quanto aos membros, no momento da tomada de decisão pelo Conselho sobre aceitar ou não o início de um novo processo de acessão (OECD, 2017 *apud* THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Além do alargamento do rol de membros e estreitamento de relações com países não-membros, a OCDE tem múltiplas relações com outras organizações e instituições internacionais. Sob uma perspectiva estratégica, o estabelecimento de parcerias com outros organismos também abre novas possibilidades de exposição de países não membros ao trabalho realizado pela OCDE (GODINHO, 2018).

Alguns dos organismos com os quais a OCDE se relaciona são: Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), Organização Mundial da Saúde (OMS), Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial, Agência Internacional de Energia Atômica, muitos outros órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), Banco de Desenvolvimento Asiático (ADB), Banco de Investimento Europeu, Banco Interamericano de Desenvolvimento (AIDB), Banco Africano de Desenvolvimento, dentre outros (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Um exemplo interessante da interface que a OCDE estabelece com outros importantes atores da governança global é o seu relacionamento com grupo de países do G20 (OCDE, 2018b). Sua atuação tem sido considerada como de “secretariado informal do G20” (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Isso porque a OCDE tem se integrado de diversas formas na agenda de trabalho do G20, como na coordenação de políticas macroeconômicas, desenvolvimento, cooperação tributária, trabalho, investimento, comércio e combate à corrupção, dentre outros. Além disso, todas as presidências do G20, no período de 2008 a 2015, foram de países membros da OCDE, ou de país em processo de acessão, como a Rússia, em 2013 (GODINHO, 2018).

Não só o relacionamento da OCDE com dezenas de países e organizações tem se tornado cada vez mais global e estratégico ao longo dos anos, como também o escopo temático da Organização tem se expandido, para envolver temas de políticas públicas em geral, que vão muito além dos temas de política econômica original.

Marca importante da OCDE tem sido a sua flexibilidade para enfrentar novos temas, o que faz com que possua uma dimensão *think tank*, que a

capacita antecipar tendências e enfrentar problemas que ainda estão em desenvolvimento (FERNANDES, 2017).

Dessa forma, a OCDE tem tratado de temas de políticas públicas em geral, tais como: agricultura; anticorrupção; químicos; concorrência; políticas de consumo; governança corporativa; assistência ao desenvolvimento; economia digital; educação; emprego, trabalho e assuntos sociais; meio ambiente; créditos à exportação; mercados financeiros; assuntos tributários; crescimento verde; saúde; crescimento inclusivo; seguros e previdência privada; investimento estrangeiro e multinacionais; investimentos; transporte marítimo; energia nuclear; governança pública; política de desenvolvimento regional; política regulatória; políticas científica e tecnológica; construção naval; pequenas e médias empresas; estatísticas e política estatística; aço; turismo; comércio; resíduos; dentre outros (OCDE, 2018 *apud* THORSTENSEN; GULLO, 2018; COZENDEY, 2017).

O papel estratégico da OCDE na governança global também pode ser identificado através de suas principais funções, que podem ser, resumidamente, compiladas em cinco (COZENDEY, 2017):

- 1) ser espaço de apoio à formulação e condução de políticas públicas, através das trocas de experiências entre formuladores de políticas públicas nos diferentes comitês e grupos de trabalho, com o apoio da atividade de pesquisa do secretariado;
- 2) ser espaço qualificado para a apresentação das políticas nacionais e para submetê-las à apreciação dos demais membros e do Secretariado, dando-lhes divulgação e sujeitando-as à crítica dos pares;
- 3) ser espaço de negociação de padrões ou de patamares de comportamento, através de instrumentos legais que consolidam o que for identificado como as melhores práticas no campo em questão;
- 4) ser espaço para discussão de temas da agenda internacional, notadamente da agenda internacional econômica. Quase sempre pioneiras, as discussões na OCDE acabam atuando na definição de agenda em outros foros internacionais de discussão;
- 5) ser foro não negociador para discussões sobre temas com negociações em curso em outros foros.

Diante de tais funções, a OCDE funciona, predominantemente, como um fórum de consultas e trocas de informações e experiências entre seus

membros, não membros e demais organizações com quem se relaciona, em prol da promoção da cooperação, desenvolvimento, crescimento e bem-estar social, por meio da uniformização e aperfeiçoamento de políticas públicas e regulação em temas de interesse comum (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

A OCDE não possui, em sua estrutura, órgão de solução de controvérsias para resolução de demandas, nem aplica sanções pelo não cumprimento de suas recomendações, decisões e acordos.

Por essa razão, o sistema de revisões pelos pares (*peers reviews*) é o principal meio utilizado pela Organização para incentivar a implementação de seus instrumentos legais. Servindo como forma de “pressão moral” ou “pressão pelos pares”, as revisões pelos pares são o exame do desempenho ou práticas de cada país, em determinada área, realizado por outros países (seus “pares”), como uma forma de vigilância multilateral (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Dada a importância econômica dos seus membros e da influência abrangente da OCDE, muitos de seus padrões têm sido reconhecidos como universais, o que demonstra o seu protagonismo na governança global.

Ilustrativamente, ressalta-se a adesão *in loco* de 150 países, incluindo todos os países do G20, ao Foro Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias da OCDE. Tal adesão interfere diretamente em todos os países, mesmo não membros, e requer revisão de práticas por todos os centros financeiros, inclusive dos chamados paraísos fiscais, que cresceram pautados no segredo bancário, sob pena de verem prejudicado seu fluxo de transações com as principais economias mundiais (CONZENDEY, 2017; BRASIL, 2018b).

Ante o exposto, pode-se qualificar a OCDE como organização de crescente e estratégica influência na governança global. Diante disso, importante conhecer a relação do Brasil com a OCDE, tema do próximo tópico.

2. Relação do Brasil com a OCDE

O Brasil formulou o pedido de ingresso como membro da OCDE durante o governo do Presidente da República Michel Temer, através de carta enviada em 29 maio de 2017, para o então Secretário Geral da OCDE, Angel Gurría,

e assinada pelos Ministros das Relações Exteriores e da Fazenda à época, Aluysio Nunes e Henrique Meirelles, respectivamente.

Nesse documento, foi destacado que, desde 1994, o relacionamento do Brasil com a OCDE vem se aprofundando em diversas áreas, sendo o ingresso como membro considerado pelo país não só como um próximo passo natural nessa cooperação, mas também como uma ferramenta para as reformas que o Brasil tem atualmente sustentado, dentro da estratégia do governo brasileiro de consolidar o caminho para o desenvolvimento sustentável e inclusivo (BRASIL, 2018c).

Considerando um breve histórico do relacionamento do Brasil com a OCDE, observa-se que o início se deu através do ingresso do país como membro pleno do Comitê do Aço (1994) e membro do Centro de Desenvolvimento da Organização (1994). Na década de 1990, também sediou seminários da OCDE sobre privatização (1994), investimentos estrangeiros (1996 e 1997), avaliação de preços de transferência para a administração tributária (1996 e 1998) e políticas de concorrência (1997). E foi objeto de um programa específico de cooperação a partir de 1998.

Em 2000, o país assinou a Convenção da OCDE de Combate à Corrupção de Autoridades Estrangeiras. No ano de 2003, foi instituído o Ponto de Contato Nacional (PCN) brasileiro para atendimento da exigência contida nas *guidelines* da OCDE para as Empresas Multinacionais, anexas à Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, da qual o país aderiu em 1997, quando passou a participar do Comitê de Investimento Internacional e das Empresas Multinacionais da Organização.

A partir de 2012, tornou-se “parceiro-chave”, juntamente com China, Índia, Indonésia e África do Sul. Em 2017, foi assinado Acordo de sede para o estabelecimento de um escritório da OCDE no Brasil. Em 30 de junho de 2017, o Brasil fez o pedido de acessão à OCDE (COZENDEY, 2017; BRASIL, 2018a; THORSTENSEN; GULLO, 2018; GODINHO, 2018).

Atualmente, o Brasil atua na vice-presidência de dois Conselhos de Administração da OCDE: no Centro de Desenvolvimento e no Programa para Avaliação Internacional de Estudantes. Participa como membro ou associado, participante ou observador em quase oitenta organismos, projetos e atividades relacionadas à OCDE. E, desde 2001, há um espaço no *site* da Organização especialmente dedicado ao Brasil (THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Adicionalmente, registra-se que o Brasil é o país não-membro que mais participa de instâncias e projetos, além de ter aderido ao maior número de instrumentos legais da OCDE. Esses dados estão em constante atualização, justamente em razão da retomada do interesse do Brasil em alinhar suas estratégias com as da OCDE, a fim de acelerar o seu processo de acesso.

Informações do *site* da Casa Civil da Presidência da República, atualizadas em novembro de 2018, registram que o país já havia aderido a 65 instrumentos e que aguardava resposta à solicitação de adesão a outros 70 instrumentos, incluindo o Código de Liberalização do Movimento de Capitais (BRASIL, 2018a; COZENDEY, 2017; THORSTENSEN; GULLO, 2018).

As principais áreas de adesão do Brasil a instrumentos da OCDE foram, até aqui: investimentos internacionais e empresas multinacionais; investimentos; competição; assuntos fiscais; anticorrupção. No tocante a essa última área, o país aderiu a todos os seis instrumentos da Organização.

Por outro lado, o Brasil ainda não aderiu a nenhum instrumento da OCDE relativo a meio ambiente; política econômica digital; política de defesa do consumidor; governança pública e energia nuclear. Em químicos, o país aderiu apenas a dois instrumentos de um total de dezenove. E, ainda em maio de 2017, portanto, antes do pedido de acesso, o país aderiu aos Códigos de Liberalização de Movimento de Capitais e de Liberalização de Operações Invisíveis Correntes, que são documentos obrigatórios para todos os membros da OCDE (CNI, 2018a).

O Brasil já participou de revisões por pares (*peer reviews*) em relação a diversas temáticas, algumas das quais constituem Estudos Econômicos da OCDE sobre o Brasil, com edições em 2007, 2009, 2011, 2013, 2015 e, o mais recente, em fevereiro de 2018. Há, ainda, outras avaliações da Organização que contemplaram políticas brasileiras em áreas como reforma regulatória (2009), gestão de recursos humanos na administração pública (2009), integridade no setor público (2010), concorrência (2010), supervisão das contas públicas (2012), desenvolvimento territorial (2013), emprego jovem (2013), governança da água no país (2015), meio ambiente (2015), dentre outras (GODINHO, 2018).

A OCDE tem orçamento próprio, financiado por seus membros, e o cálculo da contribuição é proporcional ao tamanho relativo da economia de cada membro. O Brasil já faz contribuições financeiras por sua participação em diversas atividades, que aumentarão caso venha se tornar membro.

No exercício de 2016, o montante anual das contribuições brasileiras à OCDE foi equivalente a 802 mil euros. Baseado nos dados do Banco Central com relação ao Produto Interno Bruto (PIB), estima-se que a contribuição do Brasil ao orçamento da OCDE, caso se torne membro, corresponderá a uma porcentagem média entre 3,5 e 4%, ou seja, o equivalente a cerca de 15 milhões de euros (GODINHO, 2018; THORSTENSEN; GULLO, 2018).

Há críticas e questionamentos acerca da conveniência do ingresso do país na OCDE, decorrentes do cenário político brasileiro e internacional, dos gastos com manutenção de estrutura burocrática e com os aportes ao orçamento da Organização, dos impactos na relação com outros países e grupos, das vantagens concretas em ser membro pleno se o país já possui intensa participação na Organização (FREITAS, 2017).

Também é possível notar críticas quanto à eventual mudança ideológica na política externa, com implicações em alianças com países em desenvolvimento e com a liderança do Brasil entre eles, reunidos no chamado grupo G77, que engloba países pobres e em desenvolvimento mais a China (FERNANDES, 2017).

Contudo, a pauta predominante da mídia e das publicações nacionais tem como foco as vantagens do ingresso do Brasil na OCDE, enquanto ferramenta para promoção do fortalecimento do desenvolvimento nacional, aumento da produtividade, qualificação da força de trabalho, eficiência do dispêndio público, inovação tecnológica e inserção dinâmica na economia internacional (GODINHO, 2018).

Uma das principais interessadas na acessão do país na OCDE é a Confederação Nacional da Indústria (CNI).

A CNI é um dos atores mais influentes no Brasil em razão do seu poderio econômico. Com efeito, a CNI se autodenomina “empreendedor político”, legitimando a si mesma para pautar uma agenda comum de múltiplos setores industriais, incorporando e representando demandas desses setores.

Há outras instituições que representam fortes grupos econômicos no país, como Confederação Nacional da Agricultura (CNA) e Confederação Nacional do Comércio (CNC). Entretanto, a CNI se sobressai em relação a estes últimos e é a principal representante de grupos de interesses econômicos no Brasil (SANTOS, 2018).

Baseado nessas asserções, importa que este trabalho apresente e problematize a posição favorável da CNI acerca do ingresso do Brasil na OCDE. A seção seguinte explicita e detalha tal interesse.

3. Interesse da CNI acerca do Brasil como membro da OCDE

Uma das maiores interessadas no ingresso do Brasil como membro da OCDE é a CNI, que considera a acessão do país como uma oportunidade de apoio externo para que sejam realizadas reformas de interesse do setor industrial brasileiro, especialmente no regime tributário (CNI, 2018a).

O relacionamento do Brasil na OCDE é de interesse direto da CNI, que busca protagonismo nesse processo para garantir sua maior participação e influência. Nesse contexto, a CNI tem orquestrado ações que visam a estabelecer contatos permanentes com órgãos governamentais, explicitando sua posição proativa de liderar esse processo. A Confederação também tem promovido e participado de *workshops* e eventos institucionais, além de adotar um posicionamento público por meio de artigos e cartas de apoio a acessão do Brasil à OCDE (BIASUTTI, 2018).

A CNI tem realizado um trabalho de inclusão do pleito brasileiro junto a OCDE nos programas de trabalho dos Conselhos Empresariais bilaterais, além de mapear as necessidades de adaptação da legislação brasileira considerando as prioridades e impactos para a indústria da acessão do Brasil à OCDE, relacionando as áreas temáticas da Organização com as agendas de temas da própria CNI (BIASUTTI, 2018).

Com efeito, a CNI participa do processo de engajamento do Brasil na OCDE desde 2008, como único representante do país no Comitê Consultivo Empresarial e Industrial – *Business Industry Advisory Committee* (BIAC) (BIAC, 2018).

O BIAC é instituição independente, ligada à OCDE, desenvolvida para permitir a participação estruturada de empresários no processo de formação de políticas públicas da Organização. As áreas de maior interesse da CNI no BIAC são tributação, recursos naturais, crédito às exportações, inovação e mudança de clima (FERNANDES, 2017).

O ingresso do Brasil como membro da OCDE foi incluído no Mapa Estratégico da Indústria 2018-2022, tendo a CNI apontado sete razões para apoiar o acesso do Brasil à OCDE (CNI, 2018a):

- 1) o aprofundamento da reforma do Estado brasileiro, com vistas a aumentar a eficiência, transparência e *accountability* dos diversos órgãos que o compõem;

- 2) o aumento no grau de estabilidade e previsibilidade do quadro regulatório brasileiro;
- 3) o apoio externo a reformas defendidas pela indústria brasileira, como alterações no regime tributário;
- 4) o aumento da capacidade de influência internacional do Brasil, que, como membro pleno, poderá “pesar” nos debates e deliberações dos diferentes comitês da OCDE;
- 5) a oportunidade de influenciar na construção do consenso em torno de regras que passarão a influenciar o ambiente de negócios, especialmente em razão da grande influência da OCDE na agenda dos países do G20, e de instituições internacionais como OMC e OMS;
- 6) a oportunidade para troca de experiências, aprendizado e avaliação de políticas durante os processos de *peer review*, contribuindo para a absorção de boas práticas internacionais e apoio à implementação de políticas;
- 7) os ganhos de *status* e os benefícios associados à avaliação externa sobre o país e seu comprometimento com políticas transparentes e boas práticas internacionais, contribuindo para a redução do custo de financiamento externo e para a atração de investimentos estrangeiros diretos.

Segundo a CNI, é na área tributária que se concentram as maiores dificuldades de convergência do Brasil com os instrumentos da OCDE (FERNANDES, 2017).

Um interesse estratégico para a CNI é a participação ativa do Brasil na concretização do Plano de Ação para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros – *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS).

O plano BEPS foi instituído pela OCDE e pelo G20 em 2013, e visa a propor medidas de combate à evasão e à elisão fiscal. Atualmente, mais de uma centena de países estão envolvidos com o BEPS (OCDE, 2018e).

Com seu apoio às atividades relacionadas ao BEPS, a OCDE tem buscado afirmar-se como foro central de coordenação e cooperação internacional em matéria tributária (GODINHO, 2018).

O Brasil aderiu à declaração sobre o BEPS em 2013 e foi eleito, juntamente com China, Índia e África do Sul, para integrar a agência do Comitê de

Assuntos Fiscais da OCDE, em suas atividades de supervisão do projeto BEPS (GODINHO, 2018).

Desde o início das discussões a respeito do BEPS, a CNI montou uma estratégia voltada para quatro focos principais: sensibilizar as empresas sobre a importância do plano; reforçar a participação da Receita Federal do Brasil no BEPS; contribuir para o processo de construção do BEPS e identificar as disfunções brasileiras e as respectivas necessidades de correção (FERNANDES, 2017).

Uma das consequências do plano BEPS, conforme assevera a CNI, é a de que vários países estariam reformando suas legislações internas para continuar atraindo investimentos estrangeiros diretos. E, por conseguinte, se o Brasil não for nessa mesma direção, terá dificuldades de continuar atraindo esses investimentos, em razão do possível êxodo de empresas que operam no país, refletindo e penalizando as empresas brasileiras que têm investimentos produtivos no exterior (CNI, 2018a).

É exatamente nessa área ligada ao BEPS que a CNI tem mais investido seu poder de pressão, para que o Brasil participe ativamente na elaboração e harmonização aos padrões de tributação internacional da OCDE.

O objetivo do plano BEPS é reduzir as estratégias de planejamento fiscal que mudam artificialmente os lucros a partir da localização econômica das empresas. Isto significa que o plano visa evitar que as empresas multinacionais causem a erosão da base de cálculo – em outras palavras, a redução do lucro tributável – em um determinado país, mediante o uso de estruturas fiscais que façam com que os lucros sejam direcionados para jurisdições de menor pressão fiscal. Baseia-se na premissa da instituição de uma tributação mundial, que facilite a eficácia do livre comércio no mundo e evite a saída de recursos financeiros de forma ilegal (NUNES; HALIK; PRIETO, 2017).

O plano BEPS sugere 15 ações, que objetivam equipar os governos com instrumentos nacionais e internacionais para tratar da elisão fiscal, assegurando que os lucros sejam tributados onde as atividades econômicas que geram os lucros são realizadas e onde o valor é criado (OCDE, 2018f).

Em síntese, as ações do BEPS tentam coibir condutas fiscais prejudiciais que, com a facilidade e velocidade de fluxo de recursos geradas pela globalização, permitiram que multinacionais elegeassem jurisdições com tributação mínima ou nula para alocar grande contingente de suas receitas (GOUVÊA MÉLO; PIMENTEL, 2017).

Portanto, são objetivos das ações do BEPS: coibir artificialidade de instrumentos híbridos; tributação de sociedades controladas no exterior; limitação da erosão da base de cálculo dos tributos; coibição de práticas tributárias danosas; prevenção do uso abusivo de tratados; prevenção da utilização do conceito de estabelecimento permanente de forma artificial; preço de transferência e criação de valor em relação a intangíveis, riscos e capital, outras operações de alto risco e revisão de documentação sobre o assunto; transparência de planejamentos tributários agressivos; resolução de conflitos; desenvolvimento de instrumentos multilaterais (NUNES; HALIK; PRIETO, 2017).

A maioria das medidas propostas pelo BEPS ainda não é dotada de normatividade e precisa ser introduzida nos ordenamentos de cada país para gozarem de autoexecutoriedade (GOUVÊA MÉLO; PIMENTEL, 2017).

A CNI tem enfatizado a importância estratégica de atuação nesse momento do processo de acesso do Brasil na OCDE, porque é nessa fase em que os países são pressionados a fazer concessões e adequações em conformidade com as orientações daquela Organização (CNI, 2018a). Entretanto, ressalta que participar da OCDE possibilitará ao Brasil participar da formulação do consenso em torno das regras que influenciarão o ambiente de negócios em todo o mundo (FERNANDES, 2017).

Conforme a exposição detalhada que se apresentou acima, é perfeitamente possível verificar que a Confederação Nacional da Indústria tem grande interesse no ingresso do Brasil na OCDE. Os assuntos ligados à tributação, especialmente os que concernem ao plano BEPS, são aqueles que mais lhes interessam, sobretudo pela possibilidade de maior integração na economia global (FERNANDES, 2017).

Considerações finais

O artigo se propôs a ser uma análise introdutória do papel da OCDE na governança global e sua relação com o Brasil, incluindo a perspectiva do interesse da CNI nessa relação.

Foi identificado que a OCDE é uma organização intergovernamental de crescente e estratégica influência na governança global e que, por isso mesmo, é importante conhecê-la e identificar suas relações com o Brasil.

O artigo demonstrou que, criada originalmente como “clube dos ricos”, no período pós Segunda Guerra Mundial, em 1960, a OCDE tem, ao longo dos anos, ampliado sua influência no mundo através do aumento do número de países membros e por meio do relacionamento mais estreito com diversos países não-membros e outras organizações internacionais, além de promover uma ampliação do escopo de suas atividades. Adequando-se aos novos cenários internacionais, a OCDE tem se reformulado e se adaptado a fim de garantir sua legitimidade de atuação como agente de governança global.

O relacionamento da OCDE com o Brasil também tem se estreitado ao longo dos anos, desde o seu início, em meados de 1990. Em 2017, o Brasil requereu formalmente pedido de acessão como membro da Organização, processo esse que depende da concordância da unanimidade dos países membros, após um longo período de análises e negociações, que impactam diretamente na implementação, avaliação e mudanças de políticas públicas no país.

Nota-se que o relacionamento da OCDE com o Brasil tem sido encarado como oportunidade de apoio a políticas públicas e reformas domésticas, projeção internacional de políticas brasileiras e atuação na negociação de determinados padrões internacionais e no debate sobre tópicos da agenda internacional (GODINHO, 2018).

O trabalho demonstrou que a CNI possui grande interesse no maior envolvimento do Brasil junto à OCDE.

Os assuntos de maior interesse da Confederação são aqueles que envolvem tributação de empresas multinacionais, especialmente os temas relacionados ao plano BEPS, que surge com o objetivo de evitar erosão da base de cálculo dos tributos, através da harmonização das regras tributárias mundiais.

Considerando a amplitude de atuação da OCDE, sugerem-se pesquisas mais aprofundadas sobre os assuntos aqui abordados. Desta forma, pesquisas futuras poderão discorrer com mais profundidade, por exemplo, sobre a estrutura da OCDE e como, apesar de não possuir sanções e órgãos de solução de controvérsias, seus instrumentos normativos têm cada vez mais sido utilizados como padrões internacionais de políticas públicas.

Outras possibilidades analíticas contemplam uma investigação aprofundada das relações que a OCDE mantém com outros organismos intergovernamentais, como G20 e OMC, por exemplo. Também é plausível o estudo da legitimidade da OCDE como indutora de implementação e

reformas de políticas públicas nos países em geral, mas especialmente naqueles que não são membros. Nessa linha, pesquisas futuras poderão analisar o desenvolvimento do plano BEPS ao redor do mundo e, especificamente, no Brasil.

O trabalho pretendeu, portanto, lançar luz sobre a OCDE no cenário de governança global que a mesma está inserida, assim como evidenciar sua relação com o Brasil. O enfoque dado aqui permitiu descortinar uma fértil agenda de pesquisa, que à medida que for levada a cabo possibilitará uma melhor compreensão dos organismos intergovernamentais e de suas interfaces com o Brasil.

Referências

- BRASIL. *Sobre a OCDE*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/sobre-a-ocde/sobre-ocde>>. Acesso em: 20 nov. 2018a.
- _____. *Transparência nas operações financeiras internacionais com vistas ao combate à evasão fiscal*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>>. Acesso em: 28 nov. 2018b.
- _____. *Carta brasileira de pedido de acesso à OCDE*. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/brasil-na-ocde/pedido-de-acessao/carta-brasileira-de-pedido-de-acessao-a-ocde.pdf/view>>. Acesso em: 20 nov. 2018c.
- BUSINESS INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE. *Our members*. Disponível em: <<http://biac.org/our-members/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *O Brasil na OCDE: um caminho natural*. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2018/7/propostas-da-industria-para-eleicoes-2018/#o-brasil-na-ocde-um-caminho-natural%20>>. Acesso em: 20 nov. 2018a.
- _____. *Seminário e Workshop: “Preços de transferência: o padrão da OCDE e a abordagem brasileira”*. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/eventos/seminario-precos-de-transferencia-o-padrao-da-ocde-e-a-abordagem-brasileira/>>. Acesso em: 28 nov. 2018b.
- BIASUTTI, Constanza Negri. *A OECD e o acesso do Brasil*. Disponível em: <<http://jp.camaradojapao.org.br/upload/files/CNI%20A%20OCDE%20e%20o%20acesso%20do%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

- COZENDEY, Carlos Márcio. O pedido de acessão do Brasil à OCDE: aceder a quê? Aceder por quê? *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. Rio de Janeiro, Brasil, n. 132, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE132_CarlosMCozendey.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- DIABERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, Brasil, v. 12, n. 2, p. 217-238, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3115/pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- FARIAS, Valéria Cristina; REI, Fernando. Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, Brasil, v. 13, n. 1, p. 319-339, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3642>>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- FERNANDES, Daniela. *Os prós e contras de o Brasil entrar na OCDE, o 'clube dos ricos'*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40140913>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- FERNANDES, José Augusto. O Brasil e a OCDE: uma visão sobre o sistema de acesso e o papel da participação empresarial. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. Rio de Janeiro, Brasil, Ano XXXI, n. 123, jul/ago/set. 2017. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE132_JoseAugustoCFernandes.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- FREITAS, Antonio. *Os tropeços no caminho do Brasil rumo à OCDE*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Os-trope%C3%A7os-no-caminho-do-Brasil-rumo-%C3%A0-OCDE>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- GODINHO, Rodrigo de Oliveira. *A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional: perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização*. Brasília: FUNAG, 2018.
- GOUVÊA MÉLO, Luciana Grassano de; PIMENTEL, João Otávio Martins. O Plano de Ação BEPS e as Mudanças de Paradigmas na Tributação. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife, Brasil, v. 88, n. 2, fev. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/12099>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- NUNES, André; HALIK, Aline Roberta; PRIETO, Marina de Freitas. A redução da evasão fiscal com a adoção do BEPS – Base Erosion and Profit Shifting. *Revista Espacios*. Cuenca, Equador, v. 38, n. 23, p. 6-17, 2017. Disponível em:

- <<https://www.revistaespacios.com/a17v38n23/a17v38n23p06.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *About the OECD*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 20 nov. 2018a.
- _____. *Members and partners*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>>. Acesso em: 21 nov. 2018b.
- _____. *OECD countries agree to invite Colombia as 37th member*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/countries/colombia/oecd-countries-agree-to-invite-colombia-as-37th-member.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2018c.
- _____. *Accession to the Organisation*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/legal/accession-process.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2018d.
- _____. *Members of the Inclusive Framework on BEPS*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2018e.
- _____. *BEPS Actions*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2018f.
- _____. *Rumo a um desenvolvimento sustentável: indicadores ambientais*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/2345364.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.
- RAMOS, Gabriela. *OCDE-Brasil – uma cooperação crescente e de mutualmente benéfica*. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/palestras/avulsas/apresentacao_gabrielaramos_abril2017.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- SANTOS, Manoel Leonardo. Interest articulation and lobbying. In: AMES, Barry. (Org.). *Routledge Handbook of Brazilian Politics*. New York: Routledge, 2018, p. 132-158.
- THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. O BRASIL NA OCDE: membro pleno ou mero espectador? *Working Paper Series*. São Paulo, Brasil, mai. de 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23926/TD%20479%20-%20CCGI_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Considerações sobre o direito administrativo global um novo ramo do direito

Considerations on global administrative law a new budget of law

NAIRA PIECZKOSCKI REGIS DE MOURA¹

Resumo: Nesta pesquisa bibliográfica, é apresentada uma visão geral do Direito Administrativo Global, uma vertente recente do Direito que tem atraído o interesse da academia, e são expostas algumas peculiaridades, questões, e desafios deste nascente ramo do Direito. Tem, como referencial teórico, o projeto lançado em 2003 pelos Professores Drs, Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, da Escola de Direito da New York University (NYU), e o trabalho do Professor Dr. Sabino Cassese do Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, em Viterbo. Ao longo deste artigo, são tecidas breves considerações sobre o surgimento e as principais características do Direito Administrativo Global, sem preocupação com classificações ortodoxas. São apresentados também um panorama da ação administrativa global e a delimitação do espaço administrativo global, e observa-se que se qualifica como um espaço administrativo único e multifacetado, distinto dos domínios do direito internacional e do direito administrativo interno. São expostas as fontes do Direito Administrativo Global e algumas das características e peculiaridades dos regimes regulatórios globais. Além disso, são traçados breves comentários sobre quem seriam os sujeitos de direito no âmbito do Direito Administrativo Global. Por fim, são apresentados comentários e questionamentos a respeito deste novo ramo do Direito.

Palavras-Chave: *Direito Administrativo Global (DAG). Globalização. Governança. Regulação. Direito Internacional Público.*

¹ Procuradora da Fazenda Nacional, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Fiscalidade Internacional e Comunitária pela Universidade Castilha-La Mancha, Toledo-Espanha.

Abstract: In this bibliographical research, an overview of Global Administrative Law is presented, and some peculiarities, questions and challenges of this brand new branch of Law are exposed. This article addresses a strand of Law that has attracted the interest of scholars. Its theoretical framework is the project launched in 2003 by Professors PhDs Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart, of the New York University School of Law (NYU), and the work of Professor Dr. Sabino Cassese, of the Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, in Viterbo. Brief considerations are made about the emergence and main features of Global Administrative Law, without concern for orthodox classifications. An overview of global administrative action is presented, as well as a delimitation of the global administrative space, which is characterized as a single and multifaceted administrative space, distinct from the fields of international law and domestic administrative law. Also, the sources of Global Administrative Law, and some of the characteristics and peculiarities of global regulatory regimes are exposed. Besides, brief comments are also made on who would be the subjects of law under Global Administrative Law. Finally, we present considerations and questions about this new branch of law.

Keywords: *Global Administrative Law (GAL). Globalization. Governance. Regulation. International Public Law.*

Data de submissão: 30 de setembro de 2019.

Introdução

Esta pesquisa apresenta considerações sobre o nascente campo do Direito. Considera-se o fato de que escopo do Direito e dos sistemas jurídicos é reforçado pela globalização, afinal esta também é viabilizada através de regras e normas, e as instituições globais têm desempenhado um papel muito importante nesse processo. Em consequência, essas instituições têm atraído o interesse da academia, e diversos estudiosos têm se debruçado no estudo de uma nova vertente do Direito, denominada Direito Administrativo Global (DAG).

A tecnologia, a facilidade de comunicação, a facilidade de deslocamentos têm confrontado o Direito, seja no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Tributário ou do Direito Penal, porque qualquer destes ramos do Direito enfrenta na atualidade a constatação

de que um Estado isolado, um ordenamento jurídico isolado, é incapaz de fazer face ao fato de que os criminosos, aqueles que procuram fugir ao pagamento de impostos, ou mesmo aqueles que têm necessidade de celebrar um contrato público para um empreendimento de dimensão transnacional, não estão adstritos, não estão limitados ao espaço onde estão situadas as fronteiras territoriais, onde têm a sua sede, ou onde têm o seu domicílio. E isto vem revolucionar o Direito Público, em especial o Direito Administrativo.

Para este estudo, tomamos como referencial teórico o projeto lançado em 2003 pelos Professores Drs, Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, da Escola de Direito da New York University (NYU)², e o trabalho do Professor Dr. Sabino Cassese, juiz do Tribunal Constitucional Italiano, professor da Escola Normal Superior de Pisa, e doutor *honoris causa* nas universidades de Aix-en-Provence, Córdoba, Paris, Atenas, Castilla-La Mancha e de Macerata.³ E, ainda, utilizamos por base anotações colhidas em aulas proferidas pelos Profs. Drs. Tiago Fidalgo de Freitas e Miguel Prata Roque durante o curso Governança e Regulação Global, promovido pela Universidade Nova de Lisboa e Escola da Advocacia-Geral da União, em maio de 2018.

Podemos citar dois centros precursores dos debates sobre as propostas do DAG e sua aplicação: o Institute for International Law and Justice, da Faculdade de Direito da NYU (<http://www.iilj.org/gal>); e o Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, em Viterbo (<http://www.irpa.eu/gal-section/>). Em Viterbo, na Itália, há um centro para pesquisadores e acadêmicos do mundo inteiro trabalharem este novo ramo do Direito, onde é realizado, desde 2005, um Seminário Anual sobre DAG. É um evento anual surgido a partir da colaboração entre a Universidade Tuscia de Viterbo (Professores Giulio Vesperini e Stefano Battini), da Universidade de Roma Sapienza (Professor Sabino Cassese) e a Escola da Universidade de Nova York de Direito (Professores Benedict Kingsbury e Richard B. Stewart).

² KINGSBURY, Benedict, Krisch, Nico, e Stewart, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. Nova Iorque: IILJ Working Paper 2004/1, Global Administrative Law Series, 2004. Disponível em: <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>. Acesso em 10.10.2018.

³ CASSESE, Sabino. Global Administrative Law: The state of the art, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/13/2/465/735692>. Acesso em: 02.08.2018.

De fato, o fenômeno da globalização e o advento de novas tecnologias impactou o Direito Administrativo ante a multiplicação de relações jurídico-administrativas plurilocalizadas que estão a exigir soluções novas e adequadas, e por isso acreditamos que o DAG vem como resposta às questões não resolvidas nesse cenário, porquanto vem propor uma via regulamentadora dessas novas e diversas relações.

Neste contexto, entendemos que o assunto é relevante porque estão surgindo modelos de governança global delineados, respectivamente, por uma gama crescente de leis administrativas, e o DAG é um campo ainda pouco notado na prática jurídica, embora já exista uma rica literatura sobre o assunto.

Não obstante, o conceito de DAG ainda é muito contestado, e as relações desse campo do Direito com o Direito Internacional e o Direito Constitucional ainda não estão bem equacionadas. De fato, ao que se tem notícia, nenhuma análise doutrinária alcançou a necessária ortodoxia, ou conseguiu capturar todas as peculiaridades desta nova vertente do Direito,⁴ razão pela qual expomos neste trabalho apenas algumas reflexões sobre o DAG, sem a pretensão de apresentar classificações ortodoxas.

Desse modo, buscamos traçar um breve estudo, elementar e introdutório, no qual apresentamos uma visão geral do DAG e explanamos sobre o que consideramos ser algumas peculiaridades, questões e desafios deste nascente ramo do Direito. Nesta pesquisa bibliográfica, procuramos expor, de modo sucinto, um panorama da ação administrativa global, percorrendo brevemente sobre a delimitação do espaço administrativo global.

Ainda, delineamos, rapidamente, o que seriam as fontes do DAG e mostramos algumas das características e peculiaridades dos regimes regulatórios globais.

Depois disso, traçamos breves considerações sobre quem seriam os sujeitos de direito no âmbito do DAG.

Por fim, são apresentados comentários e questionamentos a respeito deste novo ramo do Direito.

Assim, o objetivo geral desta pesquisa é apresentar considerações sobre o DAG e, mais especificamente, trazer ao conhecimento algumas peculiaridades, questões, e desafios deste novo ramo do Direito.

⁴ CASSESE, Sabino. *Global Administrative Law: The state...*, cit., p. 1.

1. Panorama da ação administrativa global

O fenômeno da globalização não é mais novidade, e a crise econômica de 2008 demonstrou a força de expansão desse fenômeno. Em especial, verificamos que a economia se globalizou mais facilmente e com maior velocidade, se comparada com a política, criando desníveis entre a economia global (transnacional) e a política nacional, o que comprova a existência de uma governança global sem governo.

Nas palavras do Professor Doutor Miguel Prata Roque:

“A internacionalização da vida jurídica revelou, à luz do dia, que o tradicional Estado soberano não estava efetivamente apetrechado para fazer face ao eclodir de novas relações jurídico-públicas transnacionais, dotadas de elementos de extraneidade (ou seja, em contacto com diversos ordenamentos jurídicos distintos).”⁵

O processo de globalização impactou, ao longo dos últimos 25 anos, tanto a economia quanto as instituições legais, ocasionando o estabelecimento de regimes regulatórios globais em diversas áreas, evidenciando-se a necessidade de um controle capaz de gerir e disciplinar essas novas relações jurídicas, tais como: normatizações sobre saúde, regulação financeira, seguros, proteção ambiental, comércio de produtos e serviços, setor bancário, propriedade intelectual, migrações, refugiados, e outras.⁶

Nesse mesmo passo, também foram desenvolvidos a um ritmo extraordinário tribunais globais, padrões globais e organizações intergovernamentais, pois os problemas globais (como o terrorismo, a questão do meio ambiente e do comércio internacional) exigem soluções globais.⁷

O Professor Doutor Nuno Vasconcelos A. Sousa, ao apresentar o DAG – por ocasião do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo –, assim se manifestou:

⁵ ROQUE, Miguel Prata, As Novas Fronteiras do Direito Administrativo – Globalização e mitigação do princípio da territorialidade do Direito, Público, *Revista de Direito Público – Ano III*, nº 5 – Janeiro/Junho 2011.

⁶ KINGSBURY, B. et al. The Emergence of... cit., p. 3.

⁷ CASSESE, S. et al. Global Administrative Law: The Casebook, IRPA-IIIJ, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2140384>> Acesso em: 10.11.2018.

“Parece ser cada vez mais inquestionável a importância do conceito de direito administrativo global (DAG), visto o clássico direito internacional público focado nas relações jurídico-internacionais entre Estados soberanos não conseguir abranger a realidade complexa da *governance* global. O direito administrativo global representa um estágio de integração mais elevado e denso, face ao direito internacional clássico, exigido pela realidade da *governance* global. Inscreve-se no tema das transformações recentes no direito público, provocadas, entre outras razões, pela globalização. O direito internacional clássico de base consensual ou de cooperação não é suficiente para solucionar os atuais problemas a nível global.”⁸

Também assim preconiza o Professor Rafael Véras Freitas:

“O fenómeno da globalização económica – decorrente, em certa medida, das inovações tecnológicas dos meios de comunicação – resultou numa integração político-estatal que passou a desconsiderar paradigmas decorrentes da unicidade normativa, pautada pela soberania (v.g. a constituição da União Europeia). Nesse quadrante, passa a ter lugar um Direito Administrativo que ultrapassa a base territorial dos Estados, aplicado não só por entidades que personificam Estados Soberanos, mas por organizações não estatais – como, por exemplo, pela International Standard Association (ISO) e pela Agência Mundial Anti-Doping (WADA).”⁹

Na atualidade, há diversas organizações internacionais produtoras de normas e diretrizes às quais os governos nacionais e as sociedades civis têm de se adaptar no mundo globalizado. Elas realizam inspeções e controlos, emitindo diretrizes para garantir o cumprimento de seus padrões e normas; por consequência, indiretamente supervisionam e coordenam a ação dos governos¹⁰.

Embora os regimes regulatórios globais tenham um alcance variável, eles estão bastante interligados com os governos nacionais, que, por sua vez, têm representação nos organismos supranacionais, tanto em termos

⁸ SOUSA, NUNO VASCONCELOS A., O Direito Administrativo Global da Aviação Civil, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, nº 11 (2018) Universidade Lusófona do Porto, p. 98.

⁹ FREITAS, Rafael Veras. As novas tecnologias e o Direito Administrativo Global. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, v. 1, n.129, p. 1, abr 2016.

¹⁰ 11 CASSESE, S. et al. *Global Administrative...*, cit., p. 23.

políticos quanto administrativos. Por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU) reúne 193 governos, quase a totalidade dos Estados do mundo, enquanto outros regimes têm um número limitado de membros, embora sejam abertos à participação mundial. Além disso, cobrindo a Europa, América do Sul e Sudeste Asiático, podemos citar a União Europeia (UE), o Mercosul e a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), respectivamente.

Neste cenário, Kingsbury, Krisch e Stewart detectaram que as decisões regulatórias foram deslocadas do nível nacional para o global por meio de diversos tratados internacionais e redes de cooperação, que estabeleceram sistemas transnacionais de regulação e sistemas de cooperação regulatória, e, por conseguinte, a maior parte dos detalhes e da implementação são definidos por órgãos administrativos transnacionais. Sendo os resultados regulatórios dessas instituições relacionados aos processos e práticas das agências domésticas, que têm a incumbência de garantir a aplicação dos padrões globais, este fato torna os governos nacionais mais fracos, pois devem se amoldar aos padrões globais, mas também mais poderosos, porque podem alcançar áreas em que outrora não atuavam.¹¹

Neste sentido os mencionados doutrinadores referem que:

“Está cada vez mais claro que essas consequências não podem ser tratadas de forma eficaz por regulamentações e medidas administrativas nacionais isoladas. Em consequência, criaram-se vários sistemas transnacionais de regulamentação ou movimentos de cooperação para regulação por meio de tratados internacionais e redes intergovernamentais informais de cooperação, transferindo-se muitas decisões da esfera nacional para a global. Ademais, grande parte dos detalhes e da implementação dessa regulamentação é determinada por organismos administrativos transnacionais – inclusive organizações internacionais e grupos informais de funcionários – que desempenham funções administrativas, mas não estão sujeitos diretamente ao controle de governos nacionais ou sistemas jurídicos domésticos, ou, no caso de regimes baseados em tratados, aos Estados-partes do tratado. Essas decisões reguladoras podem ser implementadas diretamente em face de entes privados pelo próprio sistema global ou, mais comumente, por medidas adotadas em nível nacional. São também cada vez mais importantes as regulamentações por órgãos internacionais privados (de estabelecimento de padrões) e por organizações híbridas

¹¹ KINGSBURY, B. et al.. The Emergence of ..., cit., p. 4.

público-privadas que podem incluir, de forma variada, representantes de empresas, ONGs, governos nacionais e organizações intergovernamentais."¹²

Dessarte, os padrões de governança global que vêm sendo moldados pelo crescente corpo de leis administrativas não podem mais ser tratados por medidas administrativas nacionais separadas dos regimes regulatórios intergovernamentais, que possuem mecanismos de direito administrativo que necessitam ser adotados pelas administrações nacionais para que seja assegurada a conformidade nos respectivos regimes de regulação internacional.

De fato, percebe-se que as tradicionais características do Direito Administrativo vêm sofrendo muitos impactos ante o fenômeno da globalização e a adoção de novas tecnologias, seja no âmbito da regulação exógena (normativa), seja no da regulação endógena (contratual), especialmente quanto à titularidade estatal dos serviços de interesse público, ao uso da coerção (poder de polícia) e à existência de um regime jurídico único.¹³

Como visto acima, percebe-se que a ação administrativa global tem um alcance variável, de natureza complexa, relativamente interrelacionada e coordenada, em que a perspectiva do que constitui administração é abrangente e deve ser considerada além do contexto puramente doméstico. Em uma definição provisória, Kingsbury, Krisch e Stewart afirmam que a ação administrativa global consistiria “*na criação de normas, sentenças e outras decisões que não a celebração de tratados nem a simples solução de disputas entre partes.*”¹⁴

2. O espaço administrativo global

A visão clássica de que a administração estaria limitada à esfera das atividades estatais e de entidades internacionais com um alto nível de integração, como a União Europeia, já não mais pode prevalecer ante a

¹² Apud BADIN organiz, Michelle Ratton Sanchez. *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*, 2016, p. 14. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018.

¹³ FREITAS, Rafael Veras. *As novas...*, cit., p. 1.

¹⁴ Apud BADIN organiz, Michelle Ratton Sanchez. *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*, 2016, p. 14. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018.

constatação da existência de diversas áreas disciplinares regulatórias e variadas instituições que exercem atividade administrativa global, cujos patamares se sobrepõem ou combinam, resultado das múltiplas facetas características da administração da governança global.¹⁵

Ante esses fatos, Stephan W. Schill – Professor de Direito Internacional e Econômico e Governança, da Universidade de Amsterdã, assim estabelece:

*“A globalização, a privatização e os novos instrumentos de governança estão trazendo mudanças essenciais de nível institucional e estrutural aos paradigmas de ordenação tradicional do direito administrativo, que são, por um lado, a hierarquia (ou comando e controle) como um princípio das relações do direito administrativo e um método de governança e, por outro lado, a conexão intrínseca entre direito administrativo e direito nacional. Nesse sentido, a globalização leva à dissolução das categorizações mais fundamentais utilizadas para estruturar e definir áreas do direito ou mesmo toda a ordem jurídica, especialmente as dicotomias do direito nacional e internacional, por um lado, e as do direito público e privado, por outro. Assim, a globalização insere o direito administrativo em um espaço jurídico transnacional. Esse processo pode ser observado por todos os advogados administrativos em todo o mundo, e pode ser descrito em três dimensões: a primeira, a dissolução das fronteiras verticais entre o direito nacional e o direito internacional; a segunda, a dissolução das fronteiras horizontais entre diferentes ordens jurídicas administrativas nacionais; e a terceira, a dissolução da fronteira entre direito público e direito privado, que cruza em diagonal as outras duas distinções ora mencionadas.”*¹⁶

Embora especialistas em Direito Internacional ainda considerem o DAG como uma parte da sua disciplina, estudiosos desse crescente campo entendem que – por incluir também as sociedades civis nacionais entre seus atores – ele o transcende.¹⁷

¹⁵ 15 A propósito, Friedrich Carl von Savigny concebia a idéia da escolha da lei aplicável. A proximidade entre os ordenamentos jurídicos europeus, devido a sua origem em comum, permitiria a cada um dos Estados estar em contato com situações transnacionais.

¹⁶ SCHILL, Stephan W. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 21

¹⁷ 17 Neste sentido ver: CASSESE, S. et al. Global Administrative..., cit., e KINGSBURY, B. et al. The Emergence of ... cit..

No cenário global, a atuação dos Estados é multifacetada, e a ação administrativa global não pode mais ser separada do âmbito nacional. Ademais, para facilitar a ação coordenada e o mútuo condicionamento entre organizações internacionais e Estados, foram desenvolvidas diversas técnicas de processos decisórios, nas quais não há um modo claro de separação entre o nacional e o global.

Além disso, o status de ortodoxia do DAG, conforme afirma Sabino Cassese¹⁸, ainda não foi estabelecido porque há muitas questões que necessitam ser resolvidas. Há globalistas e céticos: Richard Stewart, Nico Krisch e Benedict Kingsbury podem ser enquadrados na primeira categoria, e Eric Posner¹⁹, na segunda categoria. Cumpre observar o que leciona Cassese:

*“(...) está claro que a lei administrativa global não é apenas global, não é apenas administrativa, e não é apenas lei. Não é apenas global, porque inclui muitos padrões supranacionais, acordos e autoridades regionais ou locais. Não é apenas administrativa, porque inclui muitos elementos de direito privado e constitucional (embora o componente administrativo prevaleça, porque as constituições – e a regulação privada envolvendo assuntos de ‘alta política’ e matérias de interesse social – resistem à globalização). O direito administrativo global é não apenas lei, porque também inclui muitos tipos de “soft law” e padrões.”*²⁰

Principalmente na área de criação de regras, a ação administrativa internacional – por meio da ação de órgãos reguladores nacionais em

¹⁸ CASSESE, S. et al. *Global Administrative...*, cit., p. 466.

¹⁹ Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism* (2009). Nesta obra é examinada a suposição frequentemente defendida por muitos acadêmicos jurídicos americanos e elites europeias de que os problemas do mundo podem ser substancialmente reduzidos simplesmente criando-se mais leis e instituições internacionais. O autor defende que somente através de um pensamento rigoroso sobre os limites do que a lei e os tribunais podem realizar em um sistema global heterogêneo e fragmentado é que podemos alcançar uma cooperação internacional mais eficaz.

²⁰ Tradução livre do original: *“It is now clear that global administrative law is not only global, not only administrative, and not only law. It is not only global, because it includes many supranational regional or local agreements and authorities. It is not only administrative, because it includes many private and constitutional law elements (although the administrative component prevails, because constitutions and private regulation, involving “high politics” matters or societal interests, resist globalization). Global administrative law is not only law, because it also includes many types of “soft law” and standards.”* CASSESE, op. Cit., p. 466. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/13/2/465/735692>> Acesso em 02.08.2018.

redes de coordenação global – complementa a ação doméstica e penetra nos programas e decisões nacionais de regulamentação. Assim, cada vez mais, decisões de organismos globais atingem interesses de indivíduos ou de empresas, como, por exemplo, ocorre nas decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre sanções antiterrorismo.

Entretanto, permanece o questionamento acerca da existência de um espaço administrativo global em separado, ou se – em matéria de governança global – seria melhor a permanência da dicotomia clássica entre o espaço administrativo nacional e o espaço de ação coordenada na governança global. E, de fato, embora o global e o doméstico – em muitas áreas – ainda estejam separados política e operacionalmente, esses dois domínios já estão muito interligados tanto em matéria administrativa quanto em matéria de regulação.²¹

Paralelamente, os órgãos administrativos globais que tomam decisões gozam de muita independência e discricionariedade e não podem ser considerados meros agentes dos Estados²².

Kingsbury, Krisch e Stewart detectaram a existência de um espaço administrativo global, com relativa autonomia e carácter distinto, no qual os órgãos de tomada de decisão são cada vez mais poderosos. Nele há o reconhecimento e o desenvolvimento de princípios e mecanismos de responsabilidade novos, e, portanto, há um vasto campo para pesquisa sobre como ocorrem a governança deste espaço, a criação de normas, e a tomada de decisão dos vários órgãos administrativos internacionais e transnacionais existentes.²³

Nesse passo, buscando distinguir entre o que é o Direito Administrativo à escala nacional do que é o Direito Administrativo à escala mundial, Francisco De Abreu Duarte, citando Cassese, apresenta quatro premissas:

“• A ordem jurídica Internacional não se afigura unívoca, sendo na verdade uma interpenetração de aplicação de normatividades várias; já a ordem jurídica Estatal prima pela univocidade e coerência.

• O Direito Administrativo Global assenta num carácter iminentemente auto-regulador, num espaço de cooperação em que não se distingue com clareza o papel

²¹ Neste sentido vide: KINGSBURY, B. et al.. The Emergence of ..., cit..

²² Idem.

²³ 23 ibidem.

de Administrador do papel de Administrado; no plano interno a lógica assemelha-se mais à de subordinação e clareza na distinção de quem administra e de quem é administrado.

- *No Direito Administrativo Global existe uma maior preponderância para a tomada de decisões baseadas em comitês de especialistas, que carecem de legitimidade democrática; nos ordenamentos nacionais, a legitimidade democrática tende a ser uma constante, legitimando as decisões governamentais.*

- *Por fim, à escala global, o Direito Público distingue-se com mais dificuldade do âmbito de Direito Privado, na medida em que a profusão de inúmeras “normatividades” a isto obriga; no Direito Administrativo estatal, a fronteira é mais nítida num critério pelo menos delimitativo das funções do Estado (onde se distingue concretamente a função Administrativa).”²⁴*

3. O conceito de direito administrativo global

Tendo em conta todos os fatos antes mencionados, ao observar o caráter multifacetado da administração da governança global e detectar a existência de um espaço administrativo global, Kingsbury, Krisch e Stewart trazem a seguinte definição para o Direito Administrativo Global:

“Essas constatações nos levam a definir o direito administrativo global como o conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a accountability dos órgãos administrativos globais. Isso para que se assegure, em particular, que eles obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas”²⁵

O Prof. Dr. Tiago Fidalgo de Freitas, durante o curso Governança e Regulação Global, promovido pela Universidade Nova de Lisboa e Escola da Advocacia-Geral da União, em maio de 2018, trouxe conceito semelhante:

²⁴ ABREU, Francisco Duarte, À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global, *e-Pública* Vol. I No. 1, Janeiro 2014, p. 190.

²⁵ Apud BADIN organiz, Michelle Rattón Sanchez. Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil, 2016, p. 14. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018

“A lei administrativa global compreende os mecanismos, princípios, práticas e entendimentos de apoio social que promovem ou de outro modo afetam a accountability dos órgãos administrativos globais, garantindo que eles atendam aos padrões adequados de transparência, participação, decisão fundamentada e legalidade, oportunizando uma efetiva revisão das regras e decisões emitidas.”²⁶

O DAG possui um caráter multifacetado, o que dificulta a tarefa de sua conceituação e sistematização. O Professor Doutor Nuno Vasconcelos A. Sousa assim se manifesta sobre o conceito material de DAG:

“O conceito material de DAG (direito administrativo global) parece ser mais relevante e unificador do que o conceito formal de DAG. Este relaciona-se com as normas organizatórias e de funcionamento de cada organização internacional seja intergovernamental, seja não-governamental. O conceito material de DAG consiste na ponderação e identificação de novos interesses públicos globais como o ambiente, o aquecimento global, a saúde pública, os mercados financeiros, etc. A rapidez exigida por algumas conjunturas globais aconselha a que não sejam só os meios administrativos internos a aplicar as disposições globais (exemplo: os refugiados).

...

O conceito material de DAG refere-se à proteção pelo direito administrativo dos direitos fundamentais que são garantias contra a atuação dos poderes públicos nacionais ou estrangeiros ou das organizações globais, baseado na aplicação duma rule of law universal entendida como património comum das relações jurídicas internacionais no plano administrativo.”²⁷

No entanto, o conceito de DAG sofre críticas, porquanto sua base de validade constitucional e transnacional ainda não está clara. Neste sentido, Cassese informa:

²⁶ Tradução livre do original: “Global administrative law comprises the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make.”

²⁷ SOUSA, Nuno Vasconcelos A., O Direito Administrativo..., cit., pp. 99 e 102.

“A definição de direito administrativo global é contestada pela escola alemã de Heidelberg, cujos estudiosos, como Armin von Bogdandy, acreditam que é mais apropriado falar do ‘exercício da autoridade pública internacional’. Eyal Benvenisti, por outro lado, acha mais apropriado falar da ‘lei da governança global’. A linha divisória entre o direito administrativo e constitucional é tênue e sutil. Gunther Teubner, em seu trabalho intitulado Fragmentos Constitucionais. Constitucionalismo Societal e Globalização, observou que o direito administrativo global ‘é o mais recente candidato à constitucionalização da sociedade mundial’ e que ‘a maioria dos autores evita a linguagem do constitucionalismo e contenta-se com princípios gerais de direito administrativo, sem abordar adequadamente a base de sua validade na esfera transnacional.’”²⁸

Também Chimni expõe uma perspectiva crítica quanto à abordagem da governança global e às propostas do DAG, conforme excertos:

“desenvolvo o argumento de que este DAG em evolução é parte inextricável do Direito Internacional contemporâneo e de suas instituições de caráter imperial. Portanto, na ausência de críticas e reformas daquelas instituições e normas substantivas, o DAG possui um potencial limitado na promoção das causas de justiça e democracia. De fato, na ausência de uma preocupação concomitante com o Direito material, o DAG poderá, tão-somente, legitimar regras e instituições injustas. Se focarmos nossas atenções exclusivamente no DAG, quicá predominará a falsa impressão de que instituições internacionais estão se tornando mais participativas e responsivas às preocupações de países em desenvolvimento e de suas populações. Logo, o DAG precisa ser reconceitualizado de modo a não estabelecer a completa separação entre regras administrativas de Direito material e procedimental.

²⁸ No original: “The definition of global administrative law is contested by the German school of Heidelberg, whose scholars, such as Armin von Bogdandy, believe that it is more appropriate to speak of the “exercise of international public authority”. Eyal Benvenisti, on the other hand, finds it more appropriate to speak of the “law of global governance”. The dividing line between administrative and constitutional law is blurred: Gunther Teubner, in his work entitled *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, observed that global administrative law “is the latest candidate for the constitutionalization of world society” and that “most of the authors avoid the language of constitutionalism and content themselves with general principles of administrative law, without adequately addressing the basis of their validity in the transnational sphere.” CASSESE, Sabino. *Global Administrative Law: The state of the art*, 2015, pp.465-468. Armin von Bogdandy et al. *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law* (2009). Eyal Benvenisti, *The Law of Global Governance* (2014). Gunther Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization* (2012).

...

... o poder desempenha um papel-chave no enquadramento, invocação e implementação do Direito Administrativo – por esse motivo, o uso do Direito Administrativo por populações desfavorecidas e marginais é mera possibilidade teórica, conquanto a experiência também sugere a existência de condições em que os princípios de Direito Administrativo podem servir de instrumentos de mudança. Essas condições incluem o desenho de estruturas administrativas que facilitem a participação e atuação de movimentos sociais e organizações não governamentais (ONGs) que suportem a causa de cidadãos comuns, além da criação de uma legislação guardadora do direito de acesso a informações que possam ser usadas para compelir órgãos administrativos a práticas de transparência e accountability. O que é verdadeiro para populações desfavorecidas e marginais da Índia também é verdadeiro para vários outros países em desenvolvimento e a sua relação com órgãos administrativos globais.

...

... em escala internacional uma estrutura participativa tem significado somente se aos países de terceiro mundo e às ONGs relevantes for concedida a necessária assistência técnica e financeira para que possam participar com efetividade dos trabalhos de um órgão internacional.”²⁹

4. Fontes do direito administrativo global

Nesse complexo contexto, terreno espinhoso é delimitar quais são as fontes do Direito Administrativo Global, além dos tratados, costumes e princípios gerais do direito, tendo em vista a extensa prática normativa já existente.

O DAG surge lançando mão de textos normativos e decisões sobre direitos humanos, com o escopo de assegurar a universalidade das normas do devido processo administrativo com fundamentos humanísticos,

²⁹ Tradução para o português foi feita por André Oregel Diaz do artigo publicado originalmente em inglês por CHIMNI, B. S. “Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law”. *New York University Journal of International Law and Politics* 37(4): 799-827, 2005, in BADIN organiz, Michelle Ratton Sanchez. *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil*, 2016. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018.

“utilizando-se de preceitos de harmonização das normas do direito internacional aplicadas ao âmbito nacional.”³⁰

Kingsbury, Krisch e Stewart³¹ sugerem que, possivelmente, se forem computadas todas as fontes legais já utilizadas na prática normativa utilizada pelos vários atores e diversos cenários do DAG, poderiam ser abrangidas todas as normas que surgem, numa espécie de versão revisada do antigo *jus gentium*³². Seria uma abordagem que permitiria, por exemplo, tangenciar a *lex mercatoria* (baseada nas práticas comerciais), espelhando procedimentos normativos em campos do direito fora do Estado.

No cenário diverso e fragmentado da administração global, o uso de princípios gerais de direito como fonte do DAG ainda está limitado às normas em que existe um alto grau de convergência mundial, e ao âmbito interno das instituições internacionais. Além disso, permanece baixa a aceitação de princípios gerais de direito na prática do direito internacional formal, o que é um desafio para o DAG.³³

Por outro lado, é importante observar que os princípios gerais de direito, ao exigirem uma alta convergência dos sistemas jurídicos, conferem um compromisso de inclusão entre os Estados, evitando a imposição de um grupo sobre os demais.

Também as fontes tradicionais do direito internacional público são um espaço relevante para o desenvolvimento das normas do DAG.

³⁰ AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E A SUA APLICAÇÃO NA TRAJETÓRIA INTERNACIONAL DA LEI MARIA DA PENHA, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS* edição digital, Porto Alegre, Volume X n.3 2015. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58601/36258>> Acesso em: 17.09.2019.

³¹ KINGSBURY, B. et al. *The Emergence of ...*, cit.

³² Na Roma antiga, o *Ius Gentium* (*Direito das Gentes*) – baseado na conciliação entre os princípios da territorialidade e da personalidade – era um conjunto de normas aplicáveis aos estrangeiros. Era permitido a eles que invocassem determinadas regras do direito romano, com o objetivo de facilitar as relações comerciais com outros povos, solucionando os conflitos envolvendo romanos e estrangeiros, porém aplicado apenas a estes. Diz-se que é um Direito comum a todos os povos (a todas as gentes). Já o *Ius civile* (*Direito Civil*), contrariamente ao Direito das Gentes, era composto por regras de Direito que eram aplicáveis apenas ao povo romano. O *Ius Gentium* – segundo Irineu Strenger – seria a primeira manifestação do Direito Internacional Privado na história da civilização ocidental. (*Direito internacional privado*. 3. ed. aum. São Paulo: LTr, 1996. p. 215-225).

³³ Neste sentido: TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*, 1997.

Vale ressaltar, ainda, que o DAG serve de fonte para o direito administrativo interno, ou seja, os tribunais nacionais podem aplicar diretamente suas normas. Nessa via, Nuno Vasconcelos A. Sousa entende que: “*No caso das normas convencionais internacionais serem mais garantísticas e abrangentes do que as de direito interno, os tribunais podem fazer uma interpretação conforme o direito convencional global.*”.

5. Sujeitos de direito no direito administrativo global

Tradicionalmente, no Direito Internacional o relacionamento entre Estados ocorre por meio da celebração de Acordos e Tratados, e os sujeitos do direito são os Estados. Nessa linha de compreensão, as medidas regulatórias domésticas implementam as obrigações internacionais assumidas pelos Estados, sendo que os atores privados são levados em consideração apenas no estágio de implementação regulatória e tratados como uma questão exclusivamente nacional.

No entanto, é relevante notar que os projetos de regulação previstos nos Tratados ou Acordos são implementados por meio de normas nacionais, direcionadas a regulamentar a conduta privada, especialmente em áreas como meio ambiente e práticas financeiras, e, nas palavras do Professor Dr. Miguel Prata Roque, “com a progressiva globalização e circulação de sujeitos e bens, torna-se hoje cada vez mais necessário determinar sobre que situações transnacionais deve a administração pública nacional intervir ou abster-se.”

No DAG há uma quebra da dicotomia internacional-nacional, e os sujeitos do direito se tornam evidentes quando percebemos que órgãos internacionais tomam decisões que impactam diretamente Estados, ONGs, indivíduos, ou empresas, sem qualquer interveniência de um governo nacional.

Nesse contexto, segundo Kingsbury, Krisch e Stewart, “*(...) os verdadeiros sujeitos desses regimes de regulamentação global são agora, cada vez mais, os mesmos do direito nacional; a saber, os indivíduos (como agentes morais e atores econômicos e sociais) e entidades coletivas, como empresas e, em alguns casos, ONGs.*”³⁴

³⁴ Apud BADIN organiz, Michelle Ratton Sanchez. Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil, 2016, p. 14. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaio-sobre-o-%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018.

A ideia de que atores privados são sujeitos de regulamentação global avulta quando constatamos que as autoridades reguladoras nacionais desempenham tanto um papel internacional quanto um nacional na implementação das normas de regulação global, ao darem aplicação a essas normas no âmbito de sua jurisdição. Um exemplo é o caso de acordos de governança privados com aplicação de normas ISO, em que os padrões são implementados por empresas privadas, podendo ou não também ser usados pelo direito nacional.

Além disso, em modelos de governança multinível, os Estados aderem a um regime internacional e são supervisionados por órgãos administrativos internacionais, que desempenham um papel regulador. Como exemplos, podemos citar a União Europeia; o Protocolo de Montreal sobre a destruição da camada de ozônio; e a Convenção de Basileia sobre resíduos perigosos.

Os próprios Estados também podem ser sujeitos da regulamentação global quando, por exemplo, o Banco Mundial impõe a adesão destes a padrões ambientais, ou quando a “boa governança” é cobrada como condição para ajuda financeira.

Estabelecer, por consequência, quem são os sujeitos de direito dos regimes administrativos globais é uma questão que depende não só do objeto regulado, mas também dos objetivos da regulamentação e das características e funções do objeto a ser regulado.³⁵ Assim refere o Professor Doutor Nuno Vasconcelos A. Sousa:

*“O direito administrativo global relaciona-se mais com pressupostos económicos derivados do funcionamento dos mercados globais, do interesse em proteger os interesses económicos dos privados face a decisões administrativas de Estados estrangeiros, e da globalização em geral. O direito administrativo global, que já ultrapassou o estado embrionário, tem um carácter fragmentário, descentralizado, sem estrutura hierárquica, sem fundamento constitucional, e aposta mais no plano procedimental.”*³⁶

³⁵ KINGSBURY, et al, op. cit.

³⁶ SOUSA, NUNO VASCONCELOS A., O Direito Administrativo Global ..., cit., p. 99.

6. Características e peculiaridades dos regimes regulatórios globais

São bastante numerosas as características e peculiaridades observadas nos regimes regulatórios globais, porquanto todo o direito administrativo utilizado pelos governos está inserido no espaço global.

O espaço regulatório global possui princípios e regras de natureza administrativa, tais como: o devido processo legal, a justiça processual, a transparência, a participação, o dever de fundamentação e revisão. Todavia, pode-se dizer que os regimes regulatórios globais são mais desenvolvidos em matéria de Direito Administrativo do que em matéria de Direito Constitucional, o que faz com que o DAG seja diferente de sua vertente nacional ou doméstica.³⁷

Os regimes regulatórios globais não formam um corpo legal unitário. Os sistemas legais domésticos ou internos são unitários e sujeitam-se a princípios gerais que normatizam todos os aspectos do governo e da sociedade civil, já o espaço global, embora densamente regulado, é muito fragmentado. Sabino Cassese noticia que existem cerca de dois mil regimes reguladores “autocontidos”.³⁸

Dessarte, no intuito de solucionar a fragmentação, os regimes regulatórios estabeleceram ligações entre si, originando regimes complexos, nos quais princípios globais e regras foram transplantados de um regime para outro, por exemplo: agricultura e controle de alimentos, comércio e meio ambiente, trabalho e comércio. Assim, as fortes interconexões existentes entre diferentes setores regulatórios contrabalançam a ausência de unidade.³⁹

Inexiste uma hierarquia no direito administrativo global. Nenhum regime regulador tem supremacia em relação aos outros, e nenhum órgão regulatório internacional é hierarquicamente superior aos governos nacionais, o que faz com que a máquina administrativa global tenha uma dinâmica confusa e fluída, na qual a barganha, a cooperação e o governo por contrato são a regra, e onde as decisões por maioria foram substituídas pela tomada de decisões por unanimidade ou por consenso.⁴⁰

³⁷ Neste sentido, vide: CASSESE, S. et al., *Global Administrative ...*, cit..

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ CASSESE, S. et al, cit., p. 465.

O campo do DAG, embora possua áreas com sobreposição, é distinto do Direito Internacional. O “*ius gentium*” tem por objeto a lei pactuada entre os governos dos Estados para regular as relações entre estes como entidades legais, enquanto a lei global tem suas regras produzidas por diversas organizações internacionais de diferentes setores de especialização, onde as obrigações são voluntárias e de natureza contratual. Inclusive, alguns autores defendem que o Direito Administrativo Global deve ser tomado sob uma perspectiva transnacional.⁴¹

Além disso, o direito internacional baseia-se principalmente em Tratados, Convenções e Acordos, enquanto a lei global desenvolveu um conjunto robusto de normas e regimes regulatórios, sendo o DAG, portanto, setorial – característica decorrente de sua própria origem, porquanto é uma resposta a um objetivo público global que seria inalcançável através de ações isoladas de apenas um Estado.⁴²

Ademais, a setorialidade reflete-se na forma como a governança global está organizada. Ou seja, verifica-se que a administração global produziu vários regimes regulatórios globais. Existem, por exemplo, organizações internacionais formais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), e instituições privadas com funções regulatórias, como a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN). Há também organismos globais formados por outros organismos internacionais, como a Comissão do *Codex Alimentarius*, formada pela *Food and Agriculture Organization* (FAO) e a *World Health Organization* (WHO). Ainda, diferentes regimes aduaneiros estão conectados por acordos, como é o caso dos acordos entre a OMC e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Além disso, verifica-se que há órgãos de solução de controvérsia resolvendo disputas levantadas em outros órgãos internacionais: a OMPI, por exemplo, opera um Centro de Arbitragem e Mediação tratando de disputas envolvendo o registro de domínio na internet.

Outra peculiaridade desse nascente ramo do Direito é a hibridização, dado que os organismos internacionais não seguem a legislação nacional

⁴¹ Nesse sentido vide: ROQUE, Miguel Prata, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo – Globalização e mitigação do princípio da territorialidade do Direito Público*, *Revista de Direito Público* – Ano III, nº 5 – Janeiro/Junho, p. 107-155, 2011.

⁴² CASSESE, S. et al. *Global Administrative...*, cit., p. 466.

dos governos que regulam os negócios, e a divisão público-privada é difusa a nível global. Exemplos disso são a ICANN e a OMPI, entre outros.

Evidencia-se, por conseguinte, que o DAG foi desenvolvido com o escopo de garantir e promover o Estado de Direito, a justiça processual, a transparência, a participação e o dever de fundamentação em todas as áreas. Dessa forma, ao mesmo tempo que os governos nacionais (ao participarem de organismos internacionais) podem legislar em nível global, eles também são os destinatários dos padrões processuais e substantivos globais criados pela regulamentação. Há, portanto, uma interação. Entretanto, no espaço global não existem poderes e procedimentos de execução; por conseguinte, em direito administrativo global, confia-se na cooperação das autoridades nacionais para a implementação dos regimes regulatórios globais, ou, então, utilizam-se meios não obrigatórios de conformidade com padrões globais para “obrigar” as partes (um exemplo são as medidas de retaliação no comércio mundial). Há, assim, uma conformidade “induzida”.⁴³

Também uma peculiaridade do DAG é o fato de que – ante a presença de uma grande variedade de regras globais, supranacionais e nacionais, não organizadas de modo hierárquico, as quais deixam certa liberdade de escolha da lei aplicável ao caso concreto – os juízes têm a atribuição de garantir a unidade jurídica interna de cada uma dessas ordens, e de assegurar o vínculo entre a ordem jurídica de origem e as ordens externas, na medida em que governam as relações entre os diferentes sistemas. A intervenção dos tribunais permite, assim, manter unidas as diferentes ordens jurídicas (nacionais e globais), estabelecendo relações entre si e definindo as bases de aplicação do DAG. Nesse sentido, os juízes são responsáveis por encontrar um ponto de equilíbrio entre as regras globais e nacionais e entre as próprias ordens jurídicas globais, facilitando a penetração no espaço jurídico global de certos princípios fundamentais de nossa civilização legal: o direito a um processo justo, o princípio da proporcionalidade e a aplicação dos princípios da transparência, da participação, do contraditório, e da motivação das decisões judiciais.⁴⁴

Observa-se ainda o uso de substitutos para a implementação dos padrões previstos nos regimes regulatórios globais, com a finalidade de garantir a

⁴³ Idem.

⁴⁴ CASSESE, Sabino. *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, Donzelli, 2009.

eficácia do próprio regime regulatório. Nessa linha estão os mecanismos de acreditação e certificação aplicados para a implementação de normas da *International Organization for Standardization* (ISO) e do *Codex Alimentarius*, bem como a colocação de incentivos ao seu cumprimento. Aos governos nacionais é deixado o encargo de implementar e aplicar os regimes regulatórios, fazendo, portanto, com que estes atuem como instrumentos das instituições globais.

Outra característica própria do DAG é o fato de haver vários atores no cenário global: Estados, instituições internacionais, Organizações Não Governamentais (ONGs), corporações, administrações domésticas e cidadãos⁴⁵. Esta pluralidade de atores, no entanto, não aponta que haja uma “lei constitucional” norteando o espaço global, que possui uma administração desenvolvida e é governado por um conjunto de leis administrativas. Na realidade, a ótica do constitucionalismo está, por enquanto, bastante restrita aos sistemas jurídicos domésticos.

No entanto, com o fortalecimento da sociedade civil internacional e a emergência do espaço público global, há doutrinadores que afirmam já estar em andamento um processo de constitucionalização, face à forte proliferação de cortes globais e o prodigioso incremento de órgãos transnacionais. Todavia, nesta constituição global, não haveria a unicidade institucional e/ou normativa usualmente adotada pelo constitucionalismo ortodoxo.⁴⁶ Nas palavras de Cassese: “É por isso que a lei global permanece, pelo menos por enquanto, em grande parte tendo natureza administrativa e não constitucional.”⁴⁷

Finalmente, no espaço administrativo global, tanto o direito internacional quanto o direito administrativo coexistem, sem que haja uma dicotomia rígida entre ambos, característica essa que precisa ser admitida e tratada como um desafio para os estudiosos do Direito, pois, ante a evidente quebra dos paradigmas tradicionais, são necessárias novas ferramentas conceituais para a sua inteira compreensão.

⁴⁵ KINGSBURY, et al, op. cit.

⁴⁶ CASSESE, S. et al. *Global Administrative...*, cit., p. 468.

⁴⁷ Tradução nossa de: “*This is why global law remains, for the time being at least, largely administrative and not constitutional in nature.*” CASSESE et al, *Global Administrative Law: The Casebook*, 2012, p. 26.

Considerações finais

Como vimos, cada vez mais há uma ação combinada e coordenada entre órgãos internacionais e agentes reguladores nacionais que determinam a ação doméstica, interferindo diretamente nas decisões de caráter regulatório em âmbito nacional. E isto se dá porque a tecnologia, a facilidade de comunicação e a facilidade de deslocamentos têm confrontado o Direito Público no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Tributário e do Direito Penal. Qualquer ramo destes direitos enfrenta hoje esta constatação de que um Estado isolado, um ordenamento jurídico isolado, é incapaz de fazer face aos fenômenos transnacionais.

Demais disso, à medida que a extensão do governo administrativo global se torna óbvia, mais debates surgem, visto que os países industrializados geralmente estão sujeitos a regulamentações externas muito menos intrusivas⁴⁸. Por outro lado, dada a fragmentação da prática administrativa global e a dificuldade de obter um conhecimento integrado, ainda não foram claramente estabelecidos quais são os elementos doutrinários e políticos que governam este campo como um todo.

Entendemos que, ante a fragmentação dos Estados, o direito Internacional não é mais capaz de captar todas as peculiaridades da globalização, pois concentra-se apenas nas relações entre Estados, enquanto o DAG tem esta capacidade de abordar e analisar tanto as relações transnacionais quanto as relações transgovernamentais e sociedades civis atuando como atores globais.

Apesar do déficit democrático no espaço administrativo global, dado o fato de que não existe democracia representativa e não há eleições periódicas em nível global, a democracia deliberativa pode funcionar como um substituto válido, concedendo participação nos processos de tomada de decisão. Exemplo desse fenômeno é a Convenção Européia de Direitos Humanos, que traz previsão de que queixas individuais sejam apresentadas ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, por sua vez, tem jurisdição obrigatória sobre seus Estados-Membros.⁴⁹

⁴⁸ KINGSBURY, et al, op. cit.

⁴⁹ Vide: Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

Concordamos com Kingsbury, Krisch e Stewart quando observam que o espaço administrativo global tem peculiaridades e dinâmicas próprias e diversificadas, “o que exigirá dos pesquisadores estudos e teorizações independentes, num esforço para integrar e transcender tanto o direito internacional tradicional quanto o direito administrativo interno.”⁵⁰

Tendo em vista a característica da inexistência de uma separação rígida entre os níveis doméstico e o internacional no espaço administrativo global, o relacionamento entre estes requer um reajuste pragmático contínuo, questão metodológica esta que exigirá também muito trabalho da academia. Mas, sob a premissa de uma abordagem que enfatize o aspecto da legalidade e se concentre na revisão como modo de controle das agências pelos atores centrais, a metodologia será adaptável a diversas formas de ordem internacional e a variadas formas de administração global (papel similar ao desempenhado pelos órgãos internacionais revisores da ação de organizações internacionais).

E, ainda, numa concepção que veja a necessidade de o Estado policiar os limites de delegação à administração global, haverá a necessidade de criação de mecanismos nacionais (leis administrativas) para o controle das organizações transnacionais ou intergovernamentais que desempenharão essa função de policiamento.

De qualquer forma, sejam quais forem as bases ou formas de administração internacional, as instituições administrativas terão de resolver problemas de colaboração ou coordenação. Além disso, a definição de centro e subordinação, assim como a de delegação e supervisão, variará. Todavia, inevitavelmente, todas as instituições terão de enfrentar questões de responsabilidade e controle interno, e então os estudos de DAG contribuirão para a solução desses problemas.

Em nossa leitura, verificamos que o Projeto de Pesquisa da NYU sobre DAG está engajado na coleta de um conjunto mais amplo de dados e análises sobre o este novo ramo do Direito, incluindo casos em que o direito administrativo, ou regras e procedimentos próximos ao direito administrativo,

⁵⁰ Adaptação em português do original: “*This space is characterized by distinct features and dynamics that call for independent positive and normative study and theorizing. These efforts must necessarily build on, but at the same time transcend, both traditional international law, and domestic administrative law.*” KINGSBURY, Benedict, Krisch, Nico, e Stewart, Richard B. *The Emergence of...*, cit., p. 13.

são usados para promover a tomada de decisões observando a transparência, a participação e a prestação de contas em diversas estruturas a nível global.

No entanto, o conhecimento sobre este conjunto de práticas ainda não está estruturado como um ramo específico do Direito, estando disperso entre diferentes subcampos do direito internacional, do direito administrativo, da regulamentação, da política internacional, e outras áreas afins.

Em nosso entendimento, as pesquisas sobre o DAG e a abordagem deste nascente ramo do Direito são urgentes para a melhor compreensão do funcionamento dos modelos dominantes de governança global, bem como para o entendimento normativo quanto ao lugar da diversidade, igualdade e equidade no espaço administrativo global, a fim de viabilizar alternativas aos modelos atualmente existentes, que contemplem a democracia e a justiça.

Concluimos que o campo do DAG é um nascente ramo do Direito, distinto do Direito Internacional e do Direito Administrativo interno, e pensamos que o DAG vem como resposta às questões não resolvidas no cenário da globalização, da nova concepção de Estado, e do surgimento de novas tecnologias e instituições internacionais, porquanto vem propor uma via regulamentadora das recentes e diversas relações jurídicas daí decorrentes.

Referências

- ABREU, Francisco Duarte, À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global, *e-Pública* Vol. I No. 1, Janeiro 2014 (187-202).
- AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. O Direito Administrativo Global e a sua Aplicação na Trajetória Internacional da Lei Maria da Penha, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDirJUFGRS*, edição digital, Porto Alegre, Volume X n.3 2015. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58601/36258>> Acesso em: 17.09.2019.
- BADIN organiz, Michelle Ratton Sanchez. Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaios-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.10.2018.

- BOGDANDY, Armin von, Matthias Goldmann, Ingo Venzke, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 1, 1 February 2017, Pages 115–145.
- CASSESE, Sabino. Global Administrative Law: The state of the art, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article-abstract/13/2/465/735692>> Acesso em: 02.08.2018.
- Idem. What is global administrative law and why study it?, RSCAS Policy Papers 2012/04. Disponível em <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22374/RSCAS_PP_2012_04.pdf>. Acesso em 12.09.2019.
- IDEM. I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale, Rome, Donzelli, 2009.
- CASSESE, Sabino, B. Carotti, L. Casini, E. Cavalieri, E. MacDonald, M. Macchia, M. Savino, eds., *Global Administrative Law: The Casebook*, IRPA-IILJ, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2140384>> Acesso em: 10.11.2018.
- CHIMNI, B. S. “Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law”. *New York University Journal of International Law and Politics* 37(4): 799-827, 2005, in BADIN organiz., Michelle Ratton Sanchez. Ensaios sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil, 2016. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/.../Ensaios-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf>> Acesso em: 10.out.2018.
- FREITAS, R. V. As novas tecnologias e o Direito Administrativo Global. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, v. 1, n.129, abr 2016, p. 1.
- HABERMAS, Jürgen. A political constitution for the pluralist world society? Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4676860/mod_resource/content/1/2.%20J.Habermas%20-2005-%20A%20political%20constitution%20for%20pluralist%20world%20society.pdf Acesso em 09.09.2019.
- KINGSBURY, Benedict, Krisch, Nico, e Stewart, Richard B.. The Emergence of Global Administrative Law. Nova Iorque: IILJ Working Paper 2004/1, Global Administrative Law Series, 2004. Disponível em: <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>. Acesso em 10.10.2018.
- OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio Ricardo. Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese). *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis*, p. 357-360, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/30118>>. Acesso em 17.09.2019.

- POSNER, Eric A. *The Perils of Global Legalism*, Chicago. The University of Chicago Press, 2009. Disponível em: <https://www.press.uchicago.edu/Misc/Chicago/675749.html> Acesso em 17.09.2019.
- POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 10, n. 1, 2013 p. 171-193.
- ROQUE, Miguel Prata, A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo – Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas, AAFDL Editora, Lisboa, 2014.
- IDEM, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo – Globalização e mitigação do princípio da territorialidade do Direito Público*, Revista de Direito Público, Ano III, nº 5 – Janeiro/Junho, p. 107-155, 2011.
- SCHILL, Stephan W. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13-53, jan./abr. 2015.
- SOUSA, Nuno Vasconcelos A., O Direito Administrativo Global da Aviação Civil, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, nº 11 (2018) Universidade Lusófona do Porto p. 98 – 116.
- STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. aum. São Paulo: LTr, 1996. p. 215-225.
- TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*, 1997.
- ZUMBANSEN, Peer C., Transnational Legal Pluralism (January 26, 2010). *Transnational Legal Theory*, Vol. 10, No. 2, pp. 141-189, 2010; CLPE Research Paper No. 01/2010. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1542907>> Acesso em 09.09.2019.

A imunidade tributária do estado estrangeiro e a frustração da integral realização da receita pública no Brasil: um desafio a governança pública

The tax immunity of the foreign state and the frustration of the comprehensive performance of the public revenue in Brazil: a challenge to public governance

ROGÉRIO DE SOUZA HÜTTNER¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a imunidade tributária do Estado estrangeiro e a realização da receita pública do Estado brasileiro. Busca-se responder se a não tributação das missões diplomáticas e consulares afeta a governança pública do Brasil na realização das suas políticas públicas. Faz-se um estudo analítico do ordenamento jurídico brasileiro na área do seu Direito Tributário, bem ainda dos postulados de Direito Internacional Público quanto as relações diplomáticas e consulares, uma vez que a problemática do caso envolve essas duas áreas jurídicas. Analisa-se o entendimento da Suprema Corte brasileira quanto ao tema, em decorrência da sua competência para julgar o conflito fiscal entre os Estados. Reconhece-se a imunidade de jurisdição e de execução do Estado estrangeiro, cuja repercussão no aspecto quantitativo da arrecadação tributária brasileira é insignificante. Conclui-se que a governança pública no Brasil é fragilizada pelo fato de que são receitas públicas que deixam de ingressar aos cofres públicos e, conseqüentemente, não podem ser vertidas como recursos para a realização do bem comum.

Palavras-Chave: Governança pública. Arrecadação tributária. Execução fiscal. Estado estrangeiro. Imunidade de execução.

¹ Procurador da Fazenda Nacional lotado na Divisão de Assuntos Fiscais da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região, Porto Alegre-RS, Brasil. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Tributário e Direito Internacional.

Abstract: This article aims to analyze the tax immunity of the foreign state and the realization of public revenue of the Brazilian state. The question is whether the non-taxation of diplomatic and consular missions affects Brazil's public governance in the realization of its public policies. An analytical study is made of the Brazilian legal system in the area of its Tax Law, as well as the postulates of Public International Law regarding diplomatic and consular relations, since the problem of the case involves these two legal areas. The understanding of the Brazilian Supreme Court on the subject is analyzed, due to its competence to judge the fiscal conflict between the states. The immunity of jurisdiction and enforcement of the foreign State is recognized, whose repercussion on the quantitative aspect of the Brazilian tax collection is insignificant. It is concluded that public governance in Brazil is weakened by the fact that these are public revenues that cease to enter the public coffers and, consequently, cannot be considered as resources for the realization of the common good.

Keywords: *Public governance. Tax collection. Tax enforcement. Foreign State. Enforcement immunity.*

Data de submissão: 30 de setembro de 2019.

Introdução

Ao falarmos sobre governança pública, no caso aquela prestada de forma eficiente e com resultados positivos para os nacionais de um país, temos que ter em mente a existência de receitas monetárias para aparelhar o Estado respectivo dos meios para aquela realização.

Assim, a arrecadação tributária, no âmbito da governança no setor público, é essencial para que o Estado exerça da forma mais plena possível a sua capacidade de implementação das políticas públicas e, principalmente, a realização das metas coletivas.

Por sua vez, é sabido e consabido que na seara do Direito Internacional Público nos deparamos com imunidades e prerrogativas dos Estados acreditantes face ao Estado acreditado, fato esse muitas vezes frustrante da efetiva realização das receitas públicas em todo o mundo globalizado e, em especial, no Brasil.

Far-se-á a seguir uma análise jurídica – material e processual – abordando-se os aspectos atinentes ao Direito Tributário, Direito Internacional Público e, por fim, os seus desdobramentos no Sistema Judiciário Brasileiro.

1. A conformação do tema pelo Direito Tributário Brasileiro

Lição preliminar em ciência jurídica nos ensina que dos fatos sociais decorrem relações jurídicas entre as pessoas, físicas e jurídicas, privadas e públicas, cujo conflito de interesses que lhes é decorrente implica na criação de direito positivo que assim o regule.

Diante dessa necessidade de regular as relações jurídicas em sua vasta manifestação social, ao longo do tempo, chegamos no ramo de direito público tido como tributário.

Alfredo Augusto Becker abordou a relação jurídico-tributária da seguinte forma:

A regra jurídica especificamente tributária é a que, incidindo sobre fato lícito, assegura a continuidade e a realização da relação constitucional do Estado-Realidade Natural, porque faz uma pessoa qualquer assumir posição no polo negativo da relação constitucional, impondo-lhe um dever jurídico. Direito Tributário é o sistema formado pelas regras jurídicas que disciplinam o nascimento, vida e extinção daquele dever.²

A lição daquele mestre é no sentido de que a relação jurídico tributária, ao vincular os sujeitos envolvidos, atrai a regra jurídica tributária que incidirá, obrigatoriamente, sobre fato lícito, impondo a uma parte o dever de realizar a prestação em benefício da outra, cujo objeto da mesma é o tributo.

No Brasil devemos considerar o disposto pelo artigo 3º, do Código Tributário Nacional, o qual traz a definição adotada pelo nosso ordenamento jurídico para tributo, objeto da relação jurídica acima referida:

² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2007, p. 274.

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.³

A tendência contemporânea é de colocar o contribuinte, e não o tributo em si, como centro do direito tributário, a qual entende que se deve ir além da mera subsunção da norma ao fato tributário, sendo considerada a interpretação jurídica como mais relevante nesse processo.

Nesse sentido, a arrecadação deve respeitar a dignidade do ser humano, em oposição a técnica arrecadatória cujo ato de Estado seria uma simples demonstração de força estatal em benefício dos detentores do poder.

Um bom exemplo dessa tendência é o projeto de Código de Defesa do Contribuinte do Congresso Nacional, bem ainda alguns Estados da federação onde já existe este mecanismo, como a Lei Complementar 939/03, do Estado de São Paulo, a qual instituiu o código de direitos, garantias e obrigações do contribuinte naquela unidade da Federação.

Ainda, ao falarmos sobre crédito público temos que é difícil separar a obrigação tributária do crédito tributário pelo fato de que ambos decorrem de uma mesma dívida, ou seja, se por consequência do fato gerador existir uma obrigação tributária essa sempre haverá de gerar um crédito, mas a verdade é que ambos representam as duas faces de uma única relação jurídica.

Numa visão objetiva, a obrigação tributária é uma relação que se estabelece entre os sujeitos ativo e passivo, iniciada pela ocorrência do fato gerador do tributo, conforme previsão legal, sendo que o crédito tributário é o direito subjetivo que a lei assegura ao titular daquela obrigação. O sistema tributário brasileiro também faz essa distinção no Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172/66, conforme se vê dos artigos 139, 140 e 141.

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias⁴

Existem outros créditos decorrentes de preços públicos e receitas patrimoniais nos quais não há a característica compulsoriedade do tributo, que são aqueles casos em que há receita pública originária da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade (preço público), bem ainda nos casos em que a receita é gerada pelo uso de bem público permitido ou concedido a particular (receita patrimonial).

O fato é que todos esses créditos constituem a chamada dívida ativa dos entes públicos, constituindo-se ela de créditos tributários e não-tributários. Essa classificação foi consagrada pela Lei nº 4.320/64, a qual estatuiu normas gerais de direito financeiro visando a elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes públicos de direito interno, conforme o contido no seu artigo 39 e parágrafos:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º – Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º – Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e

⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

§ 3º – O valor do crédito da Fazenda Nacional em moeda estrangeira será convertido ao correspondente valor na moeda nacional à taxa cambial oficial, para compra, na data da notificação ou intimação do devedor, pela autoridade administrativa, ou, à sua falta, na data da inscrição da Dívida Ativa, incidindo, a partir da conversão, a atualização monetária e os juros de mora, de acordo com preceitos legais pertinentes aos débitos tributários

§ 4º – A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978.

§ 5º – A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.⁵

Com o passar do tempo, tanto a legislação quanto a jurisprudência foram criando novas rubricas a título de dívida ativa, tais como os empréstimos compulsórios previstos pela Constituição Federal de 1988; as reposições dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais (Lei 8.112/90, artigo 47); tarifa de água não paga; multa decorrente de sentença penal condenatória (Código Penal – CP, artigo 51); débitos impostos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei 8.884/94, artigo 60); débitos impostos pelo Tribunal de Contas etc.

⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Normas Gerais de Direito Financeiro, Lei 4.320*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em 30 set. 2019.

O crédito público somente se transformará em dívida ativa com a certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial, constituído unilateralmente pela Fazenda Pública, com o qual se ajuizará a ação executiva fiscal como medida extrema para recuperação da dívida ativa a qual representa.

Essa cartularização da dívida, ou seja, a inscrição da dívida ativa da Fazenda Pública, é um ato administrativo autônomo, pois distinto do lançamento fiscal, onde reproduz o crédito tributário adrede constituído, atividade exigida por lei para que a dívida possa ser cobrada com os atributos de liquidez e certeza.

Porém, essa presunção de liquidez e certeza não é absoluta, cuja relatividade permite que ela seja ilidida por prova inequívoca por parte do sujeito passivo, cabendo, pois, ao devedor apontar e comprovar a existência de vícios formais ou materiais da inscrição ou, inclusive, do lançamento da qual ela foi originada, bem ainda eventuais imunidades atinentes ao sujeito passivo da relação fiscal.

2. A conformação do tema pelo Direito Internacional Público

A doutrina faz a distinção entre sociedade e comunidade internacional, uma vez que o que rege as relações internacionais é a necessidade de tolerância entre os Estados, e não a existência de um sentimento mais profundo de unidade, como ocorre em um Estado quando da sua composição por um povo e território definido, regido por uma ordem comum.

Será o Direito Internacional Público, ou Direito das Gentes, o responsável pela disciplina e regulamentação daquelas atividades entre os Estados, as organizações interestatais e até dos próprios indivíduos quando dentro do contexto internacional.

Nesse sentido é o ensinamento de Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella:

Pode, assim, ser definido o direito internacional como o conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas dos estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, bem como dos indivíduos.

Justamente aí se inscreve a característica essencial desse direito internacional em mutação, que pode ser chamado de direito internacional pós-moderno: a emergência e o papel crescente do ser humano, no contexto internacional. A crise da pós-modernidade não surge no direito, mas atinge em cheio o direito internacional e terá de ser enfrentada por este.⁶

Ao contrário do entendimento dos autores citados, temos que a doutrina clássica reconhece como sujeito do Direito Internacional Público o Estado e os Organismos Internacionais, basicamente pelo fato de que os mesmos têm a maior gama de prerrogativas, em especial a capacidade de celebrar os Tratados, importante – e principal – fonte de direito na esfera internacional.

Com efeito, além de ser o principal ator e o sujeito originário da sociedade internacional, é o Estado que cria parte expressiva das normas de direito internacional, bem ainda é ele o formador das organizações internacionais, cujas contribuições monetárias lhes são fundamentais para suas existências e operacionalidade.

Por conseguinte, nesse contexto internacional do Estado, surge a figura da missão diplomática, que é o conjunto de diplomatas e outros funcionários encarregados de representar internacionalmente, ou seja, em outro território, o seu Estado de origem.

Modernamente temos que as expressões “missão diplomática” e “embaixada” são sinônimos, no sentido de que elas são usadas para se referir às instalações físicas de uma representação diplomática, ou seja, se referem a uma missão permanente residente junto ao país onde ela está situada, ou, de forma mais objetiva, são os locais da missão, tais como edifícios, partes de edifícios e até terrenos anexos utilizados para as finalidades da missão, estando aí incluída a residência do chefe da mesma.

É evidente o perfil político das missões diplomáticas, ao contrário das repartições consulares, uma vez que aquelas destinam-se a amparar de forma segura as relações entre o estado representado e os estados que as sediam, zelando pelos direitos e interesses do respectivo país e de seus nacionais.

Embora a missão diplomática seja integrada pelo chefe da missão e demais diplomatas, ela também inclui todas as pessoas que prestam o apoio administrativo, técnico e de serviços. O direito internacional faz distinção

⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

entre esses e os bens físicos da missão – móveis e imóveis – quando trata de privilégios e imunidades reconhecidos a todos eles.

Assim, os Estados no âmbito internacional, ou seja, no seio da sociedade internacional, relacionam-se entre si por meio de pessoas que atuam como seus representantes ou agentes, os quais são funcionários estatais que, em outro país, representam os interesses e os direitos de quem servem, bem ainda executam as tarefas necessárias para a consecução de tais fins.

Essas atividades, e os seus agentes, se distinguem pela realização de misteres políticos e administrativos, as quais estão devidamente regradas por Convenções Internacionais, lembrando-se que as atividades políticas sempre serão realizadas pelos agentes diplomáticos, os quais serão necessariamente nacionais do Estado acreditante, enquanto que as administrativas o serão pelos agentes consulares que podem inclusive ser nacionais do Estado acreditado.

Evidente, pois, o caráter de repartição pública que possuem os consulados, o que está expressamente consignado pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, no seu artigo 1º, alínea “a”, quando usa as palavras “repartição consular”.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 foi promulgada no Brasil pelo Decreto 56.435, de 08 de junho de 1965 (Diário Oficial da União – DOU de 11/06/1965)⁷, enquanto que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 o foi pelo Decreto 61.078, de 26/07/1967 (Diário Oficial da União de 28/07/1967)⁸.

3. A conformação do tema no aspecto jurídico-processual: a imunidade dos Estados no sistema judicial brasileiro

Esse assunto está intrinsecamente ligado a questão relativa aos privilégios e garantias dos representantes de um Estado em território de outro Estado

⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

e, como já visto acima, tem como fontes clássicas as Convenções de Viena sobre agentes diplomáticos e agentes consulares.

Inferre-se da análise dos referidos textos que o serviço diplomático possui um estatuto bem mais favorável a tais privilégios e garantias do que o estatuto que rege as relações consulares, pelo fato de que o agente diplomático trata de assuntos eminentemente de caráter político, enquanto que os agentes consulares cuidam de interesses administrativos do Estado acreditante, sendo a tônica representativa os interesses privados dos seus nacionais, ao contrário daqueles que tratam de assuntos de Estado.

Essas imunidades se dão na jurisdição penal e civil, alcançado inclusive a matéria tributária, cujos privilégios das duas categorias de agentes estendem-se aos membros das respectivas famílias, bastando para isso que vivam sob a dependência daqueles e tenham sido incluídos na lista diplomática.

A imunidade de jurisdição frente ao Estado estrangeiro, ao contrário dos agentes diplomáticos e consulares, tem como fonte uma norma costumeira de direito internacional, cuja teoria clássica que prevaleceu ao longo da história fundava-se no princípio *par in parem non habet iudicium*, ou seja, iguais não podem julgar iguais, sendo a mesma o marco jurídico inicial do tema nos casos apreciados pela jurisprudência brasileira.

Todavia, com o passar do tempo e a crescente expansão do direito internacional, em especial no final do século XIX e início do século XX, decorrente da progressiva e substancial intensificação das relações internacionais, acabou por surgir a visão moderna dessa situação, consubstanciada na distinção de atos de império e de atos de gestão praticados pelo Estado em território de outro Estado e sua eventual apreciação pelo Poder Judiciário desse.

Como se sabe, os atos de império são aqueles praticados por um Estado no exercício de suas prerrogativas soberanas, enquanto que nos atos de gestão o ente estatal se equipara a um particular na condição de qualquer outro cidadão.

Portanto, hodiernamente fala-se em teoria absoluta da imunidade de jurisdição e teoria relativa, aquela quando for levado ao judiciário um ato de império do Estado acreditante, e a última quando estivermos em um conflito de interesses relativo aos atos de gestão daquele.

Faz-se essa distinção em simetria com a teoria geral do processo, uma vez que o conhecimento da pretensão do autor, por parte do Juiz, não garante

sua execução, principalmente quando a mesma requer para sua realização a imposição de medidas restritivas ao patrimônio do Estado estrangeiro.

Esse assunto é controverso, tanto na doutrina como na jurisprudência, como podemos perceber pelo texto de Paulo Henrique Gonçalves Portela:

Parte da doutrina defende a imunidade absoluta de execução, com o objetivo de evitar desgastes nas relações internacionais e com fulcro nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e sobre Relações Consulares, de 1963, que consagram a inviolabilidade dos bens das missões diplomáticas e consulares em dispositivos como, por exemplo, o artigo 22, par. 3º, da Convenção de 1961, que dispõe que “Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução”.

Entretanto, há quem defenda a relativização da imunidade de execução, nos mesmos termos referentes à imunidade de jurisdição. Nesse sentido, entende-se que, se a imunidade no processo de conhecimento restou relativizada, sob o argumento de que não mais subsiste tal regra na comunidade internacional, tal posicionamento deveria ser tomado também em relação à imunidade de execução. Em matéria especificamente trabalhista, tal orientação funda-se também na tese de proteção do trabalhador, corolário direto do compromisso de proteção da dignidade humana assumido pelos Estados por meio dos tratados de direitos humanos e de Direito Internacional do Trabalho.⁹

Inobstante tal questão apresentada pelo referido autor, o qual aponta para a necessária relativização da imunidade de execução, com certeza pode ser dito que essa imunidade (de execução) é autônoma em relação a imunidade de jurisdição, uma vez que mesmo que haja a superação dessa última e o Estado estrangeiro seja processado no judiciário do Estado acreditado será necessário, novamente, o enfrentamento da questão da imunidade de execução pelo simples fato de que ela é completamente independente, configurando outro conflito no âmbito do Direito Internacional Público, embora de idêntica natureza.

Por relevância, deve ser registrada a novel Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais do Estado e de Seus Bens, ano de 2005, realizada no âmbito da

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 211-212.

Organização das Nações Unidas – ONU, a qual representa a primeira normatividade a tratar sobre as imunidades específicas do Estado estrangeiro.

Continuando, pois, com a discussão objeto do presente artigo, já referimos que a ação de execução fiscal é a via processual pela qual o credor – Fazenda Pública – buscará a efetiva realização do crédito público através da satisfação compulsória desse crédito perante o contribuinte ou responsável tributário, cuja petição inicial da referida demanda será a Certidão de Dívida Ativa, na forma do até aqui visto, ressaltando-se o fato de que esse tipo de ação também é usado para a cobrança de dívida ativa não tributária.

O executivo fiscal, no Brasil, tem regramento próprio, estabelecido pela Lei nº 6.830/80, também conhecida como Lei de Execução Fiscal – LEF¹⁰, sendo que o Código de Processo Civil – CPC será aplicado de forma subsidiária ao mesmo, em especial a parte referente a execução de título extrajudicial.

Essa lei é expressa quanto a legitimidade ativa, no seu artigo primeiro, ao dizer que o procedimento especial por ela previsto tem aplicação exclusiva por parte da Fazenda Pública quando da execução de seus créditos, assim entendidos os entes políticos e suas autarquias.

Quando o ente público de direito externo, no caso o Estado acreditante, se tornar sujeito passivo por descumprir obrigação pecuniária legal ou contratualmente imposta pela Fazenda Pública, seja em relação a uma obrigação tributária ou não-tributária, a Procuradoria da Fazenda Nacional, após a regular inscrição em dívida ativa, consultará o Estado devedor sobre a possibilidade de o mesmo reconhecer a dívida, concordando com o seu pagamento, ou, ainda, se ele abrirá mão de sua imunidade, caso em que será ajuizada a respectiva execução fiscal no Supremo Tribunal Federal – STF. Tudo isso deverá ser feito por intermédio da Secretaria-Geral do Ministério das Relações Exteriores, mediante expedição de ofício para tal.

Se o Estado acreditante não abrir mão de sua imunidade, de forma expressa ou pelo simples silêncio, a Procuradoria da Fazenda Nacional não ajuizará a demanda executiva, mas manterá a respectiva inscrição em Dívida Ativa do crédito em questão, cuja responsabilidade é da Pessoa Jurídica de Direito Público Interno.

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei de Execução Fiscal, Lei 6.830*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

Isso porque o Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição tributária, ou, como dizem os exatos termos das Convenções de Viena sobre as relações diplomáticas e consulares, de isenção fiscal, onde existe a liberação do pagamento de impostos e taxas na forma do ali disposto.

A Suprema Corte brasileira tem entendido que no campo executivo a imunidade é absoluta, ou seja, mantém-se a imunidade de jurisdição para esse fim, a qual prevalece inclusive para atos de gestão.

Exemplo disso é a decisão monocrática proferida na Ação Cível Originária – ACO 709/SP, movida contra o Consulado Geral da França no Estado de São Paulo, em que a Fazenda Nacional atua via execução fiscal na cobrança de crédito referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, contribuição social de natureza especial, cuja ementa abaixo se transcreve:

Ementa: execução judicial contra estado estrangeiro. Competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, i, “e”). Imunidade de jurisdição (imunidade à jurisdição cognitiva) e imunidade de execução (imunidade à jurisdição executiva). O “status quaestionis” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Doutrina. Prevalência do entendimento no sentido da impossibilidade jurídica de execução judicial contra estados estrangeiros, exceto na hipótese de expressa renúncia, por eles, a essa prerrogativa de ordem jurídica. Posição pessoal do relator (Ministro Celso de Mello), que entende viável a execução contra estados estrangeiros, desde que os atos de constrição judicial recaiam sobre bens que não guardem vinculação específica com a atividade diplomática e/ou consular. Observância, no caso, pelo relator, do princípio da colegialidade. Julgamento da causa nos termos da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal. Processo de execução declarado extinto, sem resolução do mérito.¹¹

Para o Ministro Relator seria possível o prosseguimento daquela demanda executiva se a mesma recaísse sobre bens não afetos ao serviço da missão diplomática, seja nas suas relações diplomáticas quanto nas consulares.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 709 São Paulo*. Brasília, 26 de agosto de 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ACO%29%28709%29%28ENOME%2E+OU+709%28EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2atfwa>. Acesso em: 30 set. 2019.

Registre-se, pois, que parte da doutrina reconhece como hipóteses de execução contra Estado estrangeiro aquelas relações jurídicas decorrentes de negociações diplomáticas, ou seja, de caráter político entre os Estados envolvidos, quando existente a renúncia pelo Estado acreditante e, ainda, pelo envio de carta rogatória para o exterior.

Quanto as causas de natureza tributária, também nos casos de execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública, melhor sorte não resta contra a imunidade de execução aqui estudada.

O magistério de Francisco Rezek é categórico quanto a imunidade de execução absoluta inclusive na seara fiscal. Vejamos:

É regida pelo direito internacional, e imune, por isso, a qualquer jurisdição doméstica, toda relação entre Estados soberanos, por miúdo e prosaico que pareça seu domínio. Nenhum erro mais primário se cometeu no Brasil, nos últimos anos, do que o ajuizamento, pela advocacia do fisco, de ações executivas contra nações estrangeiras – apresentadas formalmente pelo autor como “consulados” deste ou daquele país – para cobrança de tributos ou de multas fiscais (!!!). Se o Estado estrangeiro, aqui representado por sua missão diplomática ou consular, comete qualquer falta ou abuso de direito, incumbe ao governo da República, pela voz do Ministério das Relações Exteriores, chamá-lo à ordem, prevenir a repetição do abuso, ou mesmo reprimi-lo com medida mais séria como a censura ao agente diplomático ou consular faltoso, a declaração de persona non grata que o devolva à origem, eventualmente a instauração de um contencioso internacional. São normas e práticas internacionais, aqui interpretadas e aplicadas pelo governo, com uma larga margem de discricionariedade casuística, que estabelecem, por exemplo, os limites à importação isenta que as missões estrangeiras realizam normalmente, seja de veículos ou de equipamentos de informática, seja de álcool para sua atividade social.¹²

Como se percebe, o autor em tela defende a imunidade de execução absoluta, uma vez que não faz distinção entre os tributos devidos pelo Estado estrangeiro e as eventuais multas, as quais invariavelmente não têm natureza tributária, deixando evidente o seu desprezo por qualquer atividade judicial com o fim de constranger aquele ao pagamento de um crédito fiscal.

¹² REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183-184.

Considerações finais

Da análise do acima exposto temos que as regras previstas pelas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares são de cumprimento obrigatório pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Tal não pode ser diferente face ao contido no artigo 98, do Código Tributário Nacional – CTN¹³, que diz que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária nacional.

Para o Supremo Tribunal Federal – STF vigora o entendimento de que a imunidade de execução é absoluta, não admitindo exceções, seja para os créditos tributários como para os créditos não-tributários, atos de império ou atos de gestão, cujo prosseguimento de eventual demanda dar-se-á mediante expressa renúncia à imunidade por parte do Estado acreditante.

Na verdade, essa imunidade comportaria exceções por uma via reflexa, uma vez que o Estado acreditante e seus representantes (diplomatas e consulares) sempre arcarão com os impostos indiretos, tarifas correspondentes a serviços utilizados, tributos relativos aos imóveis particulares que venham a possuir no território do Estado acreditado e tudo o mais que não tenha a ver com o objetivo da missão.

Porém, para a presente análise, a ideia é de que a governança pública é fragilizada em decorrência da garantia de intributabilidade prevista nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, quer nos casos de isenção favorável as missões diplomáticas e repartições consulares, quer no caso da imunidade tributária genérica de que goza o Estado estrangeiro.

Essa situação decorre do simples fato da não entrada dessas receitas públicas nos cofres do ente estatal, as quais não poderão ser usadas como recursos para o desenvolvimento do país na área social e econômica, eis que não se pode olvidar de que o principal objetivo de qualquer Estado é a realização do bem comum do seu povo.

A presente crítica não reside, por óbvio, no quantitativo econômico que resulta dessa imunidade, o qual é insignificante diante da arrecadação

¹³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

tributária dos entes federados brasileiros, mas no exemplo que os Estados deveriam dar na sociedade internacional pós-moderna, em especial no que diz respeito aos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, com o fim de mostrar a todos, nacionais ou não, que a arrecadação das receitas tributárias e não-tributárias são essenciais para a realização das políticas públicas de boa governança, devendo por todos ser respeitadas.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Accioly, Hildebrando Pompeo Pinto
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noesis, 2007.
- BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lucia Sa Motta Americo dos. *Curso de Atualização Fiscal: Teoria Geral do Tributo: Impostos Indiretos: Contribuições Sociais e Regime Jurídico Tributário do SIMPLES*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei de Execução Fiscal, Lei 6.830*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Normas Gerais de Direito Financeiro, Lei 4.320*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em 30 set. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 709 São Paulo*. Brasília, 26 de agosto de 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ACO%29%28709%2ENUME%2E+OU+709%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2atfwa3>. Acesso em: 30 set. 2019.
- GODOI, Marilei Fortuna e outros. *Execução Fiscal Aplicada, Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.
- GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELO FILHO, João Aurino de; SANDRI, Marcos Paulo e outros. *Execução Fiscal Aplicada, Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VILLELA, Gilberto Etchaluz. *Teoria da Exigibilidade da Obrigação Tributária*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

(In)dependência dos Bancos Centrais em direção a um novo paradigma pós-crise global

(In)dependence of Central Banks towards a new post-crisis global paradigm

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES¹

Resumo: O artigo contextualiza o modelo de independência dos bancos centrais, identificando suas raízes, seus fundamentos teóricos, suas características e as principais críticas desferidas contra o paradigma. Com base nessas premissas, descreve os novos modelos que têm emergido após a crise global de 2007-2008, cujo traço marcante é a mitigação do modelo da autonomia. Por fim, desenvolve algumas características que são úteis na formulação de novas institucionalidades híbridas que combinam expertise e responsabilidade democrática. Como resultado da recente crise econômica global, novas abordagens que evocam uma melhor interação entre o poder político e a técnica regulatória financeira devem refletir na criação do aparato institucional do banco central.

Palavras-chave: *Independência dos bancos centrais. Críticas. Modelos pós-crise de 2007-2008. Expertise e responsabilidade democrática.*

Abstract: The article contextualizes the independence model of the central banks, identifying their roots, their theoretical foundations, their characteristics and the main criticisms made against the paradigm. Based on these premises, it describes the new models that have emerged after the global crisis of 2007-2008,

¹ Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, área de concentração em Ciências Jurídico-Econômicas; Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2012); Pós-graduado em Direito Público e Finanças Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2008); Advogado da União (desde 2003), ex-advogado da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras (2002-2003) e da Companhia Energética de São Paulo – CESP (1997-2002).

whose striking feature is the mitigation of the autonomy's model. Finally, it develops some characteristics that are useful in the formulation of new hybrid institutions that combine expertise and democratic responsibility. As a result of the recent global economic crisis, new approaches that evoke better interaction between political power and the financial regulatory technique must reflect on the creation of the central bank's institutional apparatus.

Keywords: *Independence of central banks. Criticisms. Post-crisis 2007-2008 models. Expertise and democratic responsibility.*

Data de submissão: 30 de outubro de 2018 (alterado em 24 de agosto de 2019)

Introdução

Desde o início da década de 1990, um paradigma de governança se tornou praticamente consenso em esfera global: o de que os bancos centrais dos países deveriam gozar de independência e autonomia técnica na condução da política monetária para assegurar a estabilidade dos preços e crescimento econômico contínuo. Em tal período, denominado de a “Grande Moderação”, a conjugação de inflação baixa e níveis moderados de crescimento econômico fez com que tal concepção, fortemente incentivada por organizações internacionais, como o Comitê de Basileia e o Fundo Monetário Internacional (FMI), se tornasse dominante na maioria dos países.

Nada obstante, a sua implementação efetiva em muitos países não se tornou realidade. No Brasil, tal autonomia, embora defendida por muitos especialistas, jamais foi concretizada na prática. Ocorre que, na sequência da crise econômico-política que assola o país desde 2014, o governo federal, em fevereiro de 2018, após ver baldadas suas tentativas de emplacar uma reforma na previdência social, apresentou quinze medidas econômicas que seriam defendidas no afã de superar a crise. Dentre essas medidas, houve a inclusão na pauta prioritária do governo uma iniciativa legislativa que tem por objetivo conferir autonomia ao Banco Central do Brasil².

² Na realidade, tal assunto não é novo no debate político-econômico brasileiro. Está em discussão no Congresso Nacional, desde 2007, um Projeto de Lei do Senado, de nº 102, de autoria do Senador Arthur Virgílio, pelo qual se pretende conferir autonomia administrativa,

Entretanto, tal medida vem na contramão da atual tendência mundial. Hodiernamente pairam sérias dúvidas acerca da efetividade e da legitimidade democrática em tal autonomia, ganhando corpo posicionamentos que questionam severamente tal medida. Por ocasião da crise econômica global desencadeada em 2007-2008, a própria configuração institucional das atividades do banco central foi completamente transformada, ganhando um escopo fundamental que até então era obscurecido: o reforço na estabilidade financeira. Esses desdobramentos se acrescentam aos questionamentos desenvolvidos em sentido contrário à irrestrita independência aos bancos centrais do escrutínio político.

De fato, a crise ressaltou as deficiências na regulação do sistema financeiro, não só a nível global, mas também no âmbito dos Estados nacionais, provocando uma revisão de conceitos e de paradigmas. Existe um relativo consenso atual por todas as partes do globo de que a falta de amarras regulatórias no setor financeiro contribuiu para a geração da crise e para a potencialização de seus efeitos. Após a crise, verificou-se um fortalecimento da supervisão micro e macroprudencial do sistema financeiro no âmbito dos bancos centrais, que até então estava ofuscada pelo mandato da política monetária. Além disso, os bancos centrais foram chamados para tomar medidas de *lender of last resort* até então desconhecidas, tanto em volume quanto na natureza das medidas, que não ficaram imunes ao debate político.

Com efeito, no atual contexto pós-crise global, a independência do banco central ainda possui alguma sustentação técnico-científica? O banco central, sobretudo após a agregação de novas tarefas decorrentes das insuficiências do período pré-crise, deve ser autônomo do poder político? Porque o Brasil se encontra na direção contrária da tendência mundial de fortalecimento do poder político, em detrimento do modelo de agências reguladoras independentes? O presente ensaio pretende lançar luz sobre tais questões, no afã de desenvolver um modelo mais consentâneo com os tempos atuais.

Ab initio, ainda, antes de adentrar ao conteúdo, deve-se esclarecer que há algumas variações institucionais na governança econômico-financeira

econômica, financeira e técnica ao Banco Central do Brasil. A versão original deste artigo foi concluída em outubro de 2018, no final do governo Temer, portanto, mas a independência do banco central também é pauta econômica do governo Bolsonaro, de modo que suas reflexões e conclusões remanescem atuais.

dos países. Enquanto que em alguns países os bancos centrais somente cuidam da política monetária, em outros eles também cuidam da regulação e da supervisão bancária, geralmente em um órgão fracionário de sua estrutura. No primeiro caso, as funções de regulação e de supervisão do sistema financeiro normalmente ficam a cargo do ministro das finanças ou de um outro órgão supervisor criado para essa finalidade³. Diante dessa variedade institucional, há algumas diferenças em grau e em extensão de independência conferida aos bancos centrais, a depender do tipo de mandato conferido concretamente. No entanto, ao menos para o fim desse estudo, considerar-se-á ambas as atividades como de competência do banco central, tendo em vista que se compreende ser necessário o banco central se envolver em questões regulatórias do sistema financeiro para lograr atingir a estabilidade econômica.

Com essas premissas, o trabalho se divide em três partes. Na primeira, dividida em dois itens, buscar-se-á contextualizar o modelo de independência, suas raízes, seus fundamentos e suas características, com foco no setor financeiro. Na segunda parte, trará um contraponto ao paradigma então dominante, elencando os principais argumentos que o refutam. A seguir, no item final, descreverá os novos modelos que têm emergido após a crise de 2008, cujo traço marcante é a mitigação do modelo da autonomia. Ainda, tentará explicar porque o Brasil vem discutindo tardiamente a implementação da independência no setor financeiro, na contramão da tendência mundial. Em conclusão, buscar-se-á desenvolver algumas premissas que serão úteis na formulação de novos modelos híbridos que combinam expertise e responsabilidade democrática.

1. Autonomia dos bancos centrais como paradigma pré-crise

Até os anos 1980 a maioria dos bancos centrais funcionava como um departamento do ministério das finanças ou órgão equivalente, utilizando de seus instrumentos para atingir uma variedade de objetivos, como altos níveis de emprego e de crescimento, provisão de fundos para o governo para financiar suas despesas e gerenciamento da balança de pagamentos.

³ SEELIG, Steven; NOVOA, Alicia. Governance practices at financial regulatory and supervisory agencies. *In: IMF working paper*. WP/09/135, July 2009, p. 5.

A estabilidade dos preços era apenas um dos objetivos a serem atingidos pelo banco central. Todavia, sobretudo a partir da década de 1990, a estabilidade dos preços tornou-se central na política do banco central, o que acelerou a tendência mundial de conferir-lhe autonomia⁴.

Dois foram os principais fatores globais que determinaram essa tendência, ambas direcionadas ao aumento da estabilidade de preços. O primeiro foi a estagflação dos anos 1970 e a subsequente hiperinflação e o fraco desempenho econômico de alguns países, sobretudo da América Latina, nos anos 1980. Houve um relativo consenso no sentido de que as incertezas associadas à inflação retardavam o crescimento. Países que conseguiram uma boa performance com inflação baixa, como Alemanha e Japão, deram suporte a essa concepção. O segundo fator foi a globalização, que desmantelou gradualmente o controle dos fluxos de capitais e ampliou os mercados internacionais de capitais. Nesse contexto, prevaleceu a defesa de que somente um banco central independente poderia assegurar a estabilidade macroeconômica doméstica e a confiança de investidores externos, imprescindível em um contexto de aumento do fluxo internacional de capitais. Essa seria uma condição suficiente, assentada em aparentemente sólida teoria econômica, para tornar o sistema financeiro seguro e eficiente, assegurando a “Grande Moderação”⁵.

Formou-se uma convicção de que as interferências políticas na regulação do sistema financeiro tiveram papel fundamental em piorar situações que já eram graves, levando às crises financeiras da década de 1990, verificadas em diversos países, sobretudo na Ásia, na América Latina e na Rússia.

⁴ CUKIERMAN, Alex. Central bank independence and monetary policymaking institutions – past, present and future. In: *European Journal of Political Economy*. v. 24, n. 4, 2008, p. 722-725; TURNER, Adair. *Entre a dívida e o diabo*. Moeda, crédito e recuperação do sistema financeiro internacional. Trad. de David Baspar, et al. Lisboa: Gradiva, 2016, p. 22. O estudo citado na nota anterior relata que, dos 103 países que participaram da pesquisa realizada em 2007, 75% tinham agências com independência operacional. Nesse sentido: SEELIG, Steven; NOVOA, Alicia. *Op. cit.*, p. 7. Na realidade, o debate acerca da independência dos bancos centrais é mais antigo. Segundo Piketty, com o declínio do padrão-ouro, a partir do momento em que a criação monetária não é dependente de qualquer referência metálica, o poder dos bancos centrais torna-se muito grande e se inicia o debate sobre a independência dos bancos centrais e a necessidade de regulação da emissão de moeda. Cf. PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 533

⁵ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 727.

Isso levou a uma tendência progressiva no sentido da independência dos reguladores do setor financeiro. A independência empoderou os reguladores, potencializando e expandindo sua influência. Assim, os países que experimentaram crises financeiras na década de 1990 reforçaram a independência de seus reguladores financeiros⁶.

Organizações internacionais também incentivaram e apoiaram a criação de agências independentes no setor financeiro. O Comitê da Basileia em 1998 declarou o regulador independente como um dos Princípios Básicos de Supervisão Bancária (*Core principles for effective banking supervision*). O segundo *core principle* afirma que “o supervisor financeiro deve possuir independência operacional”⁷. O FMI, por sua vez, incentivou e monitorou a implementação de reformas que fortalecessem a independência de reguladores financeiros, sobretudo nos países em desenvolvimento, por meio de condicionantes impostas em empréstimos, sob o fundamento de que a intervenção política no setor financeiro produziria crises financeiras ainda piores⁸.

O *Federal Reserve (Fed)* nos Estados Unidos da América (EUA), criado pelo *Federal Reserve Act*, de 1913, foi o primeiro banco central que recebeu um mandato com fortes garantias de independência do poder executivo na condução da política monetária e na regulação do setor bancário, com vistas à estabilidade financeira. Apesar de presidido por um nome indicado pelo chefe do Poder Executivo, existe um mandato de quatro anos para o

⁶ SANTOS, Luís Máximo dos. Regulação e supervisão bancária. In: FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz; MORAIS, Luís Domingos Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (orgs.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 103; GADINIS, Stavros. From independence to politics in financial regulation. In: *California Law Review*, 101, 2013, p. 338, 342-343.

⁷ Na redação original a independência era o primeiro princípio. Após a revisão promovida em setembro de 2012, que incorporou as alterações promovidas pelo Basileia III, ela passou a ser o segundo princípio, com a seguinte redação original: “The supervisor possesses operational independence, transparent processes, sound governance, budgetary processes that do not undermine autonomy and adequate resources, and is accountable for the discharge of its duties and use of its resources. The legal framework for banking supervision includes legal protection for the supervisor”.

⁸ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 338-339, 353; CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 727; QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. The fear of freedom: politicians and the independence and accountability of financial sector supervisors. In: *IMF working paper*. WP/07/25, february 2007, p. 3.

cargo, que pode ser renovado. O presidente dos EUA não tem poder para depor o *chairman* do *Fed*, que pode se reportar diretamente ao Senado e à Câmara. Na década de 1980 e 1990, muitos países seguiram na mesma direção dos EUA na criação de agências independentes de regulação do setor financeiro⁹.

O Tratado de Maastricht (Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE) também consagra o princípio da independência do Banco Central Europeu (BCE) e dos bancos centrais nacionais, ao estabelecer que os membros dos respectivos órgãos de decisão não podem solicitar ou receber instruções das instituições ou organismos comunitários, dos governos dos Estados-membros ou de qualquer outra entidade¹⁰. A Alemanha, que tinha o seu *Bundesbank* independente com boa performance desde os anos 1980, foi determinante para incluir no Tratado de Maastricht a necessidade de aumentar a independência do banco central como condição para os países europeus ingressarem na união monetária visando à estabilidade dos preços¹¹. O BCE adotou um modelo de autonomia na administração da moeda comum europeia. No entanto, inicialmente, foi atribuído ao

⁹ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 338; BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. The future of agency independence. *In: Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010, p. 602, 607, 624, 647-648. Na realidade, como notam esses últimos autores, o *Fed* somente obteve independência na condução da política monetária com a reforma de 1935, que excluiu indicados políticos de seu Conselho.

¹⁰ Conforme arts. 130º e 282º, 3, do TFUE:

“Artigo 130º No exercício dos poderes e no cumprimento das atribuições e deveres que lhes são conferidos pelos Tratados e pelos Estatutos do SEBC e do BCE, o Banco Central Europeu, os bancos centrais nacionais, ou qualquer membro dos respetivos órgãos de decisão não podem solicitar ou receber instruções das instituições, órgãos ou organismos da União, dos Governos dos Estados-Membros ou de qualquer outra entidade. As instituições, órgãos ou organismos da União, bem como os Governos dos Estados-Membros, comprometem-se a respeitar este princípio e a não procurar influenciar os membros dos órgãos de decisão do Banco Central Europeu ou dos bancos centrais nacionais no exercício das suas funções”.

“Artigo 282º [...] 3. O Banco Central Europeu tem personalidade jurídica. Só ele tem o direito de autorizar a emissão do euro. É independente no exercício dos seus poderes e na gestão das suas finanças. As instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Governos dos Estados-Membros, respeitam esta independência”.

¹¹ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 725-727; FERREIRA, Marco Capitão. O BCE na encruzilhada. *In: FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. (coord.). União Europeia: reforma ou declínio*. Lisboa: Nova Vega, 2016, p. 99.

BCE um mandato único de assegurar a estabilidade dos preços, ou seja, o combate à inflação¹².

O modelo de independência do Sistema de Bancos Centrais Europeu é uma opção que considera a política monetária como importante demais para deixar aos políticos, evitando a contaminação decorrente dos ciclos eleitorais. Com essa configuração, a União Europeia se transformou em um Estado Regulador, no qual as decisões fundamentais na área econômica não estão nas mãos dos políticos, mas sim nas dos técnicos, transferindo o poder de orientação da economia a entidades independentes¹³.

Apesar desse relativo consenso global acerca da necessidade de conferir independência ao banco central, não foram todos os países que implementaram reformas legais para, ao menos formalmente, assegurar essa autonomia. O Banco Central do Brasil foi criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, como uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda. Apesar de possuir certa autonomia *de fato* na condução da política monetária e na regulação do setor financeiro, não lhe foi conferida a autonomia formal. Inexiste um mandato para o seu presidente ou para o seu corpo diretor e o Poder Executivo pode exonerar *ad nutum* seus dirigentes. Assim, não foram todos os países que adotaram o modelo de independência preconizado pela comunidade internacional. Como exemplos, o Banco Central da China não segue o modelo de autonomia e o governo central do Japão manteve o poder de intervir na supervisão dos mercados financeiros, apesar de raramente ter exercitado esse poder¹⁴.

Após descrito sinteticamente o contexto no qual foi concebida a independência dos bancos centrais, passa-se a elencar os principais fundamentos e características desse modelo.

¹² STIGLITZ, Joseph E. *O euro: como uma moeda única ameaça o futuro da Europa*. Trad. de Sara M. Felício e Paulo Tavares. Lisboa: Bertrand, 2016, p. 223. Somente após, em 2014, já no contexto de tentativas de superação da crise das dívidas soberanas, foi alargada a competência do BCE para tratar de questões de supervisão financeira na União Europeia, agregando novas funções de supervisão macroprudencial dos bancos sistemicamente importantes.

¹³ FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Lisboa: Quetzal, 2014, p. 147-153; 191; 196-197 (segundo o autor, esse modelo permite que o ponto de vista do mais forte, no caso da Alemanha, prevaleça).

¹⁴ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 338.

2. Fundamentos e características da autonomia dos bancos centrais

Os argumentos erigidos em prol de um banco central independente ressaltam ora a cientificidade e a especialidade da política monetária e da regulação bancária, ora os resultados econômicos distorcidos obtidos com a atuação política, caracterizada pelas motivações eleitorais de curto prazo, ora ainda a estabilidade institucional necessária para atrair investimentos e assegurar o rendimento do capital.

Para Gadinis, o modelo de agência independente tem dois tipos de fundamentações teórico-acadêmicas. O primeiro grupo retrata os burocratas independentes como peritos racionais, técnicos, especializados e desapaixonados, cujas decisões são baseadas em evidências científicas em detrimento de preferências político-partidárias generalistas. O segundo argumento aponta que os burocratas independentes não têm que vencer eleições, ao contrário dos políticos, que têm de materializar suas ações em votos. Assim agindo, os primeiros podem priorizar objetivos de longo prazo e evitar a armadilha de políticas que possuem benefícios imediatos, geralmente para certos grupos de interesse, mas com futuros custos desproporcionais, que levam prejuízo a toda a sociedade. Essas características são especialmente ressaltadas na regulação financeira, na qual transações financeiras modernas e complexas combinam a conjugação e o equilíbrio de vários riscos¹⁵.

Para Stiglitz, o argumento neoliberal que prevaleceu a favor da independência dos bancos centrais se assentou basicamente em três premissas: a) o foco único do banco central deve ser o controle da inflação; b) a política monetária no combate à inflação é um assunto puramente tecnocrático; e c) a independência do banco central fortaleceria o combate à inflação. Temia-se que os governos tentassem estimular a economia no período pré-eleitoral, o que ajudaria o governo a ser reeleito, mas o preço dessa opção seria pago posteriormente. Subtraindo a política monetária dos políticos, conseguir-se-ia quebrar esse padrão inflacionário. Com os tecnocratas controlando a inflação, as expectativas inflacionárias diminuiriam, assegurando-se a estabilidade econômica. A independência aumentaria a credibilidade do banco central, que resistiria às

¹⁵ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 339-340, 384.

tentações do populismo expansionista, e promoveria menos inflação e mais estabilidade¹⁶.

Assim, por exemplo, se os políticos pudessem fixar as taxas de juros, eles provavelmente provocariam uma superoferta de crédito na economia, a fim de atender os interesses de seus eleitores, desconsiderando-se os efeitos inflacionários em tal medida. Ao revés, os bancos centrais independentes podem priorizar metas baixas de inflação e resistir à pressão para estimular a economia em curto prazo, a fim de atingir um crescimento sustentável a longo prazo¹⁷.

O arranjo institucional de agências independentes tem por objetivo primário reduzir a interferência do poder político, sobretudo do Poder Executivo, nas burocracias. Livres de constrangimentos da disputa eleitoral, as agências independentes podem despender sua energia para construir expertise e desenvolver habilidades e conhecimento necessário para lidar com os detalhes intrincados de setores regulados altamente técnicos. Enquanto políticos perseguem a sua reeleição e são sensíveis às demandas de curto prazo de seus eleitores, as agências independentes podem priorizar objetivos políticos de longo prazo e assegurar a estabilidade regulatória de acordo com o interesse público¹⁸.

Além da habilidade de resistir a pressões políticas de curto prazo, a independência também envolve expertise e qualificação técnica de seus membros. Com essa justificativa, as agências independentes poderiam tomar decisões benéficas que os políticos não tomariam. Por exemplo, o banco central poderia subir a taxa de juros para debelar a inflação a longo prazo, enquanto que os políticos poderiam não tomar essa medida em função

¹⁶ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 225; *O mundo em queda livre: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial*. Trad. de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 219. Nada obstante, segundo Klein, Milton Friedman e outros economistas da denominada escola de Chicago consideravam a independência do banco central uma ideia marginal, defendida por meia dúzia de ideólogos que acreditavam na possibilidade de dirigir um banco central como uma república soberana dentro do Estado, fora do alcance os governantes eleitos pelo povo. Segundo a autora, Friedman sempre brincava que, se tivesse escolha, os bancos centrais seriam dirigidos por computadores gigantes e não por humanos. Nesse sentido: KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Trad. de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 240.

¹⁷ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 340-341.

¹⁸ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 330-331, 336-337.

do temor das consequências de curto prazo. Assim, a pressão política de beneficiar interesses de curto prazo teria o potencial de distorcer a política regulatória ao custo de interesses de longo prazo. Além disso, a mudança política decorrente das eleições poderia ameaçar a estabilidade da política regulatória¹⁹.

Um outro argumento a favor do regulador financeiro independente, que mescla os dois tipos de fundamentação, ressalta o aspecto da estabilidade institucional. Segundo essa perspectiva, regras estáveis são precificadas pelos investidores privados, que adequam suas estratégias de negócio a uma particular estrutura regulatória. Os investidores podem temer que o Estado manipulará a política regulatória no futuro para apropriar seus lucros. Isso faz com que os agentes econômicos ajustem seus custos a essas estruturas regulatórias instáveis. Para evitar isso, os governos devem garantir aos investidores privados que o compromisso regulatório é credível e que, mesmo quando deixarem o poder, haverá um aparato estatal que continuará a adotar a prática regulatória. Essa estrutura somente poderia ser assegurada sob a forma de agências independentes, que permaneceria com suas missões intangíveis, mesmo com a mudança do governo²⁰.

Todos esses argumentos, em linha geral, também pugnam pela necessidade de impessoalidade e uniformidade nas ações do banco central, para garantir um ambiente de negócios competitivo. Se o governo tratar as instituições financeiras diferentemente, dependendo de suas alianças políticas, alguns agentes obterão vantagens regulatórias injustas. As agências independentes, por seu turno, não têm a possibilidade de ganhos políticos ao beneficiar qualquer agente econômico, de modo que há um incentivo em se adotar uma política comum para todo o mercado²¹.

Relativamente às suas características, um banco central autônomo atuaria, em tese, sem qualquer interferência do poder político, seja do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Para fim de sistematização, entende-se que a autonomia ou independência *administrativa* difere da *técnico-operacional*. Pela autonomia administrativa, o Executivo não teria qualquer ingerência na nomeação do presidente ou dos executivos do banco central. Por ela, estabelece-se um mandato temporário, fixo e estável ao

¹⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 601, 613.

²⁰ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 341.

²¹ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 341-342.

presidente e diretores do banco central, impossibilitando a sua exoneração *ad nutum* pelo exercente do poder político. Pela autonomia técnica, o banco central pode implantar a política monetária e a regulação financeira por si só, sendo desnecessário o debate prévio com qualquer instância política. Segundo essa concepção, o isolamento técnico do banco central o deixaria livre de pressões políticas, cujas motivações são geralmente de curto prazo, possibilitando a adoção de uma política transparente de médio-longo prazo. Com isso, a política monetária e a regulação financeira ganhariam autonomia da política econômica do governo.

Apesar de diferentes desenhos institucionais, as agências independentes partilham de algumas propriedades que visam a insulá-las do poder político: elas possuem autoridade regulatória sobre áreas de importância significativa social ou econômica; possuem autoridade adjudicatória, que lhes permite resolver disputas e decidir questões por meio de um processo administrativo contencioso; possuem poder “quase legislativo”, no sentido de editar normas que regem o setor regulado; têm autoridade investigativa e punitiva, que permite aplicação de sanções às violações às normas editadas; são geridas por conselhos ou colegiados, cujos membros possuem um mandato temporário fixo (essa estrutura coletiva dificulta a captura da maioria dos membros do colegiado); suas fontes de recursos provêm dos setores regulados (não são dependentes do orçamento público); etc. No entanto, para Bressman e Thompson, o principal atributo que confere a independência a uma agência é a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos membros do conselho diretor da entidade, salvo em situações excepcionalíssimas, a fim de assegurar que a agência não seja utilizada para fins políticos. Assim, os dirigentes da agência independente não podem ser demitidos em função de mero desacordo do poder político com relação às decisões da agência²².

Quintyn e outros identificam quatro dimensões da independência operacional: a) institucional, na qual a agência deve ser institucionalmente separada do Executivo ou do Legislativo, inclusive com regras claras de indicação e exoneração de seus membros primariamente relacionadas com

²² BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 609-611. Por essa razão, um dos índices utilizados para medir a independência de um banco central é frequência da rotatividade (*turnover*) de seu presidente durante uma transição política. Nesse sentido: CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 725.

competência e probidade, e na qual as suas decisões sejam transparentes; b) regulatória, referindo-se à aptidão para editar regras prudenciais para o setor sob sua supervisão, de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei; c) supervisora, na qual a agência tem plena liberdade para julgar as matérias de sua competência e aplicar as sanções decorrentes, assegurando-se proteção para os membros da agência na execução de seus deveres; e d) orçamentária, decorrente da autonomia para determinar o tamanho de seu próprio orçamento e as alocações específicas de recursos de acordo com as prioridades da agência, inclusive para assegurar a qualidade de seus quadros em função da atratividade dos salários²³.

Independência e responsabilidade na prestação de contas (*accountability*) são complementares e as duas faces da mesma moeda. A independência não pode ser efetiva sem uma prestação de contas apropriada. A transparência é um instrumento chave para que a prestação de contas funcione e também é um veículo de salvaguarda da independência. Ao tornar as ações e as decisões transparentes, as chances de interferência são reduzidas. Essa característica também ajuda a estabelecer uma proteção à integridade da equipe da agência, que por sua vez também reforça a sua independência. Regras claras para a indicação e a demissão dos dirigentes da agência são fundamentais também para reforçar a independência e a sua integridade²⁴.

Em suma, uma agência é independente quando ela pode exercitar seus poderes sem precisar obter o consentimento dos representantes dos governos eleitos, como ministros ou primeiros ministros²⁵. Porém, a independência do banco central pode existir com diferentes gradações, variando, por exemplo, no grau de imunidade dos reguladores, na dependência do orçamento público (ou em fontes independentes de financiamento) ou no critério de indicação e de exoneração do seu corpo diretor. Por exemplo, no Reino Unido, o governo estabelece todos os anos a meta de inflação e o Banco da Inglaterra (banco central do país) tem liberdade para implementar essa meta. O *Fed* nos EUA também é independente, mas alguns

²³ QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. *Op. cit.*, p. 8-10.

²⁴ QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. *Op. cit.*, p. 6-7, 11. Tem-se plena ciência de que o termo *accountability* envolve um conceito muito mais abrangente do que uma simples responsabilidade pela prestação de contas, mas para o propósito deste estudo, diante das limitações de espaço, utilizar-se-á essa tradução simplificada e imprecisa.

²⁵ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 337.

de seus *chairmans* já perceberam claramente as limitações de seu mandato, pois o poder político que criou o banco central também pode extingui-lo²⁶. Assim, o grau de independência de um banco central independe tão somente de seu estatuto jurídico, pois resulta de práticas e de fatores de natureza cultural, histórica e – sobretudo – política, que determinam o grau de independência concreta²⁷.

De fato, sem prejuízo dessas limitações, certas tarefas impopulares, como remar contra a maré durante um *boom* de crédito, serão provavelmente mais bem executadas por uma agência independente²⁸. Todavia, o modelo do banco central independente, por si só, abstraídas situações excepcionais, não é imune a críticas, cabendo aqui destrinchar as principais.

3 Críticas aos bancos centrais independentes

Apesar da atuação independente conferida a vários bancos centrais, o sistema financeiro por todo o globo sofreu inúmeros distúrbios no decorrer da prevalência desse modelo. Não há, contudo, consenso quanto às causas desses problemas: enquanto alguns ressaltam o excesso de intervencionismo, outros criticam a captura dos reguladores pela indústria financeira²⁹.

Com efeito, são três os argumentos principais que questionam a validade e a eficácia de um banco central autônomo: o primeiro centra-se nas dúvidas acerca do resultado e da efetividade dessa independência em termos de política econômica global; o segundo se situa no campo processual, na ilegitimidade democrática das escolhas desse banco central; e o terceiro ressalta o problema da captura regulatória.

O primeiro fundamento destaca que a política monetária e a regulação financeira não podem ser exercidas de forma descoordenada com a política econômica geral. Quando a política econômica (industrial, comercial, trabalhista, etc.) é dirigida em um sentido e a política monetária é exercida em sentido diverso, o resultado será a ineficácia de ambas e maiores

²⁶ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 219; GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 339.

²⁷ SANTOS, Luís Máximo dos. *Op. cit.*, p. 100.

²⁸ BLANCHARD, Olivier; DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo. Introdução: repensando a política macroeconômica II – Esmiuçando. In: AKERLOF, George; *et al* (ed.). *O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise*. Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. XXXI.

²⁹ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 342.

distorções na economia. Assim, se não houver uma coordenação e uma interação das políticas monetária e regulatória do setor financeiro com a política econômica global de um país, além de não serem atingidos os resultados pretendidos, essa descoordenação também pode ser desastrosa.

De acordo com essa perspectiva, um forte Poder Executivo pode promover importantes valores de coordenação, uniformidade e prestação de contas na execução das leis. Dessa maneira, o presidente legitimamente eleito deve manter sua autoridade em determinadas áreas consideradas relevantes para a formulação das políticas domésticas de grande escala³⁰. Somente com essa coordenação, o resultado global da política econômica poderá ser positivo. Não se alcançará esse resultado apenas tornando independente a política monetária e a regulação financeira, insulando essas atividades do aparato governamental.

Essa concepção, mais pragmática e menos formal, que defende o maior controle político dos bancos centrais, ressalta que somente a submissão das decisões das agências ao poder executivo pode melhorar o planejamento e a coordenação da política regulatória como um todo, proporcionando uma única métrica na avaliação e calibrando a atuação das agências reguladoras. Essa necessidade de coordenação fica ainda mais evidente quando as políticas levadas a cabo pelas agências impactam em setores vitais para

³⁰ SUNSTEIN, Cass R.; LESSSIG, Lawrence. The president and the administration. *In: Columbia Law Review*. v. 94, n. 1, 1994, p. 108-109. O estudo, na interpretação histórica da origem do Estado federativo norteamericano, demonstra que os fundadores da ordem constitucional no século XVIII não tinham a intenção de conferir ao presidente o poder de controlar todo o Poder Executivo. Porém, com base na mudança das circunstâncias e na prática interpretativa dos compromissos constitucionais originais, os autores defendem que o Congresso, na estrutura constitucional do país, não tem o poder de criar agências independentes não sujeitas à autoridade do presidente, imunizando essas funções do Poder Executivo. Assim, com um poder executivo fortemente unitário, o presidente teria alto grau de autoridade supervisora sobre a maioria dos braços do executivo que possuem discricionariedade na aplicação da lei. Para eles, no entanto, algumas poucas agências devem usufruir de independência, como o próprio *Fed*. Segundo os autores, se o banco central fosse submetido à supervisão diária do Poder Executivo, haveria um risco de que o suprimento de moeda seja manipulado por razões políticas. Isso teria efeitos corrosivos nos processos democráticos, pois a economia seria percebida como um artefato de considerações políticas de curto prazo. Além de intolerável sob o ponto de vista democrático, isso teria efeitos adversos na economia. Assim, a independência é necessária, em certa medida, quando ela protege a economia contra distorções dos processos político-eleitorais. Todavia, é necessário reconhecer que ela dificulta a coordenação das políticas.

a sociedade, nos quais a direção do presidente é não só inevitável, como também fundamental³¹.

Com efeito, o mandato do banco central não pode ser unidirecional, no sentido de manter apenas a estabilidade da economia e da moeda. Ele deve incorporar outras preocupações macroeconômicas, dentro da política econômica geral, sobretudo, com a manutenção do aquecimento da economia e do pleno emprego. O banco central deve levar em consideração outras políticas econômicas, particularmente a fiscal, industrial, exterior, etc., no exercício de seu mandato. Se cada qual instituição, no exercício de seu mandato, persegue metas próprias, por vezes contraditórias entre si, o resultado será que cada meta será subotimizada. Para isso, deve haver alguma interferência do poder político, no mínimo, para traçar as diretrizes e objetivos dos mandatos, para que haja uma ação concertada e para decidir os *trade-offs*, ou seja, qual meta deve prevalecer³².

Alguns estudos denotam que um banco central autônomo não é capaz, por si só, de atingir a estabilidade econômica. Historicamente, um alto nível de inflação, acima de 100%, somente foi contido mediante um envolvimento substancial do governo, geralmente por medidas de choque, enquanto que a estabilização de níveis médios de inflação (em dois dígitos) foi melhor obtida gradualmente, com o realce na atuação de um banco central independente. Isto pode ser explicado porque altos índices de inflação são causados geralmente por desequilíbrios fiscais causados pelo próprio governo, de modo que sua participação na solução do problema será de fato imprescindível. Mas também pode ocorrer por outros motivos e, nesse caso, o choque necessitará de medidas de desindexação da economia que não podem ser obtidas pelos instrumentos disponíveis exclusivamente por um banco central³³.

³¹ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 622-623, 631.

³² FISCHER, Stanley. A política macroprudencial em ação: Israel. In: AKERLOF, George; *et al* (ed.). *O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise*. Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 65.

³³ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 728-731. Para o autor, bancos centrais independentes funcionam melhor na manutenção da estabilidade dos preços, do que na tentativa de derrotar de altos índices de inflação. Assim, parece que o modelo único, de um tipo só, realmente não pode ser defendido em toda e qualquer situação. Cukierman cita ainda estudo de Luis Ignacio Jácome e Francisco F. Vázquez (Any link between legal central bank independence and inflation? Evidence from Latin America and the Caribbean. In: *IMF working paper*. WP/05/75,

Existem outras pesquisas direcionadas a provar que a inflação e a independência legal do banco central nas economias industriais são excludentes entre si, isto é, estão negativamente relacionadas. Porém, as mesmas evidências sugerem que nos países em desenvolvimento nem a inflação nem o crescimento estão relacionados a essa independência. Apenas quando outros critérios são introduzidos, a relação negativa entre independência e inflação emerge. No entanto, Cukierman entende que há evidência consistente nessa relação negativa, mas que isso depende de outros fatores como o respeito à lei, o grau de comprometimento do banco central ou até mesmo a inserção do banco central na constituição do país. O próprio autor reconhece, no entanto, que há dúvidas acerca do sentido da causalidade dessa relação negativa, ou seja, se é a inflação baixa que provoca a independência, ou se o contrário. Nada obstante essas considerações sobre a inflação, o estudo narra que não há qualquer evidência que comprove a relação entre crescimento econômico real e a independência do banco central. Apenas quando fatores de vulnerabilidade política do banco central são adicionados, é possível estabelecer essa relação positiva³⁴. Assim, parece que não há evidência empírica de que a independência, por si só, pode atingir boa performance econômica.

Outrossim, o poder político e as agências independentes devem convergir seus interesses na seara econômica, onde a melhoria das condições econômicas é um objetivo compartilhado. E, nada obstante a tecnicidade da regulação financeira, conexões políticas são importantes para obter informações sobre as atividades das instituições financeiras, para coordenar outras agências e para valorar os riscos que emergem da atuação da regulação. Para áreas tão delicadas e intrincadas como a reforma no setor financeiro, é necessária a combinação da política com a expertise para atingir resultados satisfatórios³⁵.

Por outro lado, os reguladores independentes estão limitados no exercício de seu mandato às ferramentas criadas na delegação dessa autoridade,

april 2005) que demonstra que, em determinados países, a estabilização da inflação precedeu a independência e, em outros, mesmo após a independência, houve descontrole inflacionário. O estudo mostra que, sobretudo na América Latina e no Caribe, a estabilidade da inflação na década de 1990 não está relacionada à independência dos bancos centrais.

³⁴ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 727-728.

³⁵ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 630-631, 634-635.

tendo pouca flexibilidade na sua utilização. O poder político, ao revés, possui uma ampla gama de poderes e responsabilidades nas modernas democracias, detendo um rol de ferramentas que agências independentes não possuem, como por exemplo, mobilizar a força policial, ter acesso a recursos financeiros e negociar com países estrangeiros. Além disso, uma decisão política pode ser mais rápida e se valer de ferramentas políticas versáteis para lidar com eventos imprevistos. Com essas características, o poder político pode ser mais efetivo que um regulador independente ao lidar com um risco sistêmico³⁶.

Na segunda crítica ao banco central independente, de acordo com uma abordagem do processo de tomada de decisão administrativa, denominada “modelo de controle político”, o poder político pode aumentar a legitimidade e a responsabilidade na prestação de contas na regulação financeira e a sua utilização pode evitar uma catástrofe econômica com mais efetividade³⁷. Com efeito, a existência de autoridades reguladoras independentes envolve a delegação de poderes muito extensos em organismos não eleitos, o que suscita dúvidas acerca de sua legitimidade democrática³⁸.

Conforme tal vertente, apenas um presidente eleito é capaz de melhorar a prestação de contas das agências e, assim, a sua legitimidade. De acordo com um argumento de cunho constitucional, toda a autoridade do Poder Executivo provém do presidente, de modo que todas as instituições competentes para a execução da lei devem agir em conformidade com o designio do presidente³⁹.

Na realidade, a política monetária, por mais técnica que possa parecer, é reconhecidamente pertencente à esfera política, pois as suas decisões, sobretudo em uma economia plenamente desindexada, reduz o valor real

³⁶ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 382.

³⁷ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 380-381.

³⁸ O argumento contrário a esse fundamento ressalta a ideia de uma *legitimidade processual*, mediante uma base normativa clara para a criação das autoridades reguladoras e mecanismo *ad hoc* de escrutínio das autoridades face a organismos eleitos (*accountability*), o que se afigura bastante complexo, sobretudo no plano da União Europeia, no qual há interações entre estruturas regulatórias supranacionais e nacionais. Nesse sentido: MORAIS, Luís Domingos Silva. A função reguladora e as estruturas de regulação na União Europeia. In: CUNHA, Paulo Pitta e; MORAIS, Luís Domingos Silva (orgs.). *A Europa e os desafios do século XXI*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 335.

³⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 622-623, 631.

das dívidas à custa dos credores. A decisão sobre o prestígio à política de controle da inflação em detrimento ao menor crescimento e maior desemprego é uma opção profundamente política, antes de ser do domínio da política macroeconômica. Diante disso, investidores e banqueiros se opõem frequentemente ao aumento da inflação, porque isso reduz seus lucros. Por outro lado, o combate à inflação pressupõe, como regra geral, o aumento das taxas de juros, o que reduz o crescimento e o emprego. Assim, a escolha entre a inflação e o desemprego é – ou deveria ser – uma decisão política, pois importa evidentemente em consequências distributivas, com efeitos no aumento da desigualdade⁴⁰. De fato, quando uma intervenção tem evidentes efeitos distributivos, é claro o seu ingrediente político, pois existe sempre um grupo que ganha e outro que perde. Assim, essa decisão precisa de legitimidade democrática para ser socialmente aceita.

Por exemplo, a escolha de uma meta de inflação entre 2% ou 4%, há que se considerar as diferentes consequências. Se a escolha de uma meta de 2% levar a um crescimento mais lento, provavelmente a maior parte dos eleitores apoiará a meta de 4% que conduzirá ao aumento do emprego e dos salários. Assim, a escolha não é meramente tecnocrática, sendo notório o seu componente político⁴¹.

Também para Paz Ferreira, há um déficit democrático no BCE, que não tem qualquer esfera de controle sobre sua atividade, e que contamina o processo de integração em geral. Houve uma transferência de decisões fundamentais em matéria de política econômica e monetária para uma estrutura tecnocrática europeia que não está sujeita a quaisquer controles ou formas de responsabilização política efetiva. Com essa configuração, ocorre o distanciamento do BCE para com os cidadãos, afastando-os da União Europeia. Para o autor, seria necessário um reforço de ligação do BCE com o Parlamento, exigindo-se a intervenção na nomeação dos dirigentes e uma maior exigência de comunicação e discussão, de forma semelhante

⁴⁰ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 214-215, 223; FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. *Op. cit.*, p. 192. Também para Nordhaus, os custos e benefícios das agências independentes são difíceis de medir, sendo que a ausência de legitimação democrática dessa agência pode ser mais perigosa do que as distorções provocadas pelos ciclos eleitorais. Nesse sentido: NORDHAUS, William D. The political business cycle. *In: Review of Economic Studies*. v. 42, n. 2, abril 1975, p. 188.

⁴¹ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 223-224.

ao que já acontece com o *Fed*, que confirma a nomeação dos membros do Conselho de Administração e apresenta ao Congresso duas vezes ao ano a evolução recente e as perspectivas de evolução a curto prazo das políticas econômicas e monetárias⁴².

Apesar de as decisões da política monetária afetarem diretamente a vida das pessoas, elas são consideradas importantes demais para serem deixadas ao critério dos processos democráticos normais. No entanto, a política econômica envolve trocas, nas quais haverá vencedores e perdedores, que não podem ser deixadas exclusivamente sob a responsabilidade de tecnocratas. A política monetária envolve escolhas entre inflação e desemprego, cuja preocupação é central para setores diversos da sociedade: os credores se preocupam mais com a inflação e os trabalhadores com o emprego. É certo que no longo prazo, um índice de desemprego baixo acelera a inflação. Porém, sobretudo no curto prazo, há grande incerteza quanto ao nível exato que o aumento do emprego desencadeia a inflação. Assim, a escolha política afeta diretamente quem sofre os riscos⁴³.

Com efeito, o foco na inflação atribuído pelos bancos centrais de todo o mundo tem contribuído para a redução dos salários, para o aumento do desemprego e o conseqüente crescimento da desigualdade. Durante uma recessão, os salários costumam baixar, mas, quando se inicia a retomada da atividade econômica, os bancos centrais, focados na contenção da inflação, aumentam a taxa de juros, crescendo o desemprego e contribuindo para a redução dos salários⁴⁴. Assim, a independência não deve significar uma escolha única, na qual sempre prevalece a estabilidade da inflação sem considerar questões distributivas, como o nível de emprego. Em algum momento a responsabilidade democrática vai conflitar com esse mandato único.

Há sempre um *trade-off* entre prestação de contas democrática e independência do banco central. Essa relação fica ainda mais pronunciada quando o banco central se envolve em políticas que têm substanciais implicações fiscais adversas. Ou seja, quando o banco central é dotado de independência legalmente instituída, mas seu capital não é suficiente para fazer frente a essas responsabilidades, a tendência é que o poder político intervenha

⁴² FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. *Op. cit.*, p. 151, 190-193.

⁴³ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2010, p. 219-220.

⁴⁴ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 216.

para limitar as opções do banco central. Assim, somente dotando o banco central de capital necessário para reduzir as pressões políticas quando ele estará enfraquecido, é que ele será realmente independente⁴⁵.

Outros argumentos, ainda, enfatizam as vantagens do processo eleitoral não como um método de encontrar uma solução substantivamente ótima, mas sim como um mecanismo que dota as escolhas difíceis de legitimidade. Essas soluções respeitam as opiniões de todos os eleitores, que devem curvar seus posicionamentos à decisão da maioria. E essa escolha política é particularmente importante para aumentar a legitimidade de decisões substancialmente impopulares. Assim é que, nas reformas pós-crise, como será visto a seguir, houve a criação de um aparato institucional que deixou as escolhas em matéria de *bailouts* no interesse dos eleitores, promovendo o bem-estar geral em detrimento dos interesses da indústria financeira⁴⁶.

O terceiro e último argumento que critica a independência ressalta a captura regulatória do banco central pela indústria financeira. Na realidade, inexistem qualquer instituição verdadeiramente independente, pois todas são capturadas, de alguma forma, em maior ou menor grau, por uma outra instituição. Na maior parte das vezes, o banco central é capturado pelo próprio mercado financeiro, cujas concepções podem divergir em grande medida do interesse do resto da sociedade. Isto porque muitos dos presidentes dos bancos centrais são oriundos do setor financeiro, ou irão migrar para esse setor quando do término de seus mandatos (a denominada “porta giratória”). Isso faz com que os bancos centrais, como regra geral, se alinhem a ideias do próprio setor privado, como o estímulo à autorregulação, em evidente conflito de interesses. No entanto, apesar de ser necessário e desejável conhecer do mercado financeiro para ser um bom presidente do banco central, a falta de responsabilização democrática faz com que a atuação do banco central se afaste do interesse da sociedade⁴⁷.

Os mercados financeiros venderam com bastante sucesso a ideia de que a independência dos bancos centrais conduz a um melhor desempenho econômico, diante dos problemas de governança decorrentes da tomada de decisão na política monetária. No entanto, a cultura dos bancos centrais,

⁴⁵ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 732.

⁴⁶ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 381.

⁴⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 219-220; GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 348.

embora sejam instituições públicas, está muito contaminada pela cultura dos bancos privados. Essa concepção privada destaca que o conhecimento traz o poder, de modo que uma informação privilegiada pode trazer proveitos econômicos ao seu detentor. Isso estimula uma estrutura de governança no banco central com pouca transparência⁴⁸. Sobretudo quando um banco central se dedica a um resgate financeiro de grandes proporções, pondo em risco o dinheiro público, está praticando ações que necessitam de responsabilidade política direta e que devem ser praticadas com absoluta transparência⁴⁹. No entanto, apesar de a delegação da autoridade monetária a uma instituição não eleita necessitar de prestação de contas e transparência, até há cerca de 20 anos atrás, essas questões sequer eram debatidas⁵⁰.

Sem prejuízo dos argumentos aqui alinhavados, na realidade, em última análise, a própria alternativa que defere a autonomia a um banco central também é uma opção política, porque necessita de apoio político para aprovar uma legislação apropriada para tal missão. O poder político pode, no seu juízo discricionário, avaliar que um banco central autônomo tem a melhor capacidade de resistir às pressões dos agentes econômicos, delegando tal tarefa. Assim, a rigor, tal juízo é sempre eminentemente político.

Além disso, mesmo as agências consideradas independentes possuem alguns mecanismos que as tornam sensíveis às preferências do poder executivo, porque o presidente mantém certos meios de influenciá-las, como a indicação dos membros do conselho diretor, inclusive de seu diretor-presidente, e a assistência negociada mediante a utilização de recursos orçamentários. Além disso, ao menos informalmente, o presidente pode pressionar o corpo técnico dos reguladores a seguir determinadas recomendações políticas, inclusive se utilizando da aprovação de reformas legislativas. Assim, o Poder Executivo sempre tem algum envolvimento direto na política desenvolvida pela agência dita independente, por meio de relacionamentos institucionais complexos. Se o presidente não pode destituir os dirigentes da agência, ao menos ele retém um contínuo monitoramento das ações, o que implica alguma forma de supervisão. Logo, há

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 219, 491.

⁴⁹ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2010, p. 220.

⁵⁰ CUKIERMAN, Alex. *Op. cit.*, p. 724.

outras formas pelas quais as agências independentes acabam se alinhando aos interesses do governo⁵¹.

Por outro lado, outros agentes que exercem parcela importante de poder, e são nomeados pelo presidente ou indicados pelo poder político, podem minar a independência das agências. Por exemplo, a nomeação do procurador geral da agência, cuja demissão *ad nutum* é possível e, portanto, é sujeito a uma maior interferência política⁵².

Para Piketty, um banco central deve ser dotado de alguma independência, mas seu poder infinito de criação monetária deve ser restringido de alguma forma. Deve haver, de fato, algumas restrições na interferência do poder político nos bancos centrais. Por isso, os dirigentes são nomeados pelos governos, com ou sem intervenção do parlamento, para desempenhar mandatos muitas vezes irrevogáveis. Isso não significa, contudo que eles não podem ser substituídos se suas políticas forem julgadas inadequadas, ou seja, deve haver alguma medida de controle político. Segundo o autor, na prática, os dirigentes do *Fed*, do Banco do Japão ou do Banco da Inglaterra devem trabalhar em cooperação com governos legítimos e eleitos democraticamente⁵³.

No entanto, apesar de tais considerações, a independência do banco central na condução da política monetária sempre foi melhor digerida do que a independência da supervisão do setor financeiro, que apresenta maior relutância política, embora a fundamentação para ambos os tipos de independência seja muito similar. Em uma pesquisa realizada no final de 2016 com uma amostra de 32 países que reformaram sua legislação financeira desde o início da década de 1990, Quintyn e outros notaram

⁵¹ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 600-601, 632, 655, 672. Outro estudo já citado destaca que, apesar das taxas cobradas da indústria financeira seja a maior fonte de recursos dos bancos centrais, 45% deles dependem de recursos orçamentários como sua segunda maior fonte de recursos. Nesse sentido: SEELIG, Steven; NOVOA, Alicia. *Op. cit.*, p. 8, 16.

⁵² BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 644-645. Mais especificamente, os autores se referem à indicação do *Solicitor General*, um indicado do presidente do Departamento de Justiça norteamericano, subordinado do Advogado Geral (*Attorney General*), que defende a *Securities and Exchange Commission (Sec)* nos litígios na Suprema Corte daquele país. Segundo eles, o *Solicitor General* tomou posições divergentes do próprio entendimento da *Sec* em casos referentes ao mercado de capitais.

⁵³ PIKETTY, Thomas. *Op. cit.*, p. 542.

que, apesar de introduzida alguma independência, houve a manutenção de mecanismos de controle político, sobretudo na esfera da prestação de contas, que podem minar a credibilidade do banco central. Ou seja, mesmo antes da crise, já havia alguma relutância do poder político em conferir independência à regulação financeira⁵⁴.

Ocorre que a independência do banco central centrada na política monetária foi facilitada porque havia o objetivo claro de combate à inflação, delegando a tecnocratas não eleitos a persecução de metas operacionais, e porque as ferramentas operacionais eram relativamente simples (operações no mercado aberto e política de juros). A natureza mensurável dos objetivos permitia uma fácil atribuição de responsabilidade, tornando a independência operacional politicamente aceitável. Porém, os propósitos da política macroprudencial são pouco nítidos e mais difíceis de medir, podendo ser foco de forte objeção política quando direcionada contra ou a favor de setores específicos. Assim, a independência da política macroprudencial torna-se mais difícil de ser sustentada politicamente⁵⁵.

Diante dessas considerações, Fischer defende que haja uma dicotomia na independência do banco central. Para ele, não há razões para que a política monetária não seja independente, conforme preconizado nos últimos 20 anos. Os efeitos distributivos da política monetária são aceitos amplamente pela opinião pública, porque existe a percepção de que sua utilização ocorre de uma forma neutra, nada obstante o dilema na escolha entre as opções de inflação ou crescimento. Todavia, para o autor, a política macroprudencial não é imune a críticas, devendo ser repensado o aspecto da independência nessa área. Isto porque os efeitos distributivos da política macroprudencial são mais pronunciados, de modo que o governo deveria interferir nas suas decisões⁵⁶.

⁵⁴ QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. *Op. cit.*, p. 5, 32, 34. Os autores identificaram que, quando o banco central realiza a supervisão bancária, eles geralmente são mais independentes do que uma agência criada para essa específica atividade. E, quando são criadas agências para cuidar da regulação bancária fora da estrutura do banco central, normalmente elas gozam de arranjos de prestação de contas melhores do que os do próprio banco central na condução da política monetária.

⁵⁵ BLANCHARD, Olivier; DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo. *Op. cit.*, p. XXX-XXXI.

⁵⁶ FISCHER, Stanley. *Op. cit.*, p. 64-65.

Sem prejuízo dessas críticas, a retórica da independência dos bancos centrais se manteve predominante até o período que antecedeu a crise de 2007-2008. Foi necessária uma crise de grandes proporções globais para que esse paradigma fosse seriamente questionado.

4. Autonomia dos bancos centrais em xeque no pós-crise

A autonomia dos bancos centrais se tornou ponto duvidoso em função de duas características da crise desencadeada em 2007-2008: a) uma constatação *ex ante*, no sentido de que os bancos centrais não foram capazes de prever a crise e, assim, evitá-la; e b) nas suas ações *ex post*, mediante a utilização de instrumentos inovadores de contenção dos efeitos das crises que não passaram por escrutínio democrático.

Por primeiro, os bancos centrais se centraram na política monetária, negligenciando o problema da instabilidade financeira, o que foi fundamental para a geração da crise. A crise lançou luz à então obscurecida questão do perigo que os bancos e instituições financeiras desregulados representavam para a estabilidade financeira. A tecnicidade e expertise dos reguladores financeiros foram postos em xeque pela crise que irrompeu nos mercados financeiros, pois ficou claro que os riscos eram imensos e foram desdenhados ou subavaliados pelos reguladores. Com isso, houve uma reação em todo o globo no sentido de fortalecer a estabilidade financeira como um dos objetivos primordiais do banco central.

O *Fed* exerceu um papel crucial na geração da crise, devido ao afrouxamento da regulação e da política monetária, e o posterior fracasso ao lidar com as consequências da bolha imobiliária. Falhou ao deixar de prever a crise e o risco sistêmico que estava se desenvolvendo. Seduzido pelas inovações financeiras que aparentavam novos caminhos promissores para lidar com o risco, não desenvolveu padrões profiláticos para prevenir a crise. Grande parte dos erros do *Fed* decorreu da impossibilidade de ser controlado ou responsabilizado pelo Congresso ou pelo governo, pois suas ações contornavam o processo democrático⁵⁷.

⁵⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2010, p. 218-219; BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 626-627.

Além disso, disparada a crise, os bancos centrais também foram infelizes nas alternativas para contê-la, na tentativa de lidar com os eventos para evitar uma nova Grande Depressão. As escolhas do *Fed*, em termos de disponibilização de amplo vulto de recursos orçamentários para grandes instituições financeiras, nas opções políticas decorrentes dos resgates que se seguiram à falência do *Lehman Brothers*, foram bastante questionáveis e controvertidas, conspurcadas sob a acusação de ter premiado a especulação de banqueiros inescrupulosos e falidos. Os governos, por seu turno, estavam em uma situação confortável porque as ações de resgate do *Fed* tinham pouco apoio público⁵⁸.

Os países avançados, à guisa de evitar a contaminação do sistema, disponibilizaram elevadíssimas somas de capital, sob variadas formas, aos bancos comerciais e até a instituições que estavam à margem de quaisquer restrições regulatórias, no mais abrangente programa de apoio público ao setor privado, jamais visto em proporções na história do capitalismo. Apesar das limitações institucionais impostas quando de sua criação, o BCE também desenvolveu um programa de compra de dívida pública, em uma prática de flexibilização quantitativa (*quantitative easing*).

O BCE, no contexto do pós-crise, agiu como agente político, decidindo sobre a sobrevivência do sistema bancário de um país da zona do euro. Essa decisão, no entanto, embora passe pela avaliação crítica sobre a viabilidade do futuro de uma instituição, possui evidentes consequências políticas. O BCE chegou ao ponto de sugerir que estaria disposto a ajudar (na realidade em tom de exigência) os bancos espanhóis apenas se o governo daquele país concordasse com a aplicação de reformas trabalhistas que levassem a redução dos salários e da proteção laboral⁵⁹.

Nos EUA, foi criado um programa de socorro de ativos problemáticos (*Trouble Asset Relief Program – TARP*), que aportou US\$ 800 bilhões para adquirir derivativos de alto risco que estavam deteriorando o mercado interbancário, como forma de estimular a liquidez do sistema⁶⁰. No entanto,

⁵⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2010, p. 218-219; BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 626-627.

⁵⁹ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 216-217. Ainda, de 2013 a 2016, o BCE não foi capaz sistematicamente de prever a inflação da zona do euro, demonstrando que não consegue gerir expectativas de inflação a médio-longo prazo na gestão de sua política monetária. Nesse sentido: FERREIRA, Marco Capitão. *Op. cit.*, p. 106-107.

⁶⁰ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 343.

as escolhas do *TARP* sofreram de total ausência de transparência, sobretudo na escolha das instituições socorridas, sendo certo que os contribuintes não tinham a menor noção dos riscos envolvidos em tais operações. Essa prática impediu uma responsabilização democrática efetiva⁶¹.

Grande parte desse capital emprestado pelos bancos centrais de todo o mundo, sobretudo EUA e Europa, ao setor financeiro, sequer foi apreciada pelos respectivos parlamentos, em uma ação eminentemente política, mas sem responsabilização democrática. E esses empréstimos sequer foram condicionados ao atingimento de alguma meta, como por exemplo, o aumento do crédito às pequenas e médias empresas⁶².

Os bancos centrais recorreram, assim, como reação à crise, a novos instrumentos e desenvolveram novas responsabilidades até então inexistentes. Políticas monetárias heterodoxas de estímulos fiscais por meio de flexibilização quantitativa (injeções de capital e aquisições de ativos ilíquidos no sistema financeiro, inclusive do setor não bancário) foram postos à prova em profusão. Houve uma mudança da concepção dos bancos centrais, então centrados apenas em taxas de inflação e de juros, para uma abordagem mais holística, com múltiplos objetivos e instrumentos⁶³.

Com tais medidas, os bancos centrais adentraram em campos dominados então pela política fiscal, comprometendo as finanças públicas e enfraquecendo a sua independência. Passaram a se situar no centro do problema macroeconômico, invadindo esferas de competência da política econômica que não se encontravam no seu mandato. Por igual, a incorporação de medidas macroprudenciais que focam na estabilidade financeira comprometeram seu mandato independente. De fato, esses transbordamentos de competência do banco central não poderiam ficar alheios à esfera política, sobretudo quando põem em risco o dinheiro dos contribuintes⁶⁴.

A crise pôs em evidência as falhas regulatórias na maioria das economias avançadas. Com os desdobramentos da crise, houve uma mudança

⁶¹ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2010, p. 220-221.

⁶² STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 215, 223.

⁶³ Sobre o tema, ver em especial: BLANCHARD, Olivier; DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo. *Op. cit.*

⁶⁴ KING, Mervyn A. Política monetária durante a crise: do fundo do poço às alturas. In: AKERLOF, George; *et al* (ed.). *O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise*. Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p 21-22.

paradigmática e a criação de um novo consenso que passou a admitir que os reguladores independentes falharam na sua missão. EUA e outros países industrializados redesenharam a estrutura da regulação financeira, aprovando leis que conferiram novos poderes a atores e instituições políticos legitimamente eleitos, sobretudo por meio de conselhos que atuam sob a forma de votos majoritários, em detrimento de burocratas independentes. Ocorreu, assim, uma mudança paradigmática a nível global, aumentando o controle do Poder Executivo sobre as agências independentes. Assim é que os políticos passaram a ter um protagonismo na formulação, na coordenação e na execução das medidas emergenciais tendentes a superar a crise, em detrimento das agências independentes, que tiveram um papel meramente coadjuvante e cooperativo⁶⁵.

Ocorre que decisões sobre socorros a instituições financeiras são opções inerentemente políticas, pois são influenciadas pelo tipo de regime político. As escolhas do governo norteamericano gastaram trilhões de dólares para evitar o colapso total do sistema financeiro do país, em detrimento da maioria dos cidadãos. Esta decisão envolveu a transferência de recursos dos contribuintes para as instituições em situação de falência e para seus credores. Assim, após a crise, as reformas financeiras em muitos países conferiram ao poder político a decisão sobre socorrer (ou não) uma instituição financeira, em vista de objetivos multifacetados que pouco ou nada se relacionam com a credibilidade da instituição⁶⁶.

A reforma no setor financeiro nos EUA empreendeu uma colaboração maior entre agências independentes e o Secretário do Tesouro, aumentando o nível de envolvimento dos políticos em questões regulatórias, sob a forma de conselhos híbridos coordenados por políticos, sobretudo em questões que envolvem a estabilidade financeira e o risco

⁶⁵ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 327-328, 343-344, 352-353, 368.

⁶⁶ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 381-384. Gadinis, contudo, é reticente quanto a essa previsão, enxergando mais riscos nessa definição do que benefícios. Por exemplo, antes da eleição, um político que pretende se reeleger pode ser tentado a autorizar socorros a qualquer custo, sob o temor de que sejam identificados como culpados de um colapso. Por outro lado, após a eleição, o político eleito pode pouco se preocupar com o risco sistêmico de uma falência de uma instituição, punindo-a, quando seria o caso de salvá-la. Assim, para o autor, existem fortes razões para acreditar que o reforço do poder político pode provocar um aumento na competição entre a indústria financeira para lograr proveitos econômicos decorrentes da decisão política, que acabam por aumentar sua própria influência política.

sistêmico⁶⁷. As reformas que se seguiram nos EUA após a crise tornaram as agências independentes (*Fed* e *Sec*) mais sujeitas às preferências dos governos em questões críticas, quando relacionadas com o risco sistêmico de serviços da indústria financeira antes que esse risco se materialize em uma crise. Essas reformas estabeleceram uma nova forma de coordenação da atuação das agências independentes no setor financeiro, com uma maior colaboração do poder executivo, notadamente do Secretário do Tesouro⁶⁸.

As medidas pós-crise também deixaram em evidência que o princípio da impessoalidade nas ações dos reguladores é um discurso vazio e sem sentido quando irrompe uma crise, pois houve a necessidade de salvamento inclusive de instituições que contribuíram para a origem da crise. Algumas medidas, necessárias para garantir a estabilidade do sistema, beneficiaram alguns agentes econômicos em detrimento de outros que não deram causa à crise, pois tiveram maior aversão ao risco – e por isso mesmo obtiveram piores resultados.

Mediante reformas na regulação financeira, novos poderes e mecanismos criados para monitorar as instituições financeiras foram conferidos a órgãos governamentais mantidos ou criados muito próximos ao chefe do Poder Executivo. Como novas características que surgiram desses novos modelos, os novos poderes discricionários conferidos aos políticos abrangeram não somente as situações emergenciais, como a decisão acerca da sobrevivência ou da falência de uma instituição, mas também questões da administração corriqueira da regulação financeira, como, por exemplo, a aprovação de uma licença para uma instituição operar. Ainda, os políticos assumiram a liderança e a coordenação administrativa das agências, tendo maior liberdade em aprovar ou negar as medidas sugeridas pelos burocratas⁶⁹.

No entanto, a independência permanece inquestionável como escolha para a condução da política monetária, enquanto que cresceu a preocupação em permitir ao *Fed* em lidar com a estabilidade do mercado. Nessa questão, houve uma tendência em sujeitar o *Fed* à consulta ou à fiscalização

⁶⁷ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 602, 627-633.

⁶⁸ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 623.

⁶⁹ GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 332-333, 359-362, 368, 380.

do Secretário do Tesouro, ou como parte de um conselho conduzido pelo Secretário do Tesouro e por outros componentes políticos⁷⁰.

No entanto, com a crise, as políticas macroprudenciais ganharam relevância, daí a necessidade de coordenação com a política monetária, porque evidentes as suas interrelações. Uma política de taxas de juros baixas incentiva a assunção de risco excessivo nos mercados financeiros, ao passo que a política macroprudencial afeta a demanda agregada mediante alterações no custo do crédito. Assim, a estabilidade monetária está intrinsicamente interligada à estabilidade financeira, devendo ambas as políticas serem coordenadas para funcionarem adequadamente. Se isto não ocorrer, distorções na economia serão provocadas, pois ambas se poderão se anular⁷¹.

Com a crise de 2007-2008, ocorreu um fenômeno diferente das demais crises ou escândalos econômicos anteriores, nos quais os burocratas das agências normalmente conseguiram aumentar seu poder discricionário. Houve, assim, um novo equilíbrio de poder entre as agências e os políticos. As agências, como peritos nos mercados financeiros, colhem informação, avaliam alternativas e formulam propostas de ação. No entanto, a decisão sobre intervir ou não no mercado passou a pertencer aos políticos⁷².

A crise de 2007-2008 constituiu o melhor teste para a hipótese da independência dos bancos centrais, pois os países com bancos centrais independentes (como o *Fed* e o BCE) tiveram em geral pior desempenho do que os países cuja responsabilidade política era mais direta (como Índia e Brasil), talvez em razão de que eles eram menos sujeitos às forças de mercado⁷³. Se isso ocorreu, porque somente agora, após passados dez anos da crise global, o governo brasileiro voltou a incluir na agenda política a tentativa de legislar a independência do banco central?

⁷⁰ BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. *Op. cit.*, p. 648-650. Para os autores, essa dualidade e separação das funções é possível teoricamente, ficando a política monetária sob a exclusiva responsabilidade do *Fed* e a regulação da estabilidade do mercado com a colaboração do Secretário do Tesouro. Entretanto, reconhecem os autores a dificuldade em se resolver totalmente os *trade-offs* existentes entre expertise e efetividade na condução das duas tarefas, uma vez que a efetividade do *Fed* na regulação da estabilidade do mercado pode minar a condução da política monetária.

⁷¹ BLANCHARD, Olivier; DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo. *Op. cit.*, p. XXX.

⁷² GADINIS, Stavros. *Op. cit.*, p. 333-334.

⁷³ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, 2016, p. 219; 2010, p. 219.

Ocorre que a crise atual, principalmente nos países emergentes, não surgiu primária ou diretamente do setor financeiro. O sistema financeiro dos países em desenvolvimento não esteve no âmago da crise, pois não estava tão exposto às fragilidades decorrentes das interconectividades decorrentes das exposições ao risco e da proliferação de ativos financeiros de altíssimo risco. Ao contrário, no Brasil, onde os bancos públicos detêm grande parcela do mercado, o sistema não ficou tão exposto pela contaminação dos derivativos de alto risco. O Brasil foi atingido pela crise de modo tardio, secundariamente, em função das interrelações comerciais com os mercados dos países desenvolvidos atingidos diretamente pela crise. Particularmente, as exportações do Brasil, fortemente dependentes de produtos primários agrícolas e extrativos, tiveram reduções substanciais, em preço e volume, nos mercados internacionais. Enquanto que as economias desenvolvidas foram impactadas primariamente pela crise em razão de problemas na regulação do setor financeiro, os países periféricos sofreram apenas secundariamente esses choques. Diante disso, não emergiu no seio da sociedade uma insatisfação geral contra os reguladores. Não houve um sentimento de desapontamento com a inefetividade dos reguladores financeiros, mas sim, com o setor político.

Ademais, no Brasil, é a política que está em desencantamento e suspeição, em razão das múltiplas e intermináveis denúncias de corrupção que afetam a todas as matizes político-partidárias e ideológicas. Ao contrário do que aconteceu no resto do globo, no qual os reguladores independentes estiveram no cerne da crise, não conseguindo prevê-la ou evitá-la, no Brasil não há a percepção de que a burocracia estatal independente provocou a crise atual. Isto talvez explique porque o país anda na contramão da tendência global de fortalecimento do poder político na regulação do setor financeiro. A política está criminalizada e desgastada perante a opinião pública. Nesse cenário, a burocracia estatal ganha força, conseguindo angariar apoio popular para a extensão e a expansão de seus poderes.

No entanto, isso não obscurece o fato de que os bancos centrais independentes, por todo o globo, perderam grande parte de seu apelo, seja em função dos resultados apresentados pela crise, seja diante da necessidade de se reconectar o exercício de seus misteres com a responsabilização democrática. Por isso, em conclusão, entende-se que modelos híbridos mais equilibrados sejam a melhor alternativa para a regulação do setor financeiro e para a condução da política monetária.

Há a necessidade, assim, de se distinguir entre independência finalística e operacional. O poder político tem um papel a desempenhar em definir os objetivos regulatórios, mas os reguladores têm de ter autonomia para determinar como alcançar esses objetivos. E, no caso de isso não acontecer, que sejam responsabilizados⁷⁴.

Considerações finais

Para o desiderato desse ensaio, entende-se que a autonomia de um banco central não pode ser considerada um fim em si mesmo. Ela deve ser tratada como um meio para atingir um bem maior. Compreende-se que um poder autônomo não pode ser considerado abstratamente positivo ou negativo. Há que se ponderar se, empiricamente, essa autonomia, de acordo com a institucionalidade e a cultura de determinado país, pode levar – ou não – a um resultado satisfatório em termos de estabilidade econômica de longo prazo. Na realidade, a autonomia poderá ser positiva se dirigida para o bem comum, mas poderá degenerar em arbitrariedade, como, aliás, também pode ocorrer com o exercício do poder político sem limites. Por isso, é necessário estabelecer freios e contrapesos ao exercício dessa autonomia, balanceando expertise técnica com responsabilidade democrática.

É necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício técnico da política monetária e da regulação bancária e o direcionamento do poder político, de acordo com as novas agregações práticas e epistemológicas desenvolvidas após a recente crise econômica global. As políticas econômicas desenvolvidas por um banco central são importantes demais para que suas decisões sejam tomadas exclusivamente por técnicos, sem que o poder político democrático, legitimamente eleito para conduzir os rumos do país, possa ter qualquer interferência nessa decisão. Não é possível, assim, que um banco central tenha um mandato amplo, aberto, totalmente divorciado dos interesses da nação.

Há a necessidade de um diálogo recíproco esclarecido entre governo e banco central, para que o exercente do poder político, diante do leque de opções que se apresentam no horizonte da economia, possa decidir

⁷⁴ QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. *Op. cit.*, p. 7.

pelo caminho a ser adotado que reflita as diretrizes pelas quais foi eleito, em programa econômico apresentado ao escrutínio eleitoral, e aprovado por ele. O governo deve, assim, estar munido de toda a informação e, de acordo com o programa eleitoral devidamente referendado nas urnas, traçar o rumo da política a ser operacionalizada pelo banco central, que deve buscar atingir esses objetivos valendo-se de sua expertise técnica, sem se afastar dessas diretrizes.

A lógica política não deve se dissociar totalmente da lógica técnica e vice-versa. Ambas as abordagens têm que se reforçar mutuamente, criando um aparato institucional adequado que assegure que todos os pontos de vista sejam sopesados antes da tomada da decisão regulatória. Para isso, o mandato do banco central deve ser coincidente com o poder político eleito, a fim de que haja efetiva responsabilização democrática. Desenvolver uma estrutura de governança democrática e ao mesmo tempo eficiente constitui-se um dos principais desafios das sociedades modernas, de modo que fechar-se ao debate, reproduzindo receitas amplamente utilizadas, cujos problemas são amplamente discutidos e reconhecidos na atualidade, não é o caminho adequado a trilhar. Novos tipos de independência e de institucionalidades têm de ser concebidos e desenvolvidos para se adequar a essa nova realidade e a esses novos desafios.

Referências

- BLANCHARD, Olivier; DELL'ARICCIA, Giovanni; MAURO, Paolo. Introdução: repensando a política macroeconômica II – Esmiuçando. In: AKERLOF, George; *et al* (ed.). *O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise*. Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. IX-XXXVI.
- BRESSMAN, Lisa Schultz; THOMPSON, Robert B. The future of agency independence. In: *Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010, p. 599-672.
- CUKIERMAN, Alex. Central bank independence and monetary policymaking institutions – past, present and future. In: *European Journal of Political Economy*. v. 24, n. 4, 2008, p. 722-736.
- FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. *Da Europa de Schuman à não Europa de Merkel*. Lisboa: Quetzal, 2014.

- FERREIRA, Marco Capitão. O BCE na encruzilhada. *In: FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. (coord.). União Europeia: reforma ou declínio.* Lisboa: Nova Vega, 2016, p. 96-115.
- FISCHER, Stanley. A política macroprudencial em ação: Israel. *In: AKERLOF, George; et al (ed.). O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise.* Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 57-66.
- GADINIS, Stavros. From independence to politics in financial regulation. *In: California Law Review*, 101, 2013, p. 327-406.
- JÁCOME, Luis Ignacio; VÁZQUEZ, Francisco F. Any link between legal central bank independence and inflation? Evidence from Latin America and the Caribbean. *In: IMF working paper.* WP/05/75, abril 2005.
- KING, Mervyn A. Política monetária durante a crise: do fundo do poço às alturas. *In: AKERLOF, George; et al (ed.). O que nós aprendemos? A política macroeconômica no pós-crise.* Trad. de Janda Montenegro. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 15-23.
- KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre.* Trad. de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- MORAIS, Luís Domingos Silva. A função reguladora e as estruturas de regulação na União Europeia. *In: CUNHA, Paulo Pitta e; MORAIS, Luís Domingos Silva (orgs.). A Europa e os desafios do século XXI.* Coimbra: Almedina, 2008, p. 323-340.
- NORDHAUS, William D. The political business cycle. *In: Review of Economic Studies*. v. 42, n. 2, abril 1975, p. 169-190.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI.* Trad. de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- QUINTYN, Marc; RAMIREZ, Silvia; TAYLOR, Michael W. The fear of freedom: politicians and the independence and accountability of financial sector supervisors. *In: IMF working paper.* WP/07/25, february 2007.
- SANTOS, Luís Máximo dos. Regulação e supervisão bancária. *In: FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz; MORAIS, Luís Domingos Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (orgs.). Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 39-126.
- SEELIG, Steven; NOVOA, Alicia. Governance practices at financial regulatory and supervisory agencies. *In: IMF working paper.* WP/09/135, July 2009.
- STIGLITZ, Joseph E. *O mundo em queda livre: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial.* Trad. de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *O euro: como uma moeda única ameaça o futuro da Europa*. Trad. de Sara M. Felício e Paulo Tavares. Lisboa: Bertrand, 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; LESSIG, Lawrence. The president and the administration. *In: Columbia Law Review*. v. 94, n. 1, 1994, p. 1-123.

TURNER, Adair. *Entre a dívida e o diabo*. Moeda, crédito e recuperação do sistema financeiro internacional. Trad. de David Baspar, *et al.* Lisboa: Gradiva, 2016.

Preservação dos direitos fundamentais frente as regulações globais e demais alterações mundiais? Ou ataques em diversas frentes?

SIMONE MACIEL SAQUETO PERETO

Resumo: As regulações globais e as crises mundiais vivenciadas, em especial os países europeus, têm impactado diretamente os direitos fundamentais. Utiliza-se, como exemplo, Portugal, um dos países mais fragilizados pela recessão. Inicialmente se traz uma reflexão no cenário mundial, com atenção a formação da Comunidade Europeia e o contexto dos direitos fundamentais nesse cenário. Após, aponta as regulações globais e as crises econômicas como as principais frentes de combate em face dos direitos fundamentais. O processo de globalização, frente a ordem supranacional e exigências das demandas do mercado internacional, geraram a fragilidade da Estado/Nação, que se dobraram à globalização financeira que chega às raias da imposição de medidas de economia interna que refletem diretamente nas garantias dos direitos fundamentais. Nesse contexto, por fim, destaca-se algumas reflexões para a manutenção do patamar inegociável de direitos fundamentais já adquiridos.

Palavras chaves: *Direitos Fundamentais. Globalização. Crise. Não retrocesso.*

Abstract: The global regulations and experienced world crises, especially European countries, have a direct impact on fundamental rights. For example, Portugal is used, one of the countries most weakened by the recession. Initially, it brings a reflection on the world stage, with attention to the formation of the European Community and the context of fundamental rights in this scenario. Then, it points out as global regulations and as economic crises as the main combat fronts in the face of fundamental rights. The globalization process, faced with the supranational order and demands of the international market demands, will generate a State / Nation fragility, which will be doubled for the financial globalization that reaches the rates of imposition of internal economy measures

that directly reflect the legal rights. In this context, finally, select some reflections to maintain the level of fundamental rights already acquired.

Keywords: *Fundamental Rights. Globalization Crisis. No setback.*

Introdução

As regulações globais e as crises mundiais vivenciadas, em especial nos países europeus, têm impactado diretamente os direitos fundamentais dessas Nações, com reflexos, inclusive na ordem mundial em cadeia. A fragilização do Estado-Nação, em face do processo de globalização, de uma ordem supraconstitucional e das demandas do mercado internacional desnaturam as aquisições históricas dos direitos fundamentais dos entes Estatais. As promessas neoliberais dobram a soberania estatal, que se curva frente à globalização financeira que dita quais medidas de economia interna devem adotadas.

Pretende-se com a discussão do texto em comento, analisar e demonstrar a restrição dos direitos fundamentais do cidadão europeu frente às regulações globais, seja pela via da integração das Nações, seja pelo enfrentamento das crises por esses, através do efeito cascata da dinâmica mundial, sempre tendo como pano de fundo o viés econômico.

Às reflexões em comento são impostas limitações de ordem metodológica, com enfoque espaço-temporal na União Europeia/Portugal, em sua análise jurídica dos últimos anos dessa Comunidade. Utilizará a pesquisa à legislação, doutrina jurídica especializada, jurisprudências dos Tribunais, sem se esmiuçar em questões interdisciplinaridade, apenas breves enftentamentos históricos, econômicos e políticos, através do método dedutivo.

Utiliza-se, para tanto, em análise para fins das questões do enfrentamento das crises e os direitos fundamentais, especificamente Portugal, por considerá-lo um dos países mais fragilizados pela recessão a que precisou se submeter as condições externas confrontante de direitos basilares, para manutenção da sobrevivência.

O presente artigo se subdivide em três partes principais. Sendo a primeira, uma reflexão do cenário mundial, com atenção a formação da

Comunidade Europeia e o contexto dos direitos fundamentais nesse cenário. Depois, aponta-se as regulações globais e as crises econômicas como as principais frentes de combate aos direitos fundamentais. E, por fim, alinha-se algumas reflexões para a manutenção do patamar civilizatório de direitos fundamentais já adquiridos, evitando-se o retrocesso.

1. Cenário Mundial no Século XXI

A crise econômica presente no século XXI alastrou-se na maioria dos países que compõem a União Europeia, em razão das mudanças adotadas após o abandono do Consenso de *Bretton Woods*, que serviria para estabilização da estrutura mundial no pós Segunda Guerra mundial, com a criação do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (posteriormente denominado Banco Mundial) e Fundo Monetário Internacional – FMI, fruto da descrença na sustentação do amplo escopo do Estado do Bem-Estar Social, não se mostrando suficientes para se alcançar o crescimento esperado ou mesmo minimizar as imperfeições do mercado (POMPEU; PESSOA, 2012).

Os países desenvolvidos, que outrora faziam parte do Consenso, passaram a cuidar de seus problemas de balanço da forma como entenderam adequadas e o FMI, que inicialmente serviria para evitar a desvalorização competitiva e monitorar o sistema monetário e financeiro internacional, manteve como clientes apenas os países em desenvolvimento, o que o fez aprofundar em suas exigências de mercado.

O Fundo aprofundou suas condições para empréstimo com as chamadas *condicionalidades estruturais* (DRAY, 2017). Assim, a obtenção de empréstimos passou a depender da disposição do país cliente em comprometer-se a não apenas com certos parâmetros de política macroeconômica, mas também com mudanças mais ou menos profundas na sua estrutura institucional. O FMI, apesar de não ter mandato para tanto, muda sua missão de monitor da estabilidade financeira internacional, para orientador de estratégias de desenvolvimento.

Assim, sinteticamente o FMI possuía as seguintes dez regras básicas de ajustamento macroeconômico: disciplina fiscal, reorientação das despesas públicas, reforma tributária, liberalização financeira, taxas de câmbio unificadas e competitivas, liberalização do comércio, abertura a investimento

estrangeiro direto, privatização, desregulamentação e direito de propriedade assegurado (POMPEU; PESSOA, 2012).

Os principais países capitalistas abriram caminho a adoção de medidas econômicas bem distintas daquelas convencionadas em *Bretton Woods*, com a redução do papel do Estado na economia, da desregulamentação, das privatizações, da restrição de benefícios sociais e da regressão dos salários.

Sob a influência da referida visão de política econômica, fortaleceu-se a constituição da “Comunidade Europeia”, posteriormente denominada “União Europeia” (EU). Após a assinatura do Tratado de Roma em 25 de março de 1957, que criou a referida Comunidade Econômica, o movimento por um mercado comum intensificou-se durante a década de 1970, quando houve o primeiro alargamento dessa com a entrada do Reino Unido, da Dinamarca e da Irlanda, com inclusões posteriores da Grécia (1982), Espanha e Portugal (1986), com à composição atual de 27 Estados membros.

Em 1992, na Holanda, foi produzido o tratado que formalizou a criação da União Europeia, em vigor no ano seguinte. A partir de 2002, o euro passa a ser a moeda comum para aqueles países integrantes da “Zona Euro”.

As medidas econômicas executadas primeiramente pelos Estados Unidos e, logo depois, pelos países componentes da União Europeia são classificadas como liberalizantes e inovam por proporcionar o fortalecimento do setor financeiro transnacional (DRAY, 2017), em detrimento da economia doméstica e da soberania estatal.

Com efeito, observa-se que a criação e ampliação da União Europeia foi motivada notadamente por razões *econômicas*, o que norteará o entendimento de várias conclusões da motivação do confrotamento com as conquistas dos direitos fundamentais, a ser apontadas no presente.

Observa-se uma clara inversão de papéis, em vez de serem os governos a regular os mercados, como seria obrigação em regimes democráticos, são antes os mercados que regulam os governos (PAIS, 2018), impondo-lhes as regras do que deve ser feito em política econômica e social, em nome do pagamento da dívida soberana e de acordo com os seus interesses.

2. Os direitos fundamentais nesse cenário

O conceito de direitos fundamentais, tal como nos surge na atualidade, transporta consigo o dinamismo e a abertura correspondentes ao

aprofundamento de uma consciência ético-jurídica universal, que tende a ampliar os direitos dos indivíduos face às esferas do poder instituído (DIREITO, 2002), sendo atravessados por dois vectores fundamentais e que legitimam o seu aprofundamento e ampliação: a ideia originária de direitos do Homem que transcendem o direito positivo, limitando as prerrogativas ligadas à soberania (DRAY, 2017).

Os movimentos de constitucionalização/positivação e o surgimento do Estado moderno, com base nas ideologias liberais, constituem o momento de ultrapassagem dos “direitos do Homem”, rumo a uma visão gizada nos *direitos dos homens* (DIREITO, 2002), indivíduos reais numa comunidade espaço-temporalmente delimitada e titulares de uma protecção em face ao poder emanado das fontes de autoridade pública

Nem contexto, observa-se que o Tratado de Roma, base constitutiva da EU, na sua versão originária, não continha disposições que fizessem referência aos direitos fundamentais (PAIS, 2018). No entanto, detectam-se desde esse momento algumas manchas de fundamentalidade, a partir das liberdades económicas: a tónica dominante, em especial nessa ocasião, é a clara dependência funcional dos direitos face aos objetivos exclusivamente económicos prosseguidos pela Comunidade Europeia (DIREITO, 2002).

Contudo, a inexistência de um catálogo de direitos fundamentais nos tratados, acompanhado das extensões das atribuições da União Europeia, eram argumentos frequentes no plano nacional para se contestar primados fundantes da Comunidade, o do *Primado do direito da União* e o *efeito directo das normas da União* (PAIS, 2018).

Somente em dezembro de 2000, foi proclamada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE/Carta), com a obrigatoriedade a partir da entrada em vigor do tratado de Lisboa, mas com uma rede de Direitos ao seu entorno, sem estabelecer qualquer hierarquia entre eles, sendo esses: os direitos fundamentais referidos na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH) e nas *tradições constitucionais* comuns dos Estados-Membros; os *direitos fundamentais dos cidadãos da União* e, ainda, os *direitos económicos e sociais referidos na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais do Trabalhadores* (PAIS, 2018, p. 156). Em certa medida, a Carta veio consolidar a protecção dos direitos fundamentais na União.

A Carta traz consigo, ao menos, o ideal de que a União política é virada para o indivíduo-cidadão (POMPEU; PESSOA, 2012), e, parece que, vai

mais longe, ao enunciar direitos universais, que se corporizam numa dimensão concreta, mercê de um património comum de valores e princípios humanistas no seio da Europa.

Os direitos contidos na Carta são direitos de todos os indivíduos e são direitos dos indivíduos enquanto cidadãos da União, sendo esses direitos emergentes e inspirados pelas tradições constitucionais comuns dos próprios Estados membros e da CEDH, mas, ainda, ao que se verá nas suas aplicações, sem atingir o patamar de autonomia que lhes permita erguerem-se como “direitos da União Europeia”.

3. Os reais valores encobertos no enfiamento das questões de direitos fundamentais

Não obstante a tais conquistas, nesse cenário, houveram várias confrontações jurídicas aos direitos fundamentais nesse cenário, como se pode identificar, ao menos duas: o constante ataque e redução aos direitos fundamentais protegidos anteriormente pelos Estados/Nação em suas Cartas Constitucionais, sob o argumento de garantia da proteção da União Europeia, em seu contexto jurídico, com a garantia do *primado*, da *unidade* e *efetividade do direito da União*, e, ainda, a sobrevivência Estatal frente às crises.

Em outras palavras, o mercado financeiro internacional e não o indivíduo/cidadão doméstico vem se tornando o árbitro que determina quais são as políticas adequadas a serem adotadas.

3.1. O interesse ressaltado na criação da Comunidade Europeia – UE

No tocante a primeira frente, em especial após o parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que analisou as condições de acesso da União Europeia à CEDH, decidiu pela incompatibilidade do *Acordo de Adesão da União*, sob alguns enfoques que serão analisados a frente, o que parece demonstrar que a União Europeia deixou de lado aquele que deveria ser o primeiro valor, a saber, a dignidade da pessoa humana, a qual concretizada pela máxima proteção dos direitos fundamentais (SILVA, 2017).

Pela lógica, o direito comunitário que é construído e se desenvolve com base nos princípios e valores fundamentais comuns a todos os

Estados-Membros e radica ele mesmo nas tradições constitucionais democráticas desses mesmos Estados, poderia aparentar uma discussão sem maiores relevâncias, vez que o procedimento de compatibilização, neste quadro, se cingiria a uma tarefa essencialmente interpretativa das vias jurisprudenciais.

Contudo, o que se estar a presenciar é o TJEU, enquanto construtor de uma ordem jurídica autônoma e superior, sendo confrontado com o dilema de prosseguir a integração europeia ou confirmar a proteção dos direitos fundamentais garantidos pelas constituições nacionais, opta pela defesa da intangibilidade do direito comunitário, que pairava na “estratosfera” dos ordenamentos nacionais (DIREITO, 2002), acima de qualquer norma nacional.

Os julgados dos casos *Akerberg Fransson*¹ e *Melloni*², demonstram, em larga proporção, a prevalência do posicionamento do TJUE pelo *primado*, a *unidade* e a *efetividade do direito da União*, frente aos padrões nacionais e da CEDH, dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, o TJUE vem interpretando que o direito comunitário e a validade dos atos, em situação alguma poderia ser aferido através de filtros nacionais, mesmo que se trate de direitos fundamentais garantidos nas Constituições dos Estados/Nações.

Tem-se que as regras jurídicas, mesmo aquelas que têm a ver com os direitos fundamentais, embora estejam enraizadas na história dos povos, implicam, numa positivação de decisões políticas, razão que cada vez mais se afasta da concepção que, a partir de Hobbes, permitiu ao pensamento jurídico desenvolver o constitucionalismo moderno, substituindo a antiga legitimação moral do poder por uma fundamentação de tipo estritamente jurídica (DAMELE; PALLANTE, 2015).

Para Hobbes, o poder do soberano tinha como base o pacto estipulado pelos cidadãos entre si e no efeito imediato de sujeição dos cidadãos ao soberano produzido pelo próprio pacto. A despeito do poder do soberano ser tido por absoluto, mas este carácter absoluto, não podia estender-se a todos os âmbitos da existência, pois a finalidade última do poder era, em todo caso, a proteção dos cidadãos. Desta forma, a legitimação jurídica do poder produzia como consequência a limitação do próprio poder,

¹ Proc. C-399/11.

² Proc. C-617/10.

estabelecendo as bases para uma relação trilateral direito-poder-direitos que se encontra na origem do constitucionalismo moderno, definido como a ciência da limitação do poder (DAMELE; PALLANTE, 2015).

São minados os fundamentos do modelo hobbesiano do Estado de Direito, ao se defender a tese de que as Constituições dos Estados nacionais podem ser livremente integradas, quanto à classe de direitos tutelados, pelos ordenamentos supranacionais (UE e CEDH) e internacionais, e que essa integração depende do reconhecimento, operado pelos juízes, de determinadas posições subjetivas.

Assim, é produzida uma ruptura tão profunda da ligação entre poder e direito, que permite afirmar a existência de uma Constituição Europeia, fundamentada nos direitos e na sua proteção multinível (DAMELE; PALLANTE, 2015), muito embora a União Europeia não tenha o domínio das próprias regras fundamentais e seja, ainda hoje, desprovida de uma comunidade política de referência, nos termos hobbesiano de pacto constitutivo entre os cidadãos que se sujeitam ao poder soberano.

Entretanto, para além das dificuldades de carácter prático, deixar a proteção dos direitos fundamentais para o exercício da teoria da tutela multinível dos direitos revela uma ulterior fraqueza, pois reenvia a própria tutela para sujeitos, os juízes europeus, muito mais livres, do ponto de vista da discricionariedade, do que os juízes nacionais, pois a jurisdição europeia sobre os direitos decorre, em grande parte, não de disposições dos tratados, mas da jurisprudência do próprio TJUE (DAMELE; PALLANTE, 2015), com o resultado de que o nível de tutela do direito depende mais da vontade dos juízes do que de vínculos decorrentes do texto, a que cabe discussões e confrontações diretas.

Diante dessa discricionariedade obtida, pode se afirmar que o Tribunal de Justiça recorreu à ideia de princípios gerais do direito comunitário, buscando inspiração para determinar o âmbito da proteção dos direitos fundamentais, quer nas tradições constitucionais comuns, quer nos direitos consagrados na CEDH, como forma de conciliar dois valores antagónicos, mas estabeleceu a defesa do *primado* ou *superioridade do direito comunitário* como o valor primordial que urge assegurar (DIREITO, 2002).

Referida posição se mostrou nítida ao emitir o Parecer 2/13. O TJUE considerou incompatível o CEDH, na medida em que esse seria suscetível de lesar as características específicas e a autonomia do direito da União, uma vez que: 1) não garante a coordenação entre o artigo 53.º da CEDH

e o artigo 53.^o da Carta, não previne o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros no direito da União e não prevê uma articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n. 16 e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.^o TFUE; 2) é suscetível de afetar o artigo 344.^o TFUE, uma vez que não exclui a possibilidade de os litígios entre os Estados-Membros ou entre estes e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, serem submetidos ao TEDH; 3) não prevê modalidades de funcionamento do mecanismo do corresponsável e do processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça que permitam preservar as características específicas da União e do seu direito; 4) não tem em conta as características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional dos atos, ações ou omissões da União em matéria de Política Externa e de Segurança Comum (PESC), uma vez que confia a fiscalização jurisdicional de alguns desses atos, ações ou omissões exclusivamente a um órgão externo à União³.

Em todos os argumentos utilizados, a base de sustentação se manifesta pela supremacia da União Europeia frente a qualquer valor que se poderia confrontar com a unidade. Em suas alíneas, restou clarificado que, em conformidade com o artigo 6.^o, n. 3, TUE, os direitos fundamentais, tal como garantidos pela CEDH, fazem parte do direito da União, mas enquanto princípios gerais, item 179 do Parecer, chegando as raias do desrespeito a valores nacionais e transnacionais tão relevantes a dignidade da pessoa humana. Já no item 170 do Parecer, profere que a autonomia de que goza o direito da União, relativamente aos direitos dos Estados/Membros e ao direito internacional, impõe que a interpretação desses direitos fundamentais seja assegurada no quadro da estrutura e dos objetivos da União, em outros termos, quando da ponderações de princípios fundamentais, apontou-se que a manutenção da EU e seus objetivos devem prevalecer

³ Dispositivo: O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6, n. 2, TUE nem com o Protocolo (n. 8) relativo ao n. 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. < <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bbf6a22c-bb39-11e4-809a-01aa75ed71a1/language-pt>> Último acesso em 10 de outubro de 2018.

a qualquer outro interesse, não podem ser admitidas na União, medidas incompatíveis com esses mesmos direitos.⁴

A valoração máxima do princípio do *primado* coloca-se a mostra em todos os itens, mas de forma intensa, encontra-se o temor pelo controle externo, quando da fiscalização jurisdicional de alguns desses atos, ações ou omissões exclusivamente a um órgão externo à União, o que levaria admitir uma intervenção na União.

Apesar de não existir um consenso sobre a questão, em especial sobre a interpretação da Carta, enquanto modelo de uma expressão europeu, ao menos pacífico resta a necessidade de uma resposta europeia para a ruptura dos sistemas nacionais e para um espaço social europeu criado, nomeadamente, para livre circulação de pessoas (PAIS, 2018, p. 165), que não se admita a diminuição das linhas fundamentais, mas pelo contrário, tenha como base a busca pelo implemento nas garantias fundamentais, ou seja, um respeito as conquistas estatais, equacionando fórmulas que permitam avançar para a federalização, sem que isso signifique perda da identidade política dos Estados, em outras linhas, ainda, “unidade na diversidade” (DIREITO, 2018).

Espera-se que a Carta possa ser apenas um instrumento inicial de um processo de constitucionalização, mesmo que diversos dos moldes tradicionais e afastado do paradigma do Estado moderno, mas não afastado das conquistas já alcançadas pelo individual enquanto destinatário dos direitos fundamentais.

3.2. As crises econômicas e suas saídas confrontares de direitos fundamentais

Se não bastasse a dinâmica da União Europeia, os Estados/Nação vivenciam seus problemas econômicos e políticos, decorrentes, muitas vezes, da globalização e seu efeito cascata, o que os levam a busca de auxílio externo. Cita-se, como exemplo, o caso de Portugal, em que os acordos, assinados para referido escape da crise, trouxeram em seu bojo muito mais que um mero auxílio financeiro, mas condicionantes impostas com consequências desastrosas do ponto de vista dos direitos fundamentais.

⁴ Itens 179 e 180 do Parecer do TJUE.

O estudo da situação vivenciada pelo Estado Português, se mostra relevante. Frente a crise dos *subprimes* que ocorreu nos Estados Unidos da América em 2008 e alastrou-se por países europeus nos anos seguintes, causando a chamada “crise das dívidas soberanas”, a saída encontrada por Portugal para evitar a quebra do seu sistema bancário foi assinar dois acordos: um com a União Europeia e o Banco Central Europeu (*Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Políticas Econômicas*), e outro (*Memorando de Políticas Econômicas e Financeiras*) com o Fundo Monetário Internacional (FMI) (DRAY, 2017).

No entanto, as entidades financiadoras, especialmente o FMI, impuseram algumas condições para os acordos, que traria um empréstimo que a combalida economia portuguesa necessitava desesperadamente. Além da exigência de privatização de um conjunto de empresas estratégicas do país, as condições incluíam a realização de uma reforma trabalhista.

Interessante notar que as exigências foram no sentido de desvalorizar o trabalho, reduzir seu custo e facilitar o despedimento de trabalhadores e não no sentido de aperfeiçoar as ciências jurídicas e desenvolver o Direito do Trabalho, muito menos voltada para ética e dignidade do trabalho (DRAY, 2017). Em outros termos, a reforma centralizou-se apenas no propósito econômico, sendo o regime legal de proteção dos trabalhadores visto como um empecilho a competitividades das empresas e da economia nacional.

O governo português não só aceitou as condições, mas foi além, propôs uma verdadeira ruptura com o Direito do Trabalho e, ainda, uma enorme política de contenção de custos ou de austeridade (DRAY, 2017), trazendo em seu bojo inclusive uma redução de retribuições e das aposentadorias. Em outras palavras, transferiu-se os custos da recuperação da economia aos cidadãos.

Assim, em sua base, a reforma foi utilizada como um instrumento e possuía uma linha de pensamento meramente econômica, em que a competitividade econômica se deve fazer tendo por base a redução do custo do trabalho.

Felizmente, em Portugal, o direito laboral está alicerçado num conjunto significativo de direitos constitucionais dos trabalhadores. Tal circunstância, aliada a uma atuação séria e responsável do Tribunal Constitucional português, permitiram que os princípios gerais do referido Direito e a dignidade do trabalhador se mantivessem intocados.

Nesse diapasão a posição do Tribunal Constitucional Português se mostrou essencial para se preservar os direitos fundamentais e evitar um retrocesso social, como se observa dos *decisum*: Acórdão N.º 187/2013: declarou inconstitucionais diversas normas da Lei n.º 23/2012 (Reforma Trabalhista portuguesa) que tinham por objetivo facilitar o despedimento dos trabalhadores em caso de justa causa objetiva; Acórdão N.º 353/2012: declarou inconstitucional normas da lei orçamentária para 2012 que suspendiam o pagamento dos subsídios de férias e de Natal de funcionários públicos e aposentados; Acórdão N.º 602/2013: declarou inconstitucionais quatro normas da lei orçamentária para 2013 por violação do princípio da igualdade na sua vertente de exigência de proporcionalidade e por violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há que se admitir que não se pode desmoronar a Constituição do Estado/Nação e desconsiderar os limites, inclusive os externos existentes, em especial a Declaração Universal dos Direitos do Homem, vez que o catálogo de direitos fundamentais não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais, existindo ao longo da constituição outros direitos fundamentais, ditos de “*direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo*” (CANOTILHO, 2003).

No mais, interessante observar que, a despeito da prática corriqueira de afronta à direitos fundamentais, a reforma de 2012 pouco ou nada resolveu do ponto de vista econômico. Pelo contrário, os anos que se seguiram à reforma de 2012 foram os piores em termos de desemprego e reforçaram a quebra da população ativa no mercado de trabalho. O ano de 2013 foi o pior ano do século considerando a de taxa de desemprego e de emigração. Nesse ano, o desemprego atingiu em Portugal a taxa histórica de 16,2%. Por outro lado, 2013 foi também o ano do século em que mais portugueses emigraram para o estrangeiro, em busca de melhores condições de vida (DRAY, 2018).

Por isso, não se pode dizer que a reforma de 2012 esteve na origem do incremento da atividade econômica em Portugal (DRAY, 2018), que em bom rigor só começou a recuperar em 2016 e 2017, e, através do aumento das exportações e à promoção de novas atividades econômicas, em especial o turismo, as novas políticas ativas de emprego e a uma política social centrada de novo do aumento dos salários e na recuperação dos direitos dos cidadãos, caminho diametralmente oposto as práticas anteriores impostas nos acordos.

Na visão de Guilherme Dray (2018), “a conclusão que especialistas no assunto chegaram é de que o que os anos da crise ensinaram que as políticas de austeridade e de quebra do rendimento não trouxeram algo de positivo, em termos econômicos e de emprego”. O implemento de políticas sociais e a devolução de rendimento à população gerou empregos, o déficit orçamental desceu e se produziu taxas de crescimento económico como há muito não vivenciou o país.

4. Pela manutenção de um patamar inegociável já alcançado de direitos fundamentais

O cenário português, parece que vem lecionar que as reformas centradas na diminuição de direitos e garantias, com a desproteção, no caso específico do trabalhador/indivíduo, não são necessariamente positivas, mesmo em termos económicos, mas tem sido as mais utilizadas em meio a uma crise económica.

Em sentido semelhante, descrevem Pompeu e Pessoa (2012) que, citando o economista Amartya Sen, ganhador do prêmio Nobel de Economia de 1998 e um dos idealizadores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), afirma que a expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social, contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. As conquistas decorrentes dos implementos de garantias fundamentais, baseadas no desenvolvimento humano vão além, alcançam as habilidades produtivas das pessoas com o crescimento económico em uma base partilhada.

A despeito da necessidade do corte de gastos e a redução do amplo escopo do Estado, esses devem se responsáveis e, desde que, não confrontem a dignidade do indivíduo/cidadão, mas seletivos e acompanhados do reforço da capacidade institucional do Estado, para que esse execute e planeje suas políticas soberanas (POMPEU; PESSOA, 2012). Um Estado tem responsabilidades e deveres diante de sua população e suas políticas dignificantes devem estar em suas prioridades. Em confronto de princípios, a questão se resolve por prevalência, devendo se manter aquele que mais atende a *dignidade da pessoa humana*, patamar inegociável nesse conflito.

Apesar de ser inviável o retorno às condições estabelecidas pelo consenso pós-segunda guerra mundial (POMPEU; PESSOA, 2012), aponta-se a necessidade de se complementar o *Consenso de Washington*

mediante a priorização de metas a cargo do Estado, com a melhoria na qualidade de investimentos em capital humano; a promoção do desenvolvimento de sistemas financeiros sólidos e eficientes; o fortalecimento do entorno legal e regulatório; e a melhoria na qualidade do setor público (DRAY, 2017).

Em meio a circunstâncias e desafios institucionais, a reconstrução de uma economia mista pode ser feita mediante a recuperação pelos Estados/ Nação do poder ultimamente tomado pelas forças do mercado (POMPEU; PESSOA, 2012). Nesse sentido, para que não ocorra um afrontamento aos direitos fundamentais, se mostra essencial privilegiar ações que conciliem a combinação do fluxo livre de bens, serviços e capitais com medidas de investimento social.

No tocante a regulação global, em especial a UE, como se viu, não há apenas benefícios, por outro viés, implica em compromissos e metas do ponto de vista econômico, que repercutem na diminuição de autonomia do país em matéria de política monetária e cambial, sem falar nas afrontas diretas aos direitos fundamentais, seja pela via normatização rasa, seja pelas interpretações jurisprudenciais subjetivas desses direitos admitidas pela União.

Os Estados precisam assumir a soberana posição de defender que os investimentos atraídos às suas economias internas sirvam prioritariamente ao atendimento de setores ligados ao crescimento doméstico dignificantes e não o inverso. Ao mesmo tempo em que se necessita do fortalecimento da soberania política e econômica dos Estados, não se pode renegar o sistema de globalização já instaurado. Porém, tais fatores não se excluem. Precisa-se tão somente que o regime econômico global seja configurado de modo a permitir à economia sustentável florescer nacionalmente (POMPEU; PESSOA, 2012), pauta constante das discussões mundiais.

Considerações finais

A economia passou a dominar a rotina política e a vida cotidiana dos indivíduos, o mundo moderno tem assistido a alterações, nunca antes vistas, de transformações em suas bases de constituição e funcionamento. Mercados Comuns, regulação global, efeito cascata de crises são as palavras do cenário mundial atual, ainda, juntam-se a elas, rebaixamento do nível

de proteção de direitos fundamentais, prevalência do *primado, da unidade e efetividade do direito da União*, desconstituição do Estado social, condicionantes estruturais para acordos financeiros, etc.

O mote das alterações tem como pano de fundo a questão economia, mas traz consigo a subalternização dos Direitos Fundamentais, para que os propósitos de sustentabilidade e competitividade econômica e financeira dos Estados se mantenham.

Não se pode perder de vistas, contudo, as conquistas já alcançadas na seara dos direitos fundamentais, não se admitindo que os Estados dobrem suas soberanias a qualquer custo e se fundamentem apenas nas questões econômicas e financeiras. As discussões giram em torno, atualmente, na busca por um regime econômico global que permitir existir uma economia sustentável, que deve florescer nacionalmente, com as ressalvas das diversidades estatais.

Em outras linhas, a despeito dos interesses encobertos nas economias de mercado, nas regulações globais, nos moldes e formas de enfrentamento das crises, uma coisa é certa, em todos os níveis de atuação, os direitos fundamentais, no mais amplo aspecto, precisam ser preservados, vez que o fim de todas as coisas é o ser humano e à luz desses valores se deve garantir a intangibilidade do núcleo essencial desses direitos.

Referências

- ANTUNES, Carla Patrícia Formiga. *É possível desatar o nó? Como articular os mecanismos do reenvio prejudicial e do Protocolo n. 16 de modo a permitir a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 2018. Disponível em <https://run.unl.pt/bitstream/10362/43065/1/Antunes_2018.pdf>. Último acesso em 13 de agosto de 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. *A tutela multinível dos direitos: Quantidade é sinónimo de qualidade?*, 2015. Disponível em < https://www.academia.edu/10339157/A_tutela_multin%C3%ADvel_dos_direitos_Quantidade_%C3%A9_sin%C3%B3nimo_de_qualidade>. Último acesso em 05 de novembro de 2018.

- DIREITO, Sérgio Saraiva. *A Carta Dos Direitos Fundamentais E A Sua Relevância Para A Protecção Dos Direitos Fundamentais Na União Europeia Enquadramento Histórico –Sistemático*, 2002. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf>. Último acesso em 15 de novembro de 2018.
- DRAY, Guilherme Machado. *Direitos Fundamentais e retrocesso social: O sentido do direito do trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro*. Rev. TST, São Paulo, vol. 83, n. 3, jul/set, 2017.
- _____. Entrevista: *O Impacto da Reforma Trabalhista em Portugal*, Porto Alegre, 10 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/165257>> Último acesso em 18 de novembro de 2018.
- EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – Proc.C-617/2010. 2013. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1542724281713&uri=CELEX:62010CJ0617>>. Último acesso em 18 de setembro de 2018.
- EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – Proc.C-399/2011. 2013. Disponível em < <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/98923402-a8ed-11e2-ab01-01aa75ed71a1/language-pt>>. Último acesso em 18 de setembro de 2018.
- EUROPA. Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Dispositivo: O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6, n. 2, TUE nem com o Protocolo (n. 8) relativo ao n. 2 do artigo 6.o do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, 2013. Disponível em < <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bbf6a22c-bb39-11e4-809a-01aa75ed71a1/language-pt>>. Último acesso em 10 de outubro de 2018.
- PAIS, Sofia Oliveira. *Estudos de Direito da União Europeia*. In: _____. *A Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia* – 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PESSOA, Carlos Levi Costa. *O Constitucionalismo e a Crise do Estado Social do Século XXI: reflexos em Portugal*, 2012. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2e06e9a80370952>>. Último acesso em 12 de novembro de 2018.
- PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional – Proc. 353/2012. Disponível em < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html> >. Último acesso em 15 de julho de 2018.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional – Proc. 187/2013*. Disponível em < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html> >. Último acesso em 18 de outubro de 2018.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional – Proc. 602/2013*. Disponível em < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html> >. Último acesso em 18 de outubro de 2018.

SILVA, Matheus Passos. *O Sistema Europeu De Tutela Multinível Dos Direitos Fundamentais: Mito Ou Realidade?* In: PORTELA, Irene Maria (dir.). *Os novos horizontes do constitucionalismo global*. Barcelos, Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 379-88.

Índice

Nota introdutória	5
A posição do Brasil em relação aos indicadores de governança estabelecidos pelo Banco Mundial e a vinculação destes parâmetros na concessão de assistência financeira aos países <i>Adriana Pereira Nascimento</i> <i>Ediara de Souza Barreto</i>	7
O papel da União Europeia na regulação global da proteção de dados pessoais: a nova lei brasileira e os níveis adequados de proteção <i>Carlos Trivelatto Filho</i>	39
Governança na advocacia pública federal: perspectivas de um novo paradigma na Advocacia-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal <i>Daniel Martins Felzemburg</i>	89
A soberania dos Estados-Membros da União Europeia à propósito do Brexit <i>Daniella Rasera Chiaretto</i>	119
A teoria neorrepública da regulação: fundamentos de legitimação democrática das agências reguladoras independentes <i>Farlei Martins Riccio de Oliveira</i>	147

A crise de Governança no setor público brasileiro e seus impactos na economia e no setor privado <i>Geraldo Magela Alves de Sá</i>	173
O Direito Ambiental na União Europeia e as Diretivas sobre prevenção de danos: um modelo de regulação supranacional com repercussão global <i>Gerlena Maria Santana de Siqueira</i>	197
Valoração do dano ambiental: pressupostos jurídicos no Brasil, em Portugal e na União Européia <i>Homero Andretta Junior</i>	233
A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a classificação de risco soberano do Brasil como casos de aplicação do direito administrativo global <i>Marcelo Cláudio Fausto Maia</i>	277
Papel da OCDE na governança global e interesse da CNI no ingresso do Brasil como membro dessa organização <i>Mônica Oliveira da Costa</i>	299
Considerações sobre o direito administrativo global um novo ramo do direito <i>Naira Pieczkoscki Regis de Moura</i>	321
A imunidade tributária do estado estrangeiro e a frustração da integral realização da receita pública no Brasil: um desafio a governança pública <i>Rogério de Souza Hüttner</i>	349
(In)dependência dos Bancos Centrais em direção a um novo paradigma pós-crise global <i>Rogério Telles Correia das Neves</i>	367
Preservação dos direitos fundamentais frente as regulações globais e demais alterações mundiais? Ou ataques em diversas frentes? <i>Simone Maciel Saqueto Pereto</i>	403

