



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
*Posgrado y Formación Continua*

## **DIÁLOGO JURÍDICO EM TORNO DO DIREITO ARGENTINO & BRASILEIRO**

- **Consuela Felix de Vasconcelos**
- **Emmanuel Rocha Reis**
- **Federico Dominguez Espuri**
- **Francisco Leonardo Silva Neto**
- **Lucía Toso**
- **Mauricio Follari Gorra**
- **Natacha Souza John**
- **Octavio Pupperto**
- **Priscila Menino**



**ORGANIZADORAS**

**GRACE LADEIRA GARBACCIO  
VALENTINA ERICE BAEZA**



**idp**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
*Posgrado y Formación Continua*

# **DIÁLOGO JURÍDICO EM TORNO DO DIREITO ARGENTINO & BRASILEIRO**

- **Consuela Felix de Vasconcelos**
- **Emmanuel Rocha Reis**
- **Federico Dominguez Espuri**
- **Francisco Leonardo Silva Neto**
- **Lucía Toso**
- **Mauricio Follari Gorra**
- **Natacha Souza John**
- **Octavio Puppetto**
- **Priscila Menino**

**2024**

**ORGANIZADORAS**

**GRACE LADEIRA GARBACCIO  
VALENTINA ERICE BAEZA**

Diálogo Jurídico em torno do Direito Argentino & Brasileiro © 2024

by Grace Ladeira Garbaccio; Valentina Erice Baeza is licensed under CC BY-NC 4.0.

Os direitos autorais foram cedidos por todos os autores.

Código de catalogação na publicação – CIP

D537 Diálogo Jurídico em torno do Direito Argentino & Brasileiro /  
organizadoras Grace Ladeira Garbaccio, Valentina Erice  
Baeza; autores Consuêla Félix de Vasconcelos... [et al]. —  
Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e  
Pesquisa, 2024.

176 f.

Vários autores.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-87546-24-7

1. Direito ambiental. 2. Regulação econômica. 3. Direito  
comparado. 4. Direito administrativo. I. Título II. Garbaccio, Grace  
Ladeira. III. Baeza, Valentina Erice.

CDDir 341.347

Elaborada por Natália Bianca Mascarenhas Puricelli – CRB 1/3439

## SUMÁRIO

<b>Prefácio IDP.....</b>	<b>06</b>
<b>Prefácio UM.....</b>	<b>07</b>
<b>Uma análise da regulação econômica do mercado de medicamentos e a observância aos Direitos Constitucionais da Saúde e da Liberdade Econômica.....</b>	<b>08</b>
<i>Priscila Pereira Menino</i>	
<b>Aplicação da Lei de Defesa do Consumidor às PME.....</b>	<b>21</b>
<i>Octavio Puppetto</i>	
<b>Eficiência e moralidade nas contratações públicas: Uma análise sob a perspectiva da Lei nº 14.133/2021 e do exercício da cidadania.....</b>	<b>40</b>
<i>Consuêla Félix de Vasconcelos Neto</i>	
<b>A interface entre a sociedade de risco e gestão dos recursos hídricos: A importância da educação ambiental.....</b>	<b>60</b>
<i>Natacha Souza</i>	
<b>A interpretação construtiva e a resolução de conflitos na tutela jurídica da energia eólica.....</b>	<b>76</b>
<i>Francisco Leonardo Silva Neto</i>	
<b>Diversificação da matriz energética e a regulamentação contemporânea na transição energética: Especificidades constitucionais no perfil legislativo brasileiro.....</b>	<b>95</b>
<i>Emmanuel Rocha Reis</i>	
<b>Implementação do Plano de Integridade nas Sociedades Anônimas com Participação Estatal Majoritária. Da discricionariedade à auto regulação regulamentada.....</b>	<b>112</b>
<i>Lucía Valentina Toso</i>	
<b>Análise da duração do processo trabalhista mendocino na perspectiva da garantia do prazo razoável.....</b>	<b>135</b>
<i>Mauricio Follari Gorra</i>	
<b>O impacto das novas tecnologias no mercado financeiro: Análise jurídica.....</b>	<b>147</b>
<i>Federico Damian Dominguez Espuri</i>	

## PREFÁCIO IDP

Nos últimos anos, a integração jurídica entre Brasil e Argentina tornou-se mais que uma necessidade prática. Ela despontou como uma oportunidade valiosa para promover o entendimento mútuo e o desenvolvimento de soluções jurídicas adaptadas aos contextos complexos e dinâmicos da América Latina. Este livro, *Diálogo Jurídico em torno do Direito Argentino & Brasileiro*, organizado pela professora Dra. Grace Ladeira Garbaccio e professora Dra. Valentina Erice Baeza, é uma obra que captura o espírito desse momento, oferecendo uma análise robusta e colaborativa sobre temas jurídicos de alta relevância e atualidade.

Ao reunir renomados acadêmicos e profissionais do Direito para refletir sobre questões que vão desde o Direito Ambiental e Administrativo até a Defesa do Consumidor e a Regulação Econômica, esta obra apresenta uma abordagem comparativa e interdisciplinar, que não apenas revela as similaridades e divergências entre os dois sistemas, mas que também evidencia a riqueza de perspectivas que emerge do diálogo entre as tradições jurídicas desses países. Tal enfoque permite que o leitor compreenda o impacto concreto de políticas e legislações em cada contexto, proporcionando uma visão aprofundada sobre como Brasil e Argentina lidam com desafios compartilhados.

A importância deste livro reside não apenas na análise técnica e precisa de questões jurídicas, mas também na capacidade dos autores de situar esses pontos no contexto mais amplo da realidade latino-americana. O cenário socioeconômico e político da América Latina, marcado por desafios como desigualdades, reformas institucionais e busca por sustentabilidade, torna urgente o estudo das práticas e legislações que possam apoiar o desenvolvimento e a equidade social. Assim, este livro não se restringe a um público de especialistas. Ele se coloca como uma referência essencial para todos aqueles que buscam compreender o papel do Direito na construção de sociedades mais justas e inclusivas.

Além disso, a obra destaca-se pelo rigor acadêmico e pelo compromisso com a inovação. Cada capítulo é construído com base em pesquisa aprofundada e argumentação sólida, oferecendo ao leitor não só um entendimento detalhado dos temas abordados, mas também uma série de reflexões críticas que podem inspirar novas pesquisas e políticas públicas. É, portanto, um convite ao questionamento e à construção coletiva de conhecimento,

estimulando os leitores a explorarem as possibilidades de cooperação jurídica entre Brasil e Argentina de forma mais ousada e propositiva.

Para professores e acadêmicos de Direito e Tecnologia, este livro representa uma oportunidade única de se aprofundar nas complexidades da regulação jurídica em dois dos principais países da América Latina, oferecendo uma base rica para o desenvolvimento de novas ideias e a aplicação prática do conhecimento em questões jurídicas contemporâneas. Mais do que um estudo comparado, *Diálogo Jurídico em torno do Direito Argentino & Brasileiro* é uma obra que inspira a ação e a reflexão conjunta, promovendo uma visão de futuro onde a colaboração entre as nações latino-americanas seja cada vez mais fortalecida.

Desejo que esta leitura seja uma fonte de inspiração e uma alavanca para a integração e o desenvolvimento de um Direito que, além de técnico, seja humanizado e sensível às particularidades de nossa região. Que esta obra contribua para o amadurecimento das relações jurídicas e para o avanço de soluções inovadoras e eficazes na busca por um futuro mais justo e sustentável para todos.

**FRANCISCO SCHERTEL MENDES**  
Diretor-Geral do IDP

## PREFÁCIO UM

Es un honor presentar la obra *Diálogo Jurídico* en torno al Derecho Argentino y Brasileño, un trabajo académico que refleja el esfuerzo colaborativo entre el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (UM). Este libro reúne nueve ensayos de alto nivel, fruto de rigurosas investigaciones presentadas por sus autores durante el Seminario Internacional celebrado en la Universidad de Mendoza en el año 2024.

La obra se enmarca en el propósito de fomentar un diálogo académico entre el derecho brasileño y el argentino, a través de enfoques que abarcan tanto el derecho público como el derecho privado, tratados desde perspectivas teóricas y prácticas. La coordinación de Grace Ladeira Garbaccio y Valentina Erice Baeza ha sido fundamental para dar forma a esta iniciativa internacional, que no solo contribuye al crecimiento académico y profesional de los docentes, estudiantes y graduados de ambas instituciones, sino que también fortalece los lazos entre nuestras Naciones.

Cada uno de los ensayos incluidos en este e-book representa una valiosa contribución al estudio comparado del derecho, ofreciendo herramientas y reflexiones que serán de gran utilidad para el lector especializado. Además, esta colaboración entre el IDP y la UM demuestra cómo la academia puede ser un puente para el entendimiento, la cooperación y la construcción de un futuro compartido.

En un mundo donde los desafíos jurídicos son cada vez más complejos, esta obra brinda una plataforma de intercambio que contribuye al crecimiento y a la grandeza de nuestros países hermanos.

**DIEGO CARBONELL**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza

*Uma análise da regulação econômica do mercado de medicamentos e a observância aos Direitos Constitucionais da Saúde e da Liberdade Econômica*

*Un análisis de la regulación económica del mercado de medicamentos y el cumplimiento de los Derechos Constitucionales de Salud y Libertad Económica*

*An analysis of the economic regulation of the pharmaceutical market and compliance with the Constitutional Rights of Health and Economic Freedom*

**Priscila Pereira Menino<sup>1</sup>**

**Resumo:** O artigo analisa a regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, examinando a necessidade de equilíbrio entre o direito constitucional à saúde e a liberdade econômica. São abordados aspectos breves sobre o histórico regulatório, desde a CPI dos Medicamentos, que evidenciou abusos de preços, até a criação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-CMED para controle de preços de medicamentos no Brasil. A discussão destaca a importância de uma regulação eficiente e adaptada às complexidades do mercado e do ordenamento jurídico brasileiro, garantindo o acesso a medicamentos com preços equânimes. O estudo conclui com a sugestão de modernização das diretrizes regulatórias para enfrentar novos desafios.

**Palavras-chave:** Regulação econômica; Mercado de medicamentos; CMED; Saúde pública; liberdade econômica; Acesso a medicamentos.

**Resumen:** El artículo analiza la regulación económica del mercado de medicamentos en Brasil, examinando la necesidad de equilibrio entre el derecho constitucional a la salud y la libertad económica. Se abordan aspectos breves sobre el historial regulador, desde la CPI de Medicamentos, que evidenció abusos de precios, hasta la creación de la Cámara de Regulación

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo IDP. Mestranda em Direito pela Universidad de Mendoza. Advogada sanitária. Escritora. Especialista em Regulação e Qualidade na Indústria Farmacêutica pelo Instituto de Ciência e Tecnologia-ICTQ. E-mail: pmenino@ubirajaramarques.com.br - <http://lattes.cnpq.br/4028681536567591>



del Mercado de Medicamentos (CMED) para el control de precios de medicamentos en Brasil. La discusión resalta la importancia de una regulación eficiente y adaptada a las complejidades del mercado y del ordenamiento jurídico brasileño, garantizando el acceso a medicamentos con precios equitativos. El estudio concluye con una sugerencia para la modernización de las directrices regulatorias para enfrentar nuevos desafíos.

**Palabras clave:** Regulación económica; Mercado de medicamentos CMED; Salud pública. Libertad económica. Acceso a medicamentos.

**Abstract:** This article analyzes the economic regulation of the pharmaceutical market in Brazil, examining the need to balance the constitutional right to health and economic freedom. Brief aspects of the regulatory history are covered, from the CPI (Parliamentary Inquiry Commission) on Medications, which revealed price abuses, to the establishment of the Chamber for Regulation of the Pharmaceutical Market (CMED) for price control of medications in Brazil. The discussion emphasizes the importance of efficient regulation adapted to the complexities of the market and the Brazilian legal framework, ensuring equitable access to medications. The study concludes by suggesting the modernization of regulatory guidelines to address new challenges.

**Keywords:** Economic regulation; Pharmaceutical market; CMED; Public health; Economic freedom; Access to medications.

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu regramentos básicos acerca dos direitos à saúde, bem como estabeleceu como direito fundamental a liberdade econômica, de maneira que, em um primeiro momento, pode aparentar que essas duas proteções constitucionais não possuem correlação ou qualquer intersecção, mas possuem congruências entre si que podem causar grandes impactos na população, conforme restará demonstrado no presente artigo.

Dessa maneira, cabe esclarecer que o Estado tem legitimidade para regular determinados mercados, visando o atendimento dos direitos fundamentais da sociedade, tal como é feita a regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, que objetiva a consecução efetiva do direito à constitucional à saúde.

Nesse ponto, merece destaque o ensinamento de Eros Grau:

"O poder regulatório do Estado é essencial para assegurar o equilíbrio entre a liberdade econômica e os direitos fundamentais da sociedade, sendo, portanto, uma

expressão legítima da intervenção estatal, destinada a garantir não apenas a ordem econômica, mas o bem-estar coletivo."<sup>2</sup>

Considerando a relevância da proteção do direito à saúde, o ordenamento jurídico vigente atualmente optou por estabelecer controles dos preços dos medicamentos que serão comercializados no Brasil.

Importa esclarecer que a mencionada regulação econômica do mercado de medicamentos foi introduzida no cenário brasileiro após desconfianças e instabilidades que foram escancaradas na Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apurar denúncias de abuso de preços de medicamentos, tendo ficado conhecida como a CPI de Medicamentos<sup>3</sup>, que teve início em 1999 e foi concluída no ano 2000, no qual ficou evidente a necessidade de uma interferência no livre comércio e na liberdade econômica, a fim de resguardar os direitos à saúde, garantindo, entre outros objetivos, o acesso pela população à medicamentos com preços justos.

Ocorre que a regulação tal como foi estabelecida naquele momento se perpetua até os presentes dias, cabendo então uma reflexão sobre a sua eficiência na forma como foi estabelecida e mantida, observando se ainda atende a finalidade inicialmente pretendida ou se há necessidade de ser estabelecida nova sistemática para o devido equilíbrio entre o direito a saúde e o direito ao livre comércio e livre iniciativa.

Diante disso, o presente artigo tratará no seu primeiro capítulo sobre o direito à saúde estabelecido na Constituição Federal e a extensão de sua proteção. O segundo capítulo tratará das questões atinentes à relação da regulação econômica do mercado de medicamentos e a liberdade econômica. Finalmente, o terceiro capítulo avaliará a opção regulatória adotada pelo Brasil e os resultados que podem ser observados atualmente, balizando se o formato adotado é eficiente ou merece ressalvas e modificações.

## **I. SOBRE O DIREITO À SAÚDE E SEUS DESDOBRAMENTOS**

---

2 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>3</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI-medicamentos**. Relator Deputado Ney Lopes. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimedic/cpimedic\\_relp.PDF](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimedic/cpimedic_relp.PDF). Acesso em: 17 out .2024

O Legislador Constituinte da Carta Magna de 1988 teve a cautela de, além das garantias e direitos fundamentais explanados no Artigo 5<sup>o</sup>, incluir a saúde como direito social a ser resguardado pelo Estado, através das políticas públicas e econômicas pertinentes, veja-se:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”<sup>5</sup>

Dada a relevância que a Constituição Federal dá para a saúde, há uma seção em seu texto que aborda exclusivamente a forma como o Estado deve se organizar para garantir este direito para a população.

Ainda sobre a relevância constitucional do direito à saúde e a organização estatal necessária para garanti-lo, é oportuno mencionar a citação abaixo:

"A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a saúde como um direito social fundamental, impondo ao Estado a responsabilidade de implementar políticas e ações que assegurem a todos o acesso a condições dignas de vida e bem-estar, configurando uma ordem pública de deveres estatais no campo da saúde pública."<sup>6</sup>

Assim, a garantia constitucional do direito à saúde abrange não somente o atendimento médico propriamente dito, mas possui abrangência integral, incluindo a assistência universal da cobertura e atendimento, abarcando, por conseguinte, o devido fornecimento de medicamentos seguros, eficazes e com qualidade para a população.

Por oportuno, a fim de assegurar que o direito à saúde seria exercido de maneira eficaz, foram estabelecidos no artigo 197 os seguintes preceitos:

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”

Fica evidente a relevância que o ordenamento jurídico constitucional garante para a saúde, sendo indubitável que, ao longo dos anos, pode-se observar diversos gargalos na

---

4BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2024.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out de 2022.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

operacionalização deste direito no campo de vista prático. Todavia, este trabalho não tem a pretensão de abordar as diversas problemáticas nas políticas públicas voltadas para proteção da saúde e a sua judicialização recorrente de assuntos afetos ao direito à saúde, mas restringe-se a tratar do mercado de efetiva comercialização de medicamentos e a necessidade ou não de intervenção regulatória.

## **II. SOBRE A REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL**

Conforme mencionado, a regulação econômica do mercado de medicamentos da forma como é feita atualmente se deu principalmente em resposta à acontecimentos ocorridos no fim da década de 1990, após período no qual houve liberdade de fixação e definição de preços de medicamentos pelos seus fabricantes, sem, portanto, grandes intervenções estatais, sendo, naquele momento, um comércio livre.

Em 2000 ganhou destaque nacional a Comissão Parlamentar de Inquérito-CPI de medicamentos que visava investigar falsificações de medicamentos e medicamentos que vinham sendo comercializados com preços exorbitantes, impactando na saúde da população, por óbvio, pois impedia o acesso e impedia ou prejudicava tratamentos.

É necessário destacar que, antes da regulação econômica e como resposta aos problemas relacionados à segurança, qualidade e eficácia de medicamentos, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, que é autarquia sob regime especial, criada através de Medida Provisória que foi convertida na Lei nº 9.782/1999<sup>7</sup>, competente para definição e fiscalização das obrigações relacionadas ao processo de fabricação, comercialização e publicidades dos medicamentos.

Cabe destacar que a ANVISA não trata de regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, mas tão somente se restringe a analisar os critérios e requisitos técnico-sanitários para regularização de um medicamento no Brasil, buscando verificar se este é seguro, eficaz e com qualidade<sup>8</sup>.

De outro lado, no que se refere à regulação econômica dos medicamentos, importa considerar que, após a já mencionada CPI de medicamentos, surgiu a Câmara de Medicamentos

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília: DOU, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm). Acesso em: 10 out. 2024.

<sup>8</sup> Disponível em <[https://antigo.anvisa.gov.br/pt\\_BR/institucional](https://antigo.anvisa.gov.br/pt_BR/institucional)> Acesso em 11 out 2024.

(CAMED), com competência para monitoramento do mercado de medicamentos, buscando definir critérios para precificação de medicamentos no Brasil.

Dessa maneira, foram criadas duas instituições que fiscalizariam os medicamentos no pré-mercado e no pós-mercado, a fim de proteção da saúde pública de maneira integral, garantindo o acesso da população, que é um dos desdobramentos do efeito direito à saúde.

Cabe, por oportuno, transcrever as palavras de Glaydson Medeiros de Araújo Souza que ratificam o aduzido:

“A escalada de preços chamou a atenção do legislativo brasileiro, e a Câmara dos Deputados instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), cujo relatório final, em meados do ano 2.000, orientava ao Poder Executivo que passasse a exercer novamente a regulação do setor, quando, então, houve o aceno do governo à indústria da necessidade de intervenção, tendo sido criado um grupo de trabalho, que deu origem à Câmara de Medicamentos (CAMED), criada através da Lei nº 10.213/01”.<sup>9</sup>

Em 2003 foi promulgada a Lei nº 10.742/2003, sendo extinta a CAMED<sup>10</sup> e surgindo o órgão interministerial denominado de Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, responsável por “promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor”.

É oportuno esclarecer que, diferentemente da ANVISA, que, por ser Agência Reguladora, detém prerrogativas importantes, tais como o mandato fixo de seus diretores, a CMED é um órgão interministerial, composto pelo Ministério da Saúde, pelo Ministério da Economia; pelo Ministério da Justiça e Segurança Nacional; pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviço e pela Casa Civil.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a CMED é responsável por:

“Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

---

<sup>9</sup> SOUZA, Glaydson Medeiros de Araújo, Regulação Estatal do Mercado de Medicamentos e a Proteção ao Consumidor: os Efeitos Práticos da Atuação do Estado no Mercado de Medicamentos. 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

<sup>10</sup> “Art. 9º Fica extinta a Câmara de Medicamentos, criada pela Lei no 10.213, de 27 de março de 2001, cujas competências e atribuições são absorvidas pela CMED.”

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas de regulação do setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei às empresas produtoras de medicamentos, às farmácias e drogarias, aos representantes, às distribuidoras de medicamentos, e, de igual modo, a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.”

- I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;
- II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;
- III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;
- IV - decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei;
- V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;
- VI - coordenar ações dos órgãos componentes da CMED voltadas à implementação dos objetivos previstos no art. 5º;
- VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;
- VIII - propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;
- IX - opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;
- X - assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;
- XI - sugerir a celebração de acordos e convênios internacionais relativos ao setor de medicamentos;
- XII - monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado;
- XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;
- XIV - decidir sobre a aplicação de penalidades previstas nesta Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;
- XV - elaborar seu regimento interno.”<sup>11</sup>

Pode-se afirmar então que o mercado de medicamentos no Brasil é estritamente regulado, de maneira que, após a obtenção do registro sanitário do medicamento concedido pela ANVISA, para se iniciar a comercialização, salvo exceções estabelecidas em normas vigentes, é necessária a obtenção do preço-teto máximo definido pela CMED pelo qual estes produtos poderão ser comercializados no Brasil, após a empresa responsável apresentar seu devido Documento Informativo de Preços, demonstrando o preço que pretende praticar para o seu medicamento, observando as diretrizes elencadas pela Resolução-CMED nº 2, de 5 de março de 2004.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.742.htm)

Resta demonstrado que o mercado de comercialização de medicamento no Brasil observa regramentos e preceitos gerais, além de ter a fiscalização e intervenção na liberdade econômica, buscando resguardar, a princípio, o direito à saúde, cabendo ao operador do direito a interpretação da Constituição de forma mais harmônica em eventual caso concreto, já que há um aparente conflito entre duas garantias constitucionais.

Diante desse contexto, o presente texto busca analisar se há necessidade de prevalecer o direito à saúde e, conseqüentemente, a intervenção econômica no mercado de medicamentos, ou há casos em que a liberdade de “comércio e indústria não compromete o funcionamento regular dos mercados”<sup>12</sup>.

### **III. SOBRE A REGULAÇÃO ECONÔMICA E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DA LIBERDADE ECONÔMICA**

Não restam dúvidas de que a regulação do mercado de medicamentos no Brasil envolve diversos fatores e protagonistas diferentes, sendo um sistema complexo e que deve ser tratado como tal, na medida em que se faz necessário ponderar todos os fatores, a fim de buscar o sistema mais equânime possível e evitar injustiças e ilegalidades.

Nesse contexto, é oportuno mencionar Niklas Luhmann, ao ressaltar que a sociedade é dividida em três grandes sistemas, quais sejam, político, jurídico e mercado, de maneira que o equilíbrio entre os três é necessário, na medida em que há convergências entre si e são abertos, ou seja, não há um pré-determinismo, mas estão abertos a fatos novos o tempo todo<sup>13</sup>, os quais devem ser interpretados e fechados novamente em si.

Portanto, não se pode ignorar que a regulação feita pelo Estado deve considerar se está gerando benefícios e atendendo a sua finalidade, beneficiando a coletividade ou, de outro lado, gerando impedimentos indevidos que não devem prevalecer.

Quando se trata do mercado de medicamentos, o primeiro fator que deve ser considerado é que este é um mercado com diversos mercados dentro de si, ou seja, há diversos tipos de medicamentos e diversas demandas diferentes, devendo ser consideradas as

---

12 GRAU, Eros. Princípio da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. Revista Trimestral de Direito Público. v. 93, n. 4, 1993. p. 126.

13 KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann ,1. Estudos de Sociologia, Araraquara, 2004, p. 16, 123-136.

peculiaridades daquela específica molécula, não podendo, por óbvio, ter a mesma regra para definição e reajuste de preços, desconsiderando a complexidade inerente a estes produtos.

É oportuno esclarecer que ainda hoje a CMED define os preços dos medicamentos com base na Resolução-CMED nº 2, de 5 de março de 2004, ou seja, a norma está vigente no ordenamento jurídico há mais de 20 (vinte) anos.

É evidente que ao longo dos anos a sociedade mudou, o mercado e a economia também passaram por diversas mudanças e ainda assim a norma prevalece a mesma para todos os tipos de medicamentos, sendo classificados da seguinte forma:

“Em consonância com o dispositivo legal mencionado, ainda no ano de 2004, o conselho de ministros da CMED publicou a Resolução nº 02 de 05 de março de 2004, que dispõe sobre a categorização dos medicamentos, suas classificações, requisitos de entrada e precificação no mercado brasileiro. A CMED estabelece anualmente seis categorias diferentes de medicamentos, sendo que a Categoria I engloba os medicamentos novos, como molécula que seja objeto de patente, a categoria II traz os medicamentos que não se enquadrem na definição da categoria I, a Categoria II é composta por novas apresentações de medicamentos já comercializados pela própria empresa, com mesma forma farmacêutica.

A categoria IV, os medicamentos devem se enquadrar como novo na lista dos produtos comercializados pela empresa, exceto quanto aos Categoria V, ou ser um medicamento comercializado pela empresa com nova forma farmacêutica, a Categoria V traz os produtos de nova forma farmacêutica no país e nova associação de princípios ativos que já existiam no país, e, por fim, a categoria VI, que é composta dos medicamentos genéricos, que estão disciplinados na Lei nº 9.787/1999.”

Uma vez enquadrado na regra estabelecida na Resolução-CMED nº 2, de 5 de março de 2004, o preço fábrica do produto poderá, em alguns casos, ser definido com base no custo de tratamento com os medicamentos utilizados para a mesma indicação terapêutica, não podendo, em qualquer hipótese, ser superior ao menor preço praticado dentre os seguintes países: Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grécia, Itália, Nova Zelândia, Portugal e o preço fabricante praticado no país de origem do produto, excluídos os impostos incidentes<sup>14</sup> e, em outros casos, para definição do preço inicial do medicamento, a empresa deve apenas observar os preços dos medicamentos concorrentes já presentes no mercado nacional, sendo certo afirmar que o modelo adotado no Brasil utiliza referenciamento externo e/ou interno.

A despeito do fato de que o presente artigo não pretende adentrar em todas as características e elementos de cada categoria elencada na Resolução-CMED nº 2/2004, pode-

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed/air/arquivos/5517json-file-1/view>>. Acesso em: 10.out.2024.



se inferir dos regramentos atuais que as diretrizes estabelecidas atualmente são confusas e privilegiam uma assimetria de informações, dificultando até mesmo transparência para a sociedade que queira compreender o tema.

Ademais, faz-se importante ainda ponderar que as regras vigentes ignoram como a realidade do mercado em que o medicamento entrante irá atuar, desconsiderando, dessa forma, se haverá quebra de monopólio ou se trata de um mercado já com vários ofertantes, olvidando-se da complexidade que deve ser observada na regulação econômica do mercado de medicamentos.

É certo que o monitoramento do mercado deve ser o mesmo para qualquer produto, mas a intervenção do Estado deve ser feita em proporções diferentes entre moléculas com monopólio, em que a entrada de um novo medicamento impedirá que o monopolista continue a praticar preços elevados que dificultem o acesso da população, e moléculas com diversos *players* ofertantes, no qual há uma auto regulação. Caso essa diferenciação no tratamento de cada medicamento entrante não ocorra, a intervenção econômica poderá ser ineficaz.

Faz-se importante ainda ponderar que as regras vigentes para definição e reajustes de preços ignoram qualquer planilha de custo do produto, o que acaba, em diversos casos, inviabilizando-o no Brasil, já que o preço teto definido pela CMED é menor do que o próprio custo do medicamento, levando empresas a deixarem de ofertar o medicamento em território nacional, prejudicando em sobremaneira a sociedade.

O Brasil passou por crise de desabastecimentos de diversos medicamentos relevantes, como, por exemplo, dipirona na forma farmacêutica injetável, regularmente utilizada em hospitais<sup>15</sup>, em decorrência de que as empresas fornecedoras do produto estavam pleiteando reajustes extraordinários dos preços-tetos, mas não obtiveram ajuste de preços pela CMED, pois este Órgão Interministerial alegava que a Lei de criação da CMED, em seu artigo 4º, somente prevê reajuste de preços de maneira anual<sup>16</sup>, ainda que ocorressem situações supervenientes que justificassem a concessão de reajuste extraordinário de preços para reequilíbrio.

---

<sup>15</sup>Disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2022/04/11/hospitais-de-todo-o-pais-estao-com-baixo-estoque-de-dipirona-injetavel.ghtml>> . Acesso em 13 de out 2024..

<sup>16</sup>BRASIL. Lei Federal nº 10.742 de 2003. Disponível em<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.742.htm)> . Acesso em: 13 out. 2024.

Cabe esclarecer que as empresas que possuem registro sanitário do medicamento dipirona injetável no Brasil alegavam que houve impacto no custo unitário da ampola em decorrência de variação cambial, bem como considerando impactos decorrentes da COVID-19 na fabricação do insumo farmacêutico ativo, sendo fatores sociais e econômicos externos que possuíam impacto direto nas políticas públicas e no mundo jurídico, justificando a concessão de reajuste de preços para buscar um *pricecap* equânime.

Trata-se de um fato que interliga o mundo jurídico, o mundo político e o mercado econômico, tal como esclarecido por Luhmann, devendo o ordenamento jurídico sanar as dificuldades que vinham sendo encontradas para garantir a continuidade do fornecimento do produto regularmente, o que não ocorreu de maneira rápida e exigiu que a CMED a Resolução nº 07/2022 e a Resolução-CMED nº 13/2023, que permitiu a liberação temporária dos critérios de estabelecimento ou de ajuste de preços de medicamentos com risco de desabastecimento no mercado brasileiro.

Diante disso, pode-se afirmar então que a regulação econômica do mercado de medicamentos é devida e necessária, mas deve ser instrumentalizada de maneira moderna, proativa e considerando as complexidades existentes no setor e no mercado, agindo para realmente monitorar o mercado de forma eficiente e célere, buscando o equilíbrio entre o direito constitucional de acesso aos medicamentos e a liberdade econômica.

## **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, é evidente que o mercado de comercialização de medicamentos é complexo e possui suas peculiaridades, as quais não podem ser ignoradas pelos atores que atuam neste cenário.

Não restam dúvidas da relevância que a CAMED e, posteriormente, a CMED teve em um mercado que contava com incertezas, dúvidas e desconfiança, após a repercussão midiática que teve a CPI de medicamentos, deixando latente a existência naquele momento de medicamentos sendo comercializados com valores discrepantes, prejudicando tratamentos.

A resposta dada pelo Direito a um cenário com a ocorrência de práticas de medicamentos comercializados com preços desproporcionais e exorbitantes foi uma regulação demasiadamente engessada e genérica, com diretrizes que não são adequadas para cada situação possível e são marcadas por assimetrias de informações, mas que cumpriu seu papel naquele

momento de buscar reestabelecer o equilíbrio no ordenamento jurídico entre o direito à saúde e a liberdade econômica.

Todavia, mais de vinte anos após a criação da CMED, é importante que seja repensado o formato da regulação econômica do mercado de medicamentos, revisitando os gargalos que foram enfrentados para a consolidação de uma política mais moderna e efetiva, a qual deve considerar e ponderar as complexidades de cada nicho do mercado de medicamentos, monitorando-os de maneira eficaz e célere e garantindo o fornecimento de medicamentos para a população com preços justos para todos, não olvidando-se da responsabilidade do Estado de garantir direito à saúde de modo efetivo com base em políticas públicas estruturadas e que traduzam a realidade do mercado.

## **BIBLIOGRAFIA**

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros. Princípio da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. Revista Trimestral de Direito Público. v. 93, n. 4, 1993. p. 126.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015 KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, 1. Estudos de Sociologia, Araraquara, 2004, p. 16, 123-136. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmmed/air/arquivos/5517json-file-1/view>>. Acesso em: 10.out.2024.

Disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2022/04/11/hospitais-de-todo-o-pais-estao-com-baixo-estoque-de-dipirona-injetavel.ghtml>> . Acesso em 13 de out 2024.

SOUZA, Glaydson Medeiros de Araújo, Regulação Estatal do Mercado de Medicamentos e a Proteção ao Consumidor: os Efeitos Práticos da Atuação do Estado no Mercado de Medicamentos. 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da CPI-medicamentos. Relator Deputado Ney Lopes. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimed/cpimed\\_relp.PDF](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimed/cpimed_relp.PDF). Acesso em: 17 out .2024

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da CPI-medicamentos. Relator Deputado Ney

Lopes. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimedic/cpimedic\\_relp.PDF](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimedic/cpimedic_relp.PDF). Acesso em: 17 out .2024

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília: DOU, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm). Acesso em: 10 out. 2024.

Disponível em <[https://antigo.anvisa.gov.br/pt\\_BR/institucional](https://antigo.anvisa.gov.br/pt_BR/institucional)> Acesso em 11 out 2024.

BRASIL. Lei no 10.742, de 6 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.742.htm)

BRASIL. Lei Federal nº 10.742 de 2003. Disponível em<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.742.htm)>. Acesso em: 13 out. 2024.

## *Aplicação da Lei de Defesa do Consumidor às PME*

### *Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a las PYMES*

### *Application of the Consumer Protection Act to SMEs*

**Octavio Puppetto<sup>17</sup>**

**Resumo:** As PME, ou pequenas e médias empresas, têm uma importância muito significativa na economia de um país, por isso acreditamos em dotar-lhes de elementos de proteção para obterem um desenvolvimento sustentado. Por esta razão, temos notado a existência de certas vulnerabilidades das PME face às grandes empresas quando adquirem bens e serviços, vulnerabilidade que encontramos na homogeneidade com os consumidores. É por esta razão que este trabalho tem como objetivo analisar a aplicação dos padrões de consumo e os seus benefícios para as PME.

**Palavras-chave:** PME; Sinallagma contratual; Padrões de consumo; Destinatário final; Empresário Consumidor.

**Resumen:** Las PYMES, o pequeñas y medianas empresas, tienen una trascendencia muy significativa en la economía de un país, para ello creemos dotarlas de elementos de protección a los fines de obtener un desarrollo sostenido. Por ello, hemos notado la existencia de ciertas vulnerabilidades de las PYMES ante las grandes empresas cuando adquieren bienes y servicios, vulnerabilidad que encontramos en homogeneidad con los consumidores. Es por esa razón que este trabajo, es a fin de analizar la aplicación de las normas de consumo y sus beneficios a las PYMES.

**Palabras clave:** PYMES; Sinalagma contractual; Normas de consumo; Destinatario final; Empresario Consumidor.

**Abstract:** SMEs, or small and medium-sized companies, have a very significant importance in the economy of a country, for this we believe that we provide them with elements of protection in order to obtain sustained development. For this reason, we have noticed the existence of certain vulnerabilities of SMEs towards big companies when they acquire goods and services,

---

<sup>17</sup> Abogado, Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Cuyo-, Magister en Derecho Empresarial – Universidad de Mendoza-, Titular Asociado en Derecho de las Obligaciones -Universidad de Congreso Mendoza. Email: [octavio@puppettoabogados.com.ar](mailto:octavio@puppettoabogados.com.ar).

a vulnerability that we find in homogeneity with consumers. It is for this reason that this work is in order to analyze the application of consumer standards and their benefits to SMEs.

**Keywords:** SMEs; Contractual synallagma; Consumption standards; Final recipient; Consumer Businessman.

## **INTRODUCCIÓN**

### **Necesidad de mejorar mecanismos de protección en las pymes**

Destacados autores economistas, entre otros, ya han observado, con el correr de los años, la importancia de las pymes (Pequeñas y Medianas Empresas) en la economía de un país, precisando generar mecanismos protectorios para estas.

Son tantas las dificultades de las pymes, y tan importante su desarrollo en la economía, que con la debida atención del Estado se debiese paliar ciertas situaciones de debilidad de ellas, creando mecanismos protectorios de defensa, para un mayor progreso de las mismas, y los beneficios indirectos que ello genera.

Una de las formas, es la creación y/o modificación de normas que generen mecanismos protectorios.

Por ello, el objeto de aquella tesis que en su oportunidad desarrollé, y que por el presente trabajo expongo sintéticamente, es analizar qué beneficios o en su caso que mecanismos protectorios se pueden o no aplicar a las pymes desde la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

No nos olvidamos, que desde un principio existe una profusa problemática respecto a la aplicación de la LDC a las pymes, por NO ser estas “en principio” “destinatarias finales” en la adquisición de un bien o servicio, siendo también una de las problemáticas principales en el desarrollo de este trabajo.

Nuestra Ley Argentina n° 24.240 y sus modificatorias, en su art. 1 (artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015), determina que para adquirir el rango de consumidor se debe adquirir o utilizar, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Creemos, que el clásico “sinalagma contractual”, en su caso el equilibrio en las prestaciones, no alcanza a reflejar la realidad que pesa hoy sobre las pymes como consumidoras de bienes y servicios ante las relaciones contractuales con las grandes empresas o empresas

ajenas a la actividad comercial de aquellas, lo que requiere un mayor mecanismo de protección para aquellas.

La idea de este trabajo, no es sólo demostrar en forma simplificada la jerarquía que poseen las pymes en el comercio mundial y nacional, sino y sobre todo, que medios y/o mecanismos de protección cuenta el ordenamiento jurídico para paliar las debilidades económicas, financieras, escasas de recursos, escasas información, etc., de las pymes ante las grandes empresas o empresas ajenas a su actividad comercial, siendo uno de ellos LDC cuando aquellas adquieran productos y servicios defectuosos de estas, equiparándose tal situación a un simple consumidor.

## **I. LA IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DE LAS PYMES**

### **I.I La importancia socioeconómica de las Pymes**

Existe una destacada incidencia de las pymes en las economías nacionales, que deviene, no solo por sus contribuciones a la producción y distribución de bienes y servicios, sino también por la flexibilidad de adaptarse a los cambios tecnológicos y gran potencial de generación de empleos.

Van Auken Howard, en pocas palabras, pero con gran trascendencia expresaba: “Las PYMES representan un excelente medio para impulsar el desarrollo económico y una mejor distribución de la riqueza (Van Auken Howard, 1993)”.

En la misma importancia, resultan acertadas las palabras del entonces presidente del BID, Enrique Iglesias, quien en una asamblea de dicho organismo sostuvo que “las Pymes son el mejor antídoto contra la pobreza”:

En lo que respecta a la importancia social, en las pymes existen mayores posibilidades de contacto directo de empleado con el empleador, y por consiguiente mejor comunicación. Por esto, el trabajador encuentra mayor sentido a los esfuerzos que realiza, en mayor aumento de la productividad y de los ingresos.

Las grandes empresas son más significativas en los países que experimentan mayor dinamismo industrial, pero que muestran mayores niveles de desarticulación social, en término de desigualdad distributiva.

En contraste, las pymes destacan una importante presencia en la estructura industrial de países que como el nuestro, donde históricamente tuvieron elevados niveles de urbanización, industrialización y articulación.

Sin embargo, estudiosos del tema, encuentran en las Pymes algunas dificultades económicas – financieras (Reyes, 2007), como puede ser:

- Acceso restringido a las fuentes de financiamiento.
- Bajos niveles de capacitación de sus recursos humanos.
- Limitados niveles de innovación y desarrollo tecnológico.
- Baja penetración en mercados internacionales.
- Bajos niveles de productividad.
- Baja capacidad de asociación y administrativa.

Frente a esto, existe un fuerte reconocimiento de políticos, economistas y científicos al coincidir proteger a las pymes por intermedios de mecanismos protectorios.

## **I.II Breve evolución histórica, económica, social y jurídica de las pymes**

Al principio de la década del setenta, se dio un primer giro en torno al estudio de las pymes, y se vio su confrontación con las grandes empresas en términos de “formalidad”; mientras las segundas se encontraban legalmente constituidas, con beneficiosos incentivos gubernamentales, leyes laborales para los empleados y demás; las primeras permanecían sumergidas en la informalidad dada por el carácter “familiar” de la empresa. De esta forma, se solía denominar a la pyme como el “sector informal” o la “economía sumergida”.

A partir de las crisis de los setenta se había puesto en jaque el paradigma vigente, comenzando a debatirse el modelo de producción en masa del fordismo en términos del nuevo paradigma, al que se denominó “Especialización Flexible” y que se asentó sobre las bases de estructuras menos rígidas y más adaptables; uno de cuyos puntos de partida fue el estudio de las pequeñas empresas en Italia (Schmitz, 1993).

En los ochenta, en la era *post-fordista* de uso intensivo en información y conocimiento<sup>18</sup>, se produce un aumento en el interés por las pymes, ahora vistas como agentes de este cambio, debido a que el menor tamaño de estas empresas es considerado como signo de una mayor capacidad de adaptación e innovación.

---

<sup>18</sup> Yoguel, G. (2005). Las PyMEs y su importancia para la competitividad estratégica. Los nuevos desafíos del nuevo escenario de cambio tecnológico. En M. Casalet, M. Cimoli, & G. Yoguel, *Redes, jerarquías y dinámicas productivas* (págs. 93-116). Buenos Aires: FLACSO/OIT/Miño y Dávila.



En 1994 el Banco Mundial<sup>19</sup> entrega dos argumentos centrales que apoyaban la política de ayuda hacia el sector PYME: el primero era que favorecían la competencia y el emprendimiento, aumentando los beneficios de una economía flexible, a través de su eficiencia e innovación. El segundo, que las pymes eran más productivas que las grandes empresas (GE), pero que no eran apoyadas por el sector financiero, haciéndose necesaria la ayuda estatal.

En América Latina el ambiente en que comenzaron a desarrollarse las Pymes fue muy particular ya que se presentaba como cerrado al mundo, con una baja competencia y una alta incertidumbre económica<sup>20</sup>, que respondía al esquema de Industrialización por Sustitución de Importaciones (modelo ISI), lo cual conllevó a una configuración particular de estas pequeñas firmas, que se debieron enfrentar, en la década de los noventa (globalización), a la liberalización de mercados y la apertura al comercio internacional, lo cual generó una ardua competencia económica.

En definitiva, lo que el nuevo modelo nos está indicando es que las MIPYMES o PYMES pueden ser consideradas como una característica de las economías exitosas, y no necesariamente como una causa exógena de ellas<sup>21</sup>.

Paralelo al auge o la importancia de las pymes, fines del siglo XX y principios en la mayoría de los países comienza a forjarse lo que lo que desarrollaremos la noción “empresario-consumidor”, reconociendo a las pymes como consumidoras, siempre y cuando y como requisito denominador de estos países, las pymes no consuman dentro de su profesionalidad y/o oficio, tanto de personas físicas como jurídicas.

Por eso vemos, que en España, en marzo del 2014 se publicó la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En su art. 3 dice: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

---

<sup>19</sup> Banco Mundial. (1994). Can Intervention Work? The Role of Government in SME Success. Washington DC: Banco Mundial.

<sup>20</sup> Yoguel, G. (1998). El ajuste empresarial frente a la apertura: la heterogeneidad de las respuestas de las PyMEs. *Desarrollo Económico*, 38 (Número Especial), 177-198.

<sup>21</sup> Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., & Lavine, R. (2005). SMEs, growth and poverty. Documento de Trabajo. Cambridge: National Bureau of Economic Research. Extraído de <https://www.cgap.org/sites/default/files/CGAP-Focus-Note-Financing-Small-Enterprises-What-Role-for-Microfinance-Jul-2012-Spanish.pdf>.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Por tanto, la nota definitoria que caracteriza al concepto de consumidor sobre persona física que el propósito sea ajeno a la actividad de la empresa, y sobre las personas jurídicas en la normativa estatal es la falta del ánimo de lucro y además que el bien o servicio adquirido sea ajeno al proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En nuestro país, podemos encontrar la inclusión de personas jurídicas a las normas de protección del consumo, al expresar en su art. 1: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Esto evidencia, que toda persona sea física o jurídica pueda ser consumidor, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos del art. 1.

Pero, si bien, lo que parecía una inclusión de la noción empresario – consumidor, y con ello a las pymes, en el art. 2 de la misma ley 26.361 enumera las actividades que debe desplegar un proveedor, personas físicas y jurídicas de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores.

Ergo, a nuestro entender, si bien entiende introducir la ley 26.361 la noción de empresario - consumidor en su art. 1, en el art. 2 “proveedores”, practica una enumeración taxativa de actividades para ser considerado proveedor, aunque le falte el requisito de la ajenedad, lo que acota la figura del consumidor – empresario, figura que nos explayaremos y explicaremos en el desarrollo del presente trabajo.

## **II. PYMES – CONCEPTUALIZACIÓN**

### **II.I Marco Jurídico**

A fin de otorgar mecanismos protectorios a las pymes, en su caso por las normas de consumo, nos resulta necesario poder conocer su importancia, que ya contemplamos, pero también su marco jurídico, conceptualización, sus ventajas y debilidades, con qué mecanismos protectorios ya cuenta.

En Argentina, encontramos regulación en las pymes según en los cuerpos legislativos Ley N° 24.467/1995, Ley N° 25300/2000, ley 27.264/2016 (Programa de recuperación productiva) y la ley 27.444/18.

Creemos que la Ley 27.264/2016, siguiendo las consideraciones de la UNCITRAL en la [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#)<sup>22</sup> (grupo de trabajo microempresas, pequeñas y medianas), trajo una marcada protección a las Pymes, lo que evidencia la importancia protagónica de las Pymes en las economía de cada país.

Así, el art. 6 de dicha Ley 27.444/18 “Ley de simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación”, sustituye el art. 2 de la Ley 24.467 expresando: “Encomiéndose a la autoridad de aplicación definir las características de las empresas que serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas, pudiendo contemplar, cuando así se justificare, las especificidades propias de los distintos sectores y regiones del país y con base en alguno, algunos o todos los siguientes atributos de las mismas o sus equivalentes, personal ocupado, valor de las ventas y valor de los activos aplicados al proceso productivo, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83 de la presente ley”.

De esta manera la ley determina los elementos cuantitativos que debe tener en cuenta la autoridad de aplicación: personal ocupado, facturación y valor de los activos y establece como elemento cualitativo: que debe cumplirse la independencia de la empresa.

El marco normativo conceptual ha ido variando con el correr de los años a través de resoluciones de la Secretaria de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional del Ministerio de Economía. Ergo, para el Estado Nacional, no hay una definición exacta de PYMES en el Derecho Argentino, como tampoco hay una definición internacional normalizada de lo que constituye una pyme, ya que cada economía determina sus propios parámetros para cada categoría de tamaño de empresa teniendo en cuenta su contexto económico particular.

A los efectos de la labor de la CNUDMI<sup>23</sup>, creemos que no es necesario ni aconsejable buscar el consenso sobre una definición para cada categoría de las micro, pequeñas y medianas empresas, puesto que los textos legislativos que se redacten serán aplicados por los Estados o los grupos económicos regionales a sus pymes en función de cómo definan cada categoría, basándose en sus respectivos contextos económicos particulares.

---

<sup>22</sup> Ver [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/1MSME.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1MSME.html).

<sup>23</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966).

Pero a nivel doctrinario, creemos que plantearnos una definición de pymes, sería muy conveniente a fines de encontrar mejores posiciones para este trabajo y el sentido del mismo, acercándonos más a la Ley 27.444/18.

### **III. CONCEPTUALIZACIÓN**

Entonces, podemos definir a las pymes desde un punto cualitativo y cuantitativo:

Desde el punto cualitativo, una empresa puede ser considerada como pyme cuando el empresario o los empresarios están, por sí mismos, en condiciones de dirigir la empresa, de tomar decisiones importantes, y de recoger los frutos o de soportar las pérdidas generadas por su asunción de riesgo o su gestión.

Sin embargo, y como hemos visto con las normas argentinas, el legislador, cuando tiene que tratar el tema de las pymes, prefiere criterios cuantitativos, teniendo en cuenta los imperativos estadísticos.

Desde el punto de vista cuantitativo, lo más usados son: el empleo, el volumen de negocios, el total del balance, el beneficio<sup>24</sup>, siendo este el punto de vista que toma nuestro país, como surge de resolución 24/01 dictada por la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa (SPYME), art. 55 de la Ley 25.300 (Ley de Fomento para La Micro, Pequeña Y Mediana Empresa), 2 y 30 de la ley 24.467, Decretos 908/95, 943/97 y 25/03, y LLy 27.444.

#### **III.I Mecanismos protectorios constitucionales**

##### **III.I.I Breve análisis contextual y normativo del Art. 42 de la Constitución Nacional y leyes nacionales. La protección al más débil. Antecedentes inmediatos**

Con la reforma a nuestra Constitución Nacional en el año 1994, se introdujo en su primera parte de derecho y garantías los derechos de los consumidores, que dice: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

---

<sup>24</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Dirección General de los Asuntos Industriales y Tecnológicos, División de Pequeñas y Medianas Empresas: Definition des petites et entreprises et de l'artisanat, abril 1976.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

De manera contundente, surge que el Constituyente de 1994 ha incorporado estos derechos a nuestra Carta Magna (Derechos de tercera generación), llevándolos a su más alta consideración, en consonancia con la corriente que se venía dando dentro la orden interno y externo normativo a los fines de lograr proteger al más débil.

Por ello, en el derecho de los consumidores, y como bien expresa Díaz Vélez Mateo<sup>25</sup>, es un microsistema legal de protección para los consumidores y usuarios que deriva básicamente del principio de protección a la parte contractual más débil, es decir, el favor debilis.

Sin perjuicio de que los consumidores son considerados la parte contractual más débil, creemos que estos en la estructura sinalagmática de la compra de bienes y servicios podría también inclinarse a pequeñas empresas ante las grandes estructuras empresariales o empresas cuya actividad son ajenas al comercio de aquella. Por ello, consideramos que existen mecanismos protectorios que pueden ser utilizados por las pymes, como el derecho del consumidor, la defensa de la competencia, la lealtad comercial, con una protección no sólo a las personas físicas, sino que también jurídicas.

La destacada Dra. Gallo<sup>26</sup>, al comentar el artículo 42, explica que, la reforma de 1994 se propone el logro de tres propósitos: la protección del consumidor, las garantías a los competidores y la transparencia del mercado, tanto en beneficio de los usuarios y consumidores como de los competidores. Es decir, la norma no busca beneficiar a un sector u al otro, lo que busca es remediar el desequilibrio estructural que existe en las relaciones de consumo con miras al bien común, al bienestar de la sociedad, mismo desequilibrio que existe en el sinalagma

---

<sup>25</sup> Opción cita 16.

<sup>26</sup> Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", LA LEY, p. 331 o se puede extraer de [https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/30073156/e697\\_1.pdf](https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/30073156/e697_1.pdf)

contractual cuando el vínculo se produce entre las pymes y las grandes empresas o empresas que son ajenas a la actividad comercial de aquellas (parte débil de la relación contractual).

El congreso argentino, en consonancia con el mandato Constitucional del artículo 42, ha sancionado distintas leyes; entre ellas la Ley 24.240 (Ley de Defensa al Consumidor), la Ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia) y la Ley 22.802 (Lealtad Comercial), que a criterio, no solo constituyen el núcleo respecto del cual gira toda la actuación de los demás poderes en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, sino también protección a las pymes como la parte débil ante las grandes empresas.

Creemos que además de nuestra norma constitucional, de estas tres leyes surgen los pilares para la fomentar los mecanismos de protección a las pymes. En este trabajo se analizará específicamente sobre la LDC.

#### **IV. LOS CONTRATOS DE CONSUMOS EN EL CÓDIGO CIVIL COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Es importante resaltar que nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) incorporó los contratos de consumo en el Código unificado, que de alguna manera culmina por la paciente labor de la doctrina y de la jurisprudencia especializada que perseguía la *estabilización* del régimen protectorio de defensa del consumidor, al existir un marcado consenso en torno a considerar al consumidor como un sujeto de derechos digno de protección en el sistema codificado, siendo tal incorporación al código la mayor ventaja determinante hacia dicho instituto.

Ahora bien, ya con este amplio y determinante plexo normativo sobre las relaciones y contratos de consumo, comenzaremos en analizar la posibilidad de tratar a las pymes dentro de las ventajas del instituto del consumidor.

#### **V. NOCIÓN DE EMPRESARIO - CONSUMIDOR. XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (TUCUMÁN)**

##### **V.I Empresario consumidor o consumidor empresario**

En el marco de las Jornadas de referencia, existieron varias ponencias que propiciaron limitar la noción de consumidor sólo a las personas físicas o bien, incluir a las personas

jurídicas, pero limitándolas a aquellas que no tuvieran un fin de lucro, al igual que España, y cuya adquisición fuese destino final.

Si bien en las Jornadas se conceptualizó la idea de consumidor empresario, creemos conveniente para este trabajo, y partiendo de la idea central “mecanismo de protección a las pymes” titularlo “empresario – consumidor”.

En dichas Jornadas destacamos, las “Conclusiones” de la Comisión N° 8 que expresó:

1º) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el Destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino al consumidor. Excepcionalmente, el destino final se encuentra ausente en el caso del sujeto expuesto a una relación de consumo o se podría ponderar la importancia que posee las pymes en la economía.

2º) La tutela del consumidor abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a) Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto), b) Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo; c) El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario; d) Los sujetos expuestos a una relación de consumo.

3º) Las personas jurídicas son, en principio, consumidoras, en la medida en que se den los presupuestos antes señalados.

De esto entendemos, que el destino final, marca un determinante a la hora de catalogar en empresario – consumidor, lo que sería más beneficioso a la pyme si la legislación hablase de consumo ajeno a la actividad, entiendo tal ajenidad como la “vulnerabilidad” de quien consume bienes y servicios.

## **V.II El proveedor. ¿Hay una redefinición del proveedor?**

La noción de proveedor se compone de dos elementos<sup>27</sup>: a) la realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios; b) la profesionalidad en la realización de esas conductas.

¿Cabe preguntarse si hay una redefinición del proveedor? En la definición del contrato de consumo, se considera como proveedor a la “persona física o jurídica que actúe profesional

---

<sup>27</sup> Seguimos en la clasificación a MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano, “La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Locación de cosas inmuebles y equivalentes, 2004-2, p. 293-319, 297.

u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada”. Se considera que ha mejorado, la técnica legislativa permitiendo ampliar la noción, para evitar conflictos

### **V.III Análisis de la Jornada**

En esta Jornada Nacional de Derecho Civil, explica Lorenzetti, hay una tendencia denominada *maximalista* que pretende incluir dentro del derecho del consumidor a pequeñas empresas que tienen una misma situación fáctica de vulnerabilidad<sup>28</sup>. Aunque esta pretensión según Lorenzetti, es desacertada “toda vez que lleva a una banalización de la protección, que sería indiferenciada<sup>29</sup>”.

En dicha Jornada, algunos autores como el Dr. Esteban Javier Arias Cáu, sostiene que: “Empero, receptando la categoría legal y la norma proyectada, una de las teorías maximalistas pretende aplicar de manera de *interpretación restrictiva*, sólo aquellas personas jurídicas que no tengan finalidad de lucro, como ser asociaciones civiles<sup>30</sup> o fundaciones<sup>31</sup>, y por ende excluir a aquellas sociedades comerciales que tienen un objeto comercial, por más que mediatamente cuando consuman como destinatarias finales no adquieran o utilicen el bien o servicio para su actividad comercial”.

## **VI. PROBLEMÁTICA FINAL. MECANISMO DE PROTECCIÓN POR NORMAS DE CONSUMO A PYMES**

A los efectos de profundizar la problemática planteada en este trabajo y como se vio en la XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán), reflexionamos si el microsistema

---

<sup>28</sup> Conf., FARINA, Juan M., Defensa del consumidor..., cit., pág. 2, quien afirma: “En nuestra opinión, la ley 24.240 debería prever la aplicabilidad de su normativa también a aquellos contratos en los que, aún cuando la parte débil no sea consumidor final, las circunstancias permiten advertir un evidente desequilibrio o falta de equidad en el contenido de la contratación, como consecuencia de la posición dominante en el mercado de una de las partes. También eso, de un modo u otro, repercute en el consumidor o usuario final: piénsese en el comerciante minorista frente a la gran empresa productora de bienes o servicios”.

<sup>29</sup> LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores..., cit., pág. 87.

<sup>30</sup> ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L., Cuadernos de Derecho Societario. Aspectos jurídicos generales, 1ª edición (1973), 1ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, tomo 1, pág. 48, afirmando que “si bien en la asociación deben concurrir la pluralidad de miembros; realizarse los aportes necesarios para cumplimentar el fin, de lo que resulta la formación de un patrimonio propio, en cambio faltan el propósito de lucro y la equivalente contribución a las pérdidas que vemos en las sociedades tanto civiles como comerciales”.

<sup>31</sup> Conf., FARINA, Juan M., Defensa del consumidor..., cit., pág. 56.



protectorio de las normas de consumo puede ser aplicado a las pymes, y en su caso ante que problemática nos encontramos.

Analizada la Ley de Defensa al Consumidor (Ley 24.240) y el contrato de consumo en el CCCN, a simple vista notamos que el requisito de “destinatario final” contenido en el art. 1 LDC o en el art. 1092 del CCyCN, es excluyente para aquel que no es el último eslabón de la cadena productiva.

La idea se centra, en pretender invocar el carácter de “consumidor” por parte de pymes que consumen para aquello que sin ser la destinataria final, no es de su actividad comercial y/o de su habitualidad, y por los cuales se les ha causado un daño o existe un incumpliendo obligacional en la prestación por parte del proveedor de mayor tamaño, en su caso grandes empresas o proveedores que están fuera de la actividad comercial de la pyme.

Hoy en día la noción de empresario – consumidor no debe ser soslayada, ya que el avanza de nuestra legislación como ya hemos visto, y el avance de la jurisprudencia, otorgan a que esta posibilidad suceda.

De este análisis subjetivo-relacional se obtienen dos pautas generales para delimitar el concepto del “consumidor-empresario”: a) El acto de consumo debe realizarse fuera del ámbito de su actividad habitual: requisito éste que asegura la efectiva vulnerabilidad en concreto de la persona en cuestión, primordialmente por la ausencia de conocimientos en relación al bien de que se trate. b) El bien adquirido no debe incorporarse de manera directa en una actividad productiva o comercial<sup>32</sup>: es posible que el bien motivo del acto de consumo tangencialmente o de manera “genérica”, como decía el art. 2 del dec. 1798/1994, se relacione con un proceso de producción o comercialización, pero nunca podrá involucrar materias primas, insumos, bienes intermedios, o bienes de cambio, siendo esto último el punto de partida... camino donde se quiere llegar en el presente trabajo.

Entonces, el Dr. Rusconi<sup>33</sup>, concluye que la Ley de Defensa del Consumidor en su redacción actual posibilita, sin dudas, la existencia del “empresario - consumidor”. Con lo cual,

---

<sup>32</sup> La res. MERCOSUR/GMC 34/2011 (B.O. 16/11/2012) sobre armonización de conceptos básicos de las legislaciones de defensa del consumidor, brinda el siguiente concepto de consumidor: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que, sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.” (Fuente: <http://infoleg.mecon.gov.ar>).

<sup>33</sup> Rusconi, Dante d., “concepto de consumidor-empresario”, Cita on line: AR/DOC/838/2014, extraído de [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

es aún más conveniente y dada la importancia económica que posee la pyme aplicarle las normas de consumo cuando la misma consume.

## **VII. LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LA PROTECCIÓN A LA SEGURIDAD ECONÓMICA**

Conforme a la importancia que poseen las pymes en la economía del país, se trae a colación dos casos, para que de forma ejemplificativa aclaren sobre la problemática planteada, y la necesidad de su protección.

Pensemos en una micro empresa, por ejemplo, un kiosco, que ha sido constantemente robado, y que para seguridad del dueño y también de sus clientes, compra una alarma con cámaras de monitoreo conectadas a una empresa de seguridad para que inmediatamente llame al 911. A los tres meses una de las cámaras falla, siendo inservible, reclamando el dueño a la empresa que le proveyó dicha cámara. La pregunta que nos hacemos: la cámara ingreso, de forma directa, a las actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicio? Y segundo, la cámara ingreso dentro del ámbito habitual y/o profesional de comercialización?

En ambas preguntas, encontramos que la cámara no ingreso de manera directa (o sea que el lucro no devino en forma directa por la utilización de la cámara) al sistema de comercialización de la pyme, como así tampoco esa compra se realizó conforme a la actividad habitual del comerciante, sino ajena a la misma.

Creemos que en este caso concreto, cabría la posibilidad de beneficiar a las pymes aplicando las normas de consumo.

Ahora bien, en el caso del mismo kiosco, este kiosquero se compra un celular a una empresa de telecomunicaciones con asiento mundial en la mayoría de los países, para utilizarlo personalmente y para poder vender dicha mi pyme cargas virtuales a sus clientes. El celular a los 3 meses, explota, quemándose por completo, no pudiendo volver a funcionar.

Para el caso concreto, nos debemos hacer las mismas preguntas: el celular ingreso de forma directa a las actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicio? Y segundo, el celular ingreso dentro del ámbito habitual de comercialización de la empresa? Aquí si bien no es la misma respuesta que el caso anterior, ingresa de una manera indirecta a la

comercialización de la pyme, pero el kiosquero no posee conocimientos técnicos para el análisis de un aparato de telecomunicaciones, en su caso un celular.

En este último caso hipotético, si bien no es idéntico al ejemplo del kiosquero que compra cámaras de monitoreo para seguridad de su comercio, pero aun así se podría llegar a proteger con las normas de consumo a este pequeño empresario dueño de su kiosco. En definitiva, aunque haya ingresado de manera indirecta a la comercialización de su comercio, el mismo no posee conocimiento y/o informaciones técnicas del aparato de telecomunicaciones. A diferencia del mecánico que compro la pieza para sumarla de manera directa a otro bien a su venta y que tiene o debería tener especial conocimiento de su labor.

De estos hechos, pensemos múltiples casos que puede tener una pyme cuando realiza actos de consumo ante grandes empresas, y no puede contar con los beneficios de las normas de consumo, cuando dada la importancia de estas debería contar con dichos mecanismos de protección.

También, se advierte la seguridad contractual en la ejecución del contrato tomando en consideración especialmente los principios de identidad e integridad previstos en los artículos 867 y 868 del CCyCN, procurando la evitar daños al consumidor-usuario por la mala ejecución material o jurídica de la prestación.

La Ley 17.771 introdujo el instituto de la “lesión” en el artículo 954 del Código Civil, hoy contemplada en el art. 332 del CCyCN, estableciendo un concepto de “función económica del contrato”, que no es sino obtener una tasa de beneficio y ser una herramienta del sistema capitalista para su continuidad.

Las ventajas patrimoniales deben guardar una necesaria conexidad con el sacrificio que implican y la realidad económica circundante que les sirve de marco; de allí que toda situación de desproporción juzgada a la luz de una evaluación económico-patrimonial permite señalar que dicho contrato no cumple con su función teleológica, ni con la razón social por la cual ha sido dispuesto por la comunidad<sup>34</sup>, lo que denota la crisis o adaptabilidad del sinalagma contractual como hemos expuesto.

## **CONCLUSIÓN**

Conforme a la adaptabilidad del sinalagma contractual y como consecuencia los nuevos sistemas de contratación, vemos que el derecho no ha hecho caso omiso a las

---

<sup>34</sup> GHERSI, Carlos y otros, Derecho Civil. Parte general, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 570.

circunstancias, amoldándose a la realidad. Aun así y a pesar de la adaptabilidad del sinalagma contractual, creemos que debe haber mayor amplitud de los sistemas de protección para la adquisición de bienes y servicios.

A modo de contrataciones comerciales, hoy destacamos el consumo de bienes y servicios (productos) masivo. Es por ello que las nuevas formas de contratación surgen por la masividad de las ofertas, la vida de “meteorito” que hoy se representa a la sociedad, la vida consumista, light y sin preocupaciones y hasta las contrataciones online, hechos que dan la necesidad de proteger por intermedio de las normas jurídicas, las falencias y/o debilidades que abundan cuando ellas realizan contrataciones comerciales como consumidoras con las grandes empresas o en aquellas que son ajenas a la explotación comercial de la pyme.

Hemos visto, otorgarle mayor protección a la parte débil del sinalagma no es coartar la libertad de contratación o autonomía privada de las partes, libertad y/o autonomía que hoy en día no es tal en sí misma, ni confinar el sinalagma contractual de modo caprichoso, sino que las imposiciones de contratación del oferente que ubica su producto, instala su modalidad de contratación, instala el precio, en definitiva desarrolla la contratación comercial, limita las opciones del comprador y en ocasiones causa perjuicios.

En Argentina ya hemos visto la importancia que las pymes poseen en nuestro sistema económico y social, y con ello la necesidad de protección y regular las mismas, como lo practicó la Ley 27.264 “Programa de Recuperación Productiva”.

Por ello, se considera que la suerte de las pymes, que poseen debilidades como: escaso poder de información, falta de voluntad e incidencia en el contrato, escasa posibilidad de asesoramiento, etc., es la misma suerte que posee todo consumidor.

Por lo que hemos visto, las normas de derecho común, el clásico sinalagma contractual, no alcanza hoy a las pymes cuando realiza contrataciones con las grandes empresas o empresas que ofrecen servicios y bienes ajenos a su giro comercial. Esto podría ser subsanado, al ingresar las pymes al mismo sistema protectorio de los consumidores, tal cual ha tomado por el Código Catalán.

En definitiva y por las razones argüidas a lo largo de este trabajo, vemos con claridad las debilidades que poseen quienes consumen y sus necesidades de protección, protección que debería incluir a las pymes consumidoras, dentro de la LDC y contrato de consumo del CCCN, complementándose con los límites que determinan el marco regulatorio y normativo de pymes:

Ley 24.467, 25.300 y 27.264, teniendo como fundamento nuestra garantía constitucional del art. 42 C.N.

## **BIBLIOGRAFIA**

ACUÑA, Edgardo, Las Pymes Argentinas, Mitos y Realidades, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa de la Asociaciones de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina, Ed. Abappra, Octubre 2004.

ALTERINI, Atilio Aníbal, El estatuto del consumidor, en Contratos, libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

ALTERINI, Atilio Aníbal, Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después, en L. L. del 9-4-2008.

BIDART CAMPOS, El orden socioeconómico en la Constitución, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1999, ps. 318/319.

BOURGOIGNIE, Thierry. El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa de 1.993, en Rev. J.A. 1.993-II.

CAFFERATA, Juan Manuel, ¿Una nueva “crisis del contrato”?, extraído a fecha 05/09/2018 en [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfuna-nueva-crisis-del-contrato/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfuna-nueva-crisis-del-contrato/at.../file).

CAS, G. y FERRIER, D., Traité de Droit de la Consommation, París, 1986, N° 272, p. 256.

CORTE, Nestor; DE VIRGILIS, Miguel; TABERNERO, Rodolfo, Reforma Laboral en las Pymes, Ley 24.467. Rubinzal – Culzoni Ed., Santa Fé, 1995.

CROVI, Luis, Los consumidores y otros débiles contractuales, en J. A. 2003-I-1155, sec. doct. CSJN, 23-12-2004, "Telefónica Argentina SA", L. L. Online, Fallos: 327:5771.

CSJN, 30-5-2001, "Banco Bansud c/Secretaría de Comercio e Inversiones", L. L. Online, Fallos: 324:1640.

FARINA, Juan M, “Defensa del consumidor y usuario”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Ciudad de Bs As, 3° ed., 2004.

FARINA, Juan. Contratos comerciales modernos. Astea, Bs. As. 1.997.

JOSSERAND, L. (1933). Le contrat dirigé. Dalloz Hebdomadaire.

LORENZETTI, Ricardo L., Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga, en J. A. 1997-III-789, sec. doct.

LORENZETTI, Ricardo L., Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240, en *Jurisprudencia Santafesina*, N° 8, sec. doct., p. 11, Panamericana.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 17-18.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y Lorenzetti, Ricardo. *Defensa del consumidor*. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé 1.994.

OLIVARES, Yolanda Aguilar. Recientes modificaciones en el Derecho Español sobre la tutela del consumidor tras la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU. Especial referencia al derecho de desistimiento. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

PICASSO, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor, en *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, dirig. por Roberto Vázquez Ferreyra, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 127.

REYES, R. (2007). La estrategia competitiva que adopta la empresa transnacional en el mercado global, *Contaduría y administración*, No. 220, México: UAMI, Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/.../view?...RAFAEL...REYES%20AVELLANEDA.pdf>.

RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo – Perrot, Bs. As., 1958.

RITTO, Graciela, la alegada crisis del contrato y la socialización del derecho, *Ratio Iuris*. *Revista de Derecho Privado*. Año III, N° 1, 2015 ISSN: 2347-0151.

ROMERO ULLMANN, Roberto, *Pymes formas asociativas de Comercialización y Exportación*. Editorial Depalma, Bs. As., 1999.

SARDEGNA, Paula Costanza, “Relaciones laborales en la pequeñas empresas”, Ed. Universal, Bs. As., 2001.

STIGLITZ, Ruben S. – STIGLITZ Gabriel A., *Ley de defensa del Consumidor*, JA. 1993-II-868.

STIGLITZ, Gabriel y Stiglitz, Rubén. *Derecho y defensa de los consumidores*. La Rocca, Bs. As. 1.994

STIGLITZ, Gabriel (director). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. La Rocca, Bs. As. 1.994.

STIGLITZ, Rubén S., Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, en J. A. 2005-II-1403, sec. Doct.

VAN AUKEN, P. y Howard, E. (1993). “A factor analytic study of the perceived causes of small business failure”, *Journal of Small Business Management*, 31 (4), pp. 23-31.

"Las pymes son el motor de la Argentina". [www.lanacion.com.ar/2119790-las-pymes-son-el-motor-de-la-argentina](http://www.lanacion.com.ar/2119790-las-pymes-son-el-motor-de-la-argentina).

Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1, LA LEY 26.361. Reseña General, Dir. Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, comentado por Piedecosas Miguel, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1° ed., Santa Fe, 2009.

Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1, Consumidores, Dir. Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1° ed., Santa Fe, 2009.

Revista de Derecho Privado y Comunitario 1994-4, La Contratación en la Ley de Defensa al Consumidor, Dir. Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, Comentado por López Cabana R. N, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1° ed., Santa Fe, 1994.

Cuadernos de Obligaciones, Director Carlos Gustavo Vallespinos, 1ª Ed., Córdoba, Almeroni Ediciones, 2006.

Manual de la pequeña y mediana empresa. Extraído de <https://www.cepal.org/es a fecha 18/05/2017>.

*Eficiência e moralidade nas contratações públicas: Uma análise sob a perspectiva da Lei nº 14.133/2021 e do exercício da cidadania*

*Eficiencia y moralidad en los contratos públicos: Un análisis desde la perspectiva de la Ley nº 14.133/2021 y el ejercicio de la ciudadanía*

*Efficiency and morality in public contracts: An analysis from the perspective of Law 14.133/2021 and the exercise of citizenship*

**Consuêla Félix de Vasconcelos Neto<sup>35</sup>**

**Resumo:** O período que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi marcado por privações de direitos fundamentais, com a ascensão do Poder Executivo durante o Regime Militar, que praticamente eliminou o Legislativo e o Judiciário. A Constituição de 1988, entretanto, fortaleceu a tripartição de poderes idealizada por Montesquieu e fez do exercício da cidadania um dos caminhos para a eficácia dos direitos previstos na Lei Maior. O presente artigo propõe um estudo acerca do acesso à justiça, previsto na Carta Magna de 1988, em comparação aos novos desafios e aos mecanismos introduzidos pela Lei nº 14.133, de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Sob esse prisma, questiona-se: como o exercício da cidadania pode auxiliar aqueles que buscam a jurisdição estatal nas contratações públicas? Quais mecanismos a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 14.133/2021 fornecem para garantir justiça e transparência nos contratos administrativos? O Brasil é um país com justiça e transparência em suas contratações públicas após trinta e cinco anos de Constituição cidadã e com a nova Lei de Licitações? O método de pesquisa utilizado foi o indutivo. Quanto aos procedimentos, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e documental, com foco nas mudanças trazidas pela nova legislação. Conclui-se que, embora a positivação de direitos na Constituição e nas leis infraconstitucionais, como a Lei nº 14.133/2021 seja um avanço, não garante, por si só, a efetiva disponibilização desses direitos a todos. É imperativo que o Estado

---

<sup>35</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UNIFOR/Fortaleza. Sócia proprietária da Francisco Leonardo e Consuêla Vasconcelos Sociedade de Advogados. Atua na área de Direito Administrativo, assessoria a entes públicos nos temas vinculados às licitações e contratos públicos. Realizou curso na École de Management da Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne sobre ESG, Inovação e Transformação Tecnológicas.



providencie mecanismos eficientes, como a transparência e o controle social nas contratações públicas, para que o cidadão veja seu direito de acesso à justiça e à boa governança materializado. Quando o Estado falha em assegurar a moralidade e a eficiência nas contratações, ele também priva os cidadãos de outros direitos fundamentais que dependem da justiça e da integridade na administração pública.

**Palavras-chave:** Cidadania; Acesso à justiça; Lei 14.133/2021; Transparência; Licitações Públicas; Eficiência e moralidade.

**Resumen:** El período que precedió a la promulgación de la Constitución Federal de 1988 estuvo marcado por la privación de derechos fundamentales, con el ascenso del Poder Ejecutivo durante el Régimen Militar, que prácticamente eliminó el Legislativo y el Judicial. La Constitución de 1988, sin embargo, reforzó la tripartición de poderes idealizada por Montesquieu e hizo del ejercicio de la ciudadanía uno de los caminos hacia la efectividad de los derechos previstos en la Ley Mayor. Este artículo propone un estudio sobre el acceso a la justicia, previsto en la Carta Magna de 1988, en comparación con los nuevos desafíos y mecanismos introducidos por la Ley N° 14.133, de 2021, la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos. Desde esta perspectiva surge la pregunta: ¿cómo puede el ejercicio de la ciudadanía ayudar a quienes buscan la competencia estatal en los contratos públicos? ¿Qué mecanismos prevén la Constitución Federal de 1988 y la Ley N° 14.133/2021 para garantizar la justicia y la transparencia en los contratos administrativos? ¿Es Brasil un país con justicia y transparencia en sus contratos públicos después de treinta y cinco años de Constitución ciudadana y con la nueva Ley de Licitaciones? El método de investigación utilizado fue el inductivo. En cuanto a los procedimientos, la investigación se caracteriza por ser bibliográfica y documental, centrándose en los cambios provocados por la nueva legislación. Se concluye que, si bien la afirmación de derechos en la Constitución y en leyes infraconstitucionales, como la Ley n° 14.133/2021 es un avance, no garantiza, por sí misma, la disponibilidad efectiva de esos derechos para todas las personas. Es imperativo que el Estado proporcione mecanismos eficientes, como la transparencia y el control social en las contrataciones públicas, para que los ciudadanos vean materializado su derecho al acceso a la justicia y a la buena gobernanza. Cuando el Estado no garantiza la moralidad y la eficiencia en la contratación, también priva a los ciudadanos de otros derechos fundamentales que dependen de la justicia y la integridad en la administración pública.

**Palabras clave:** Ciudadanía; Acceso a la justicia; Ley 14.133/2021; Transparencia; Licitaciones Públicas; Eficiencia y moralidad.

**Abstract:** The period preceding the enactment of the 1988 Federal Constitution was marked by the deprivation of fundamental rights, with the rise of the Executive Branch during the Military Regime practically eliminating the Legislative and Judicial branches. The 1988 Constitution, however, strengthened the separation of powers as envisioned by Montesquieu and made the exercise of citizenship one of the paths to ensuring the effectiveness of the rights provided in the Supreme Law. This article proposes a study on the access to justice established by the 1988 Constitution, compared to the new challenges and mechanisms introduced by Law

14.133/2021, the new Public Procurement and Administrative Contracts Law. In this context, the following questions arise: how can the exercise of citizenship assist those seeking state jurisdiction in public contracts? What mechanisms do the 1988 Constitution and Law 14.133/2021 provide to ensure justice and transparency in administrative contracts? Is Brazil a country with justice and transparency in its public contracts after thirty-five years of the citizen Constitution and with the new Public Procurement Law? The methods used in this research will be inductive, bibliographic, and documentary, focusing on the changes brought by the new legislation. It is concluded that although the codification of rights in the Constitution and in infra-constitutional laws such as Law 14.133/2021 is an advancement, it does not, by itself, guarantee the effective availability of these rights to all. It is imperative that the State provides efficient mechanisms, such as transparency and social control in public contracts, so that citizens can see their right to access justice and good governance materialized. When the State fails to ensure morality and efficiency in contracts, it also deprives citizens of other fundamental rights that depend on justice and integrity in public administration.

**Keywords:** Citizenship; Access to justice; Law 14.133/2021; Transparency; Public Procurement; Efficiency and morality.

## INTRODUÇÃO

Das conquistas advindas da Revolução Francesa, o movimento constitucional, o qual visava instituir direitos individuais capazes de impedir a vontade soberana dos governantes, gradativamente foi desenhando um Estado Democrático de Direitos e tornou-se uma conquista ímpar do legado Iluminista<sup>36</sup>. A partir da queda do absolutismo, as regras sociais foram moldadas de tal maneira, que até os governantes passaram a condicionar suas vontades às leis.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil consolidou seu Estado Democrático de Direito, garantido pela tripartição de poderes e pelo fortalecimento do papel do cidadão na vida pública. No entanto, a simples codificação de direitos não assegura, por si só, sua aplicação efetiva. Nossa República democrática, em comparação com democracias consolidadas, ainda carece de mecanismos que garantam o acesso pleno a esses direitos, especialmente no que tange à justiça e à boa governança pública.

A Constituição de 1988 consagra a tripartição de poderes e a soberania popular, consolidando o papel do cidadão como fiscal da Administração Pública. Montesquieu (2000),

---

<sup>36</sup> SIMÕES, Edson. A Luta pela Democracia no Mundo: da Grécia à antiga URSS e Rússia. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275000. p. 451 v. 3. Coleção Constituições e Democracia no Brasil e no Mundo: da Antropofagia à Autofagia.

ao definir os três poderes, visava equilibrar o poder de governo e garantir que o povo tivesse uma voz ativa no controle das decisões públicas.

A implementação da Lei nº 14.133, em 2021<sup>37</sup>, traz à tona o potencial de uma cidadania mais ativa e engajada, oferecendo meios concretos para que os cidadãos fiscalizem as contratações públicas e exijam transparência e eficiência da Administração Pública. Contudo, é importante lembrar que esse exercício de cidadania e controle social foi severamente restringido durante o período ditatorial, quando o judiciário foi praticamente estancado, e os direitos fundamentais suprimidos.

Durante esse período, o regime não apenas subjugou o Judiciário, mas também transformou a justiça em um instrumento de repressão, invertendo o sentido de justiça em nome do Estado<sup>38</sup>. Com a restauração democrática de 1988, através da promulgação da Constituição, o Brasil retomou o caminho da legalidade, o acesso à justiça tornou-se um princípio constitucional, destacando-se como um pilar essencial do Estado de Direito, principalmente em um país com desigualdades sociais e territoriais tão acentuadas.

Essa mudança representou não apenas o retorno ao Estado de Direito, mas também a afirmação de um novo paradigma, no qual o cidadão, antes oprimido e silenciado, passava a ser o titular de direitos fundamentais. Sendo assim, em cinco de outubro de 1988, a Constituição Federativa do Estado Brasileiro é promulgada, afirmando as transformações históricas que mudariam o curso da nação. Agora, o cidadão era um indivíduo dotado de direitos, tais como: direito à vida, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho digno<sup>39</sup>.

No entanto, o caminho para a plena realização desses direitos e para a concretização da justiça ainda seria longo e desafiador. Assim, mais de três décadas após a promulgação da Constituição cidadã, o Brasil enfrenta novos desafios no campo do acesso à justiça, não apenas no âmbito judicial, mas também no que se refere à justiça administrativa e contratual. A Lei nº 14.133/2021, que estabelece novas normas para licitações e contratos administrativos, busca promover a moralidade, a eficiência e a transparência nas contratações públicas, elementos

---

<sup>37</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm). Acesso em: 9 out. 2024.

<sup>38</sup> MORAES, A. de. Direitos Humanos Fundamentais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026825. p. 128.

<sup>39</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 26 out. 2023.

fundamentais para assegurar o direito à boa governança e à justiça nas relações com a Administração Pública.

Diante desses desafios, torna-se essencial que as normas de eficiência e transparência, previstas na Constituição de 1988, sejam aplicadas de maneira efetiva, com o intuito de otimizar os processos de contratação pública e garantir a boa governança. De acordo com Lima<sup>40</sup>, o princípio da eficiência, previsto na Constituição de 1988, reforça a necessidade de otimização dos recursos públicos e a celeridade nos processos licitatórios. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 2021, surge para corrigir as lacunas deixadas pela legislação anterior, focando na melhoria procedimental e na ampliação dos mecanismos de contratação direta por dispensa e inexigibilidade. Essas alterações visam eliminar barreiras burocráticas que, por vezes, resultam em ineficiências nos processos de contratação pública, especialmente em situações de urgência ou especificidades técnicas, que dificultam a realização de uma licitação formal. Esses princípios ressoam com os ideais constitucionais de cidadania e controle social.

O presente trabalho propõe-se a analisar os mecanismos constitucionais e infraconstitucionais que, ao longo dos anos, têm buscado garantir o acesso à justiça e à transparência nas contratações públicas. Com a promulgação da Lei nº 14.133/2021, surgem novas questões: como o exercício da cidadania pode auxiliar no controle e na fiscalização das contratações públicas? A nova Lei de Licitações é suficiente para garantir transparência e eficiência nas compras e serviços realizados pelo poder público? E, acima de tudo, o Brasil, após trinta e cinco anos de Constituição cidadã, e com a nova Lei de Licitações, pode ser considerado um país com justiça para todos?

O objeto pesquisado justifica sua importância pela necessidade de se avaliar a efetividade das novas regras de licitação como instrumentos de justiça social e transparência administrativa. Em um país de dimensões continentais, garantir o acesso à justiça, tanto no âmbito jurídico quanto no administrativo, é um desafio constante, especialmente para as classes sociais menos favorecidas.

O método de pesquisa aplicado no presente texto foi o indutivo, caracterizando-se, quanto aos procedimentos, na realização de uma revisão bibliográfica na doutrina e em artigos científicos, bem como pesquisa documental em textos constitucional e infraconstitucional, como a Lei nº 14.133/2021. O objetivo é trazer à baila reflexões sobre a aplicabilidade das

---

<sup>40</sup> LIMA, Pedro Ferreira de. Princípio da Eficiência e Implicações na Nova Lei de Licitações. JusBrasil, 2023. P á g i n a 44 | 176

novas normas de licitação no combate à corrupção, na promoção da transparência e no fortalecimento da cidadania.

Para tanto, o artigo conta, além desta introdução, com mais quatro seções. Na segunda seção, o leitor poderá identificar a soberania popular como fundamento do estado democrático de direitos, e analisar o papel do cidadão no controle social das contratações públicas. Na terceira seção, serão anunciados os dispositivos constitucionais que positivam o acesso à justiça e o impacto das inovações tecnológicas no acesso à justiça administrativa e jurídica. Já na quarta seção, serão analisados os mecanismos da nova Lei de Licitações, que visam garantir a inafastabilidade da jurisdição, a transparência e a eficiência nas contratações públicas, incluindo as vantagens e desvantagens das evoluções tecnológicas no processo licitatório. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

## **I. O PODER EMANA DO POVO**

“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”<sup>41</sup>. Depreende-se, do texto constitucional, que o constituinte originário alertou os governantes de que o povo é o verdadeiro detentor do poder e da soberania. Velhos costumes monárquicos não encontrariam mais sustentação constitucional para se justificarem no poder, tampouco, atos inconstitucionais não fundamentariam mais regimes totalitários em território brasileiro. Esse princípio de soberania popular, que dismantelou as estruturas monárquicas, encontra hoje expressão prática na regulamentação das contratações públicas, como veremos na aplicação da Lei nº 14.133/2021.

O princípio da soberania popular, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988, é materializado no cotidiano das contratações públicas por meio de instrumentos legais como a Lei nº 14.133/2021. Essa legislação não apenas regula os processos licitatórios, mas também reforça o papel do cidadão como fiscal da Administração Pública, oferecendo mecanismos claros de controle social e transparência. A referida lei, em seu artigo 5º, estabelece princípios como a eficiência e a moralidade, que são diretamente vinculados ao exercício da cidadania, permitindo que a sociedade participe ativamente na fiscalização e na cobrança da correta aplicação dos recursos públicos.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º Par. Único. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 26 out. 2023.

Tocqueville, ao visitar a América, pós-revoluções iluministas, com o intuito de pesquisar minuciosamente o sistema penitenciário da época, o qual, segundo ele, era o jeito democrático de punir<sup>42</sup>, observou a participação popular e o conhecimento das leis que permitiam aos cidadãos tomarem parte nas transformações sociais, as quais eram vistas como uma liberdade, e não um dever, atitude que justificava a soberania popular no Novo Mundo<sup>43</sup>.

De modo complementar, Rousseau entende que a soberania é a expressão da vontade de todos os governados, a qual é inalienável e elemento capaz de fortalecer a democracia direta, desde que o cidadão seja impulsionado por um pensamento coletivista<sup>44</sup>. Observa-se que tanto Tocqueville quanto Rousseau, em suas pesquisas e em suas teorias propostas, defendiam a participação do povo.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a participação popular passou a ser mais eficiente. A Carta Magna garantista foi além do sufrágio eleitoral e positivou normas que permitem não só a participação dos cidadãos na escolha de seus representantes, mas a participação na administração, fiscalização e legislação da nação. Ou seja, o constituinte originário normatizou constitucionalmente uma democracia semidireta, na qual participar é exercer a cidadania. Com a evolução das normas, a Lei nº 14.133/2021 surge para consolidar e ampliar essa participação, especialmente no contexto das contratações públicas.

A cidadania participativa, reforçada por Rousseau e Tocqueville, ganha um novo impulso com a Lei nº 14.133/2021, que promove maior transparência nos processos de contratação pública através de ferramentas digitais, como o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Este portal facilita o acompanhamento das licitações e contratos administrativos por parte dos cidadãos, permitindo que o controle social seja exercido de forma mais eficaz, conforme disposto no artigo 12 dessa lei, que destaca a importância da publicidade e da acessibilidade dos atos licitatórios.

No contexto das contratações públicas, a participação cidadã ganha nova relevância com a entrada em vigor da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que reforça a importância do controle social, da transparência e da fiscalização na execução das licitações e

---

<sup>42</sup> TOCQUEVILLE, A.; BEAUMONT, G. de. Sobre o Sistema Penitenciário dos Estados Unidos e sua aplicação na França. Tradução: Francisco Rocha. São Paulo: FSJ, 2010. p. 15.

<sup>43</sup> TOCQUEVILLE, A. de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Paidéia, 2005.

<sup>44</sup> ROUSSEAU, J.-J. Do Contrato Social. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ebook eBooksBrasil.com. Fonte digital, 2002. p. 36

contratos administrativos. Na concepção contratualista da sociedade, a ideia de direitos naturais delegou poder constitucional aos homens, a fim de organizarem o Estado e criarem leis, as quais Rousseau afirmou serem a sustentação da sociedade, pois elas são “a expressão da vontade do povo”<sup>45</sup>. A nova Lei de Licitações segue o princípio de que as contratações públicas devem refletir o interesse coletivo garantido por meio de mecanismos que asseguram a eficiência, a moralidade e a transparência. Sendo assim, o povo necessita que sua vontade seja saciada<sup>46</sup>.

A cidadania caracteriza-se quando o indivíduo exerce seus direitos e os têm observados pelo governo e pela coletividade<sup>47</sup>. O governo, por sua vez, conforme a Constituição Federal de 1988, tem que ser o propiciador de alguns destes direitos: saúde, privacidade, transparência na gestão pública etc. Ademais, a comunidade tem que respeitar o direito do próximo para que esta relação não se torne um conflito.

O conceito de governança pública também está intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania, à medida que estabelece princípios de transparência, equidade, prestação de contas, cumprimento das leis e ética, como destacado por Matias-Pereira<sup>48</sup>. A administração pública, ao adotar práticas de boa governança, visa garantir que os recursos sejam geridos de forma a atender adequadamente às necessidades da sociedade, promovendo a eficiência e a moralidade em suas contratações. Esse aspecto é fundamental para que os direitos codificados na Constituição de 1988 sejam de fato aplicados na realidade das contratações públicas.

Por sua vez, o cidadão é o protagonista de seus direitos e observador dos direitos da comunidade. Através do exercício da cidadania, ele pode reivindicar direitos não observados ou respeitar o direito de outrem. Com a Lei nº 14.133/2021, esse papel se fortalece, já que o controle social sobre as contratações públicas é essencial para garantir que a administração pública atue de forma ética e eficiente, assegurando o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Além disso, a nova legislação introduz dispositivos que fortalecem a fiscalização social. Conforme pontuado por Lima<sup>49</sup>, o controle social, quando associado ao princípio da eficiência, permite que os cidadãos exerçam de forma mais ativa seu papel de fiscalizadores da

---

<sup>45</sup> SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3, p. 28.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>47</sup> COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553607884. p. 112.

<sup>48</sup> MATIAS-PEREIRA, J. Governança no Setor Público. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

<sup>49</sup> LIMA, Pedro Ferreira de. Princípio da Eficiência e Implicações na Nova Lei de Licitações. JusBrasil, 2023.

gestão pública, garantindo que os processos de contratação direta sejam conduzidos com transparência e foco na eficiência dos gastos públicos. A Constituição codifica o direito e o garante formalmente, sendo que somente através do exercício da cidadania o direito não observado poderá sair da abstração para o plano real, cumprindo assim seu objetivo.

## **II. ACESSO À JUSTIÇA E TRANSPARÊNCIA NAS LICITAÇÕES: Do físico ao digital**

Como já comentado neste artigo, nossa Carta Magna de 1988 foi promulgada após um período de governança repressora, o qual durou mais de vinte anos. Assim sendo, não surpreende que os ideais da Constituição de 1988 reflitam essa experiência histórica ao enfatizarem a importância do acesso à justiça e da transparência nas relações entre o Estado e o cidadão. Esse princípio se fortalece com a promulgação da Lei nº 14.133/2021, que regula as licitações e contratos administrativos, visando garantir uma administração pública mais eficiente e transparente. A nova legislação de licitações representa, portanto, não apenas uma continuidade dos princípios constitucionais, mas também uma evolução concreta na busca pela moralidade administrativa e pela eficiência nos gastos públicos, promovendo um ambiente de maior fiscalização e controle social.

Assim como a Constituição de 1988 já elenca um rol de direitos individuais em suas primeiras páginas<sup>50</sup>, sendo um símbolo de transformação e esperança, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos carrega o potencial de criar formas de justiça administrativa, garantindo que os recursos públicos sejam utilizados de forma ética e transparente. Essas mudanças, além de modernizarem o sistema, também colocam em foco o papel do Judiciário como guardião da moralidade e da legalidade nas contratações públicas, ampliando o alcance de sua atuação na fiscalização e sanção de irregularidades.

A Lei nº 14.133/2021 trouxe mudanças que impactam diretamente o acesso à justiça administrativa, especialmente com a adoção de novas tecnologias e de processos digitais que visam acelerar e tornar mais transparente o processo de licitações e contratos públicos. Esse entendimento é ampliado pela referida lei, que incorpora inovações tecnológicas ao processo licitatório, visando não apenas otimizar a administração dos recursos públicos, mas também fortalecer a moralidade nos contratos.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º Par. Único. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 26 out. 2023.



Justen Filho (1993) argumenta que a licitação é um instrumento essencial para garantir a competitividade e a eficiência nas contratações públicas. A Lei 14.133/2021 amplia esse conceito ao incorporar novas modalidades de licitação e prever o uso de inovações tecnológicas, que visam otimizar os recursos públicos e garantir uma maior eficiência e moralidade nos contratos. Segundo Justen Filho<sup>51</sup>, “a moralidade nas contratações públicas, conforme previsto na Lei 14.133/2021, é fundamental para assegurar a transparência e a eficiência nos processos licitatórios”. Entretanto, é preciso reconhecer que a adoção dessas tecnologias, embora benéfica, também traz à tona desafios significativos, especialmente em relação ao acesso desigual às novas ferramentas digitais.

A implementação das inovações tecnológicas previstas pela Lei nº 14.133/2021, como o uso de plataformas digitais para contratações públicas, é um avanço significativo para melhorar a eficiência e a transparência nos processos administrativos. Lima<sup>52</sup> ressalta que, ao adotar ferramentas digitais, o Estado pode não apenas acelerar os processos licitatórios, mas também reduzir significativamente os custos administrativos e minimizar os riscos de fraudes, elevando a moralidade nas práticas de contratação. Essas garantias, embora previstas na Constituição e reforçadas pela nova legislação, enfrentam a difícil tarefa de se materializarem em um país marcado por profundas desigualdades sociais e tecnológicas.

O princípio constitucional do acesso à justiça é o alicerce das transformações históricas que visam garantir que todos os cidadãos possam buscar tutela jurisdicional sempre que um direito for violado, seja pela iniciativa privada ou pelo próprio Estado. Além disso, o Judiciário ainda interpreta, aplica e garante a eficiência e eficácia das leis brasileiras<sup>53</sup>. Dessa forma, a questão que se impõe é como assegurar que os mecanismos previstos na Lei nº 14.133/2021 realmente propiciem a inafastabilidade de jurisdição a todos os cidadãos, independentemente de sua posição social ou do acesso à tecnologia.

No entanto, a simples entrada em vigor de leis não garante sua eficácia. Para que o acesso à justiça e à transparência seja efetivo, a implementação prática desses mecanismos é fundamental. No caso da nova Lei de Licitações, questões como a digitalização dos processos, o uso de inteligência artificial e a criação de canais de comunicação acessíveis ao cidadão são passos necessários para que a inafastabilidade da jurisdição se torne uma realidade tanto no

---

<sup>51</sup> Justen Filho, M. Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021). 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

<sup>52</sup> LIMA, Pedro Ferreira de. Princípio da Eficiência e Implicações na Nova Lei de Licitações. JusBrasil, 2023.

<sup>53</sup> MORAIS, F. S. de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do supremo tribunal federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Fortaleza, 2020. p. 55.

âmbito judicial quanto administrativo. Esses princípios continuam a ressoar nas legislações contemporâneas, como a Lei nº 14.133/2021, que busca transformar a justiça administrativa em uma realidade acessível e equitativa.

Cappelletti e Garth<sup>54</sup> elaboraram um conceito histórico de acesso à justiça, no qual esta é um direito básico que deve ser garantido por um sistema jurídico moderno e igualitário, a fim de que ela esteja ao alcance de todos, e não apenas proclamada em uma codificação<sup>55</sup>. No entanto, a introdução de novas tecnologias no processo licitatório também levanta questões sobre o equilíbrio de acesso e a equidade na aplicação dessas garantias. A nova legislação de licitações segue esse princípio, ao prever mecanismos que facilitam o controle social, como a obrigatoriedade de transparência nos processos licitatórios e a inclusão de recursos tecnológicos para acelerar e desburocratizar as contratações.

O legislador pormenorizou as garantias processuais e elencou-as no rol dos direitos fundamentais, sendo algumas delas: o devido processo legal, a ampla defesa e a igualdade entre as partes, que também se aplicam ao campo das licitações<sup>56</sup>. Contudo, é imperativo que essas inovações não se tornem barreiras adicionais para aqueles que já enfrentam dificuldades de acesso, exacerbando as desigualdades existentes. A Lei nº 14.133/2021 prevê que todos os interessados em participar de licitações públicas devem ser tratados de maneira equitativa, e que os processos devem ser conduzidos com transparência, garantindo o cumprimento das normas constitucionais.

É oportuno ressaltar que as garantias processuais constitucionais que hodiernamente alicerçam o devido processo legal – o meio para se obter uma resposta justa do Estado/juiz – não faziam parte dos direitos individuais com tanta veemência nas Cartas Magnas anteriores<sup>57</sup>. A realidade brasileira, com suas desigualdades regionais e socioeconômicas, impõe desafios que precisam ser considerados na implementação dessas inovações tecnológicas.

No entanto, a implementação de tecnologias digitais, como a utilização de inteligência artificial no processo licitatório, levanta preocupações sobre o acesso desigual a essas

---

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>55</sup> *idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, art. 5º.

<sup>57</sup> FEITOZA, C. G. P. O direito fundamental à jurisdição e as garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2007. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminalri/9575/acervo/detalhe/78175>. Acesso em: 17 out. 2024.

inovações. Raul Mariano<sup>58</sup>, por exemplo, destaca que o devido processo legal eletrônico (*e-due process of law*) é uma realidade inevitável no cenário jurídico moderno. No entanto, alerta para as dificuldades que os cidadãos mais pobres enfrentam ao tentar acessar essas novas ferramentas, uma vez que as exigências tecnológicas podem, em alguns casos, aumentar as desigualdades processuais, criando novas barreiras ao acesso à justiça e à transparência administrativa. Essa aceleração, embora necessária, deve ser acompanhada de políticas públicas que garantam a inclusão digital e a equidade no acesso às ferramentas tecnológicas.

A digitalização e a inovação tecnológica nas contratações públicas, previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, são passos importantes para modernizar o Estado e facilitar o acesso do cidadão ao processo licitatório. Contudo, é necessário garantir que essas inovações sejam acessíveis a todos, evitando que as desigualdades sociais se agravem com a exclusão tecnológica. No entanto, é essencial que essas ferramentas tecnológicas não criem barreiras, principalmente para os pequenos empresários e para os cidadãos mais vulneráveis, que podem não ter acesso a tecnologias sofisticadas.

Embora a digitalização dos processos licitatórios, prevista pela Lei nº 14.133/2021, e o uso de tecnologias como a inteligência artificial representem avanços significativos para a eficiência das contratações públicas, é necessário considerar os desafios tecnológicos enfrentados pelo Brasil, especialmente nas regiões menos favorecidas. A desigualdade digital, caracterizada pela falta de acesso a uma internet de qualidade, a baixa alfabetização digital e a ausência de infraestrutura tecnológica comprometem a participação de empresas e cidadãos nesses processos. A transição do acesso à justiça, do físico ao digital, impulsionada pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, representa um avanço significativo para garantir maior transparência, eficiência e controle social nas contratações públicas.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2020, aproximadamente 20% dos lares brasileiros não tinham acesso à internet, sendo que esse percentual é significativamente maior em regiões do Norte e Nordeste<sup>59</sup>. A falta de conectividade adequada nessas regiões agrava o desequilíbrio na participação em processos

---

<sup>58</sup> MARIANO JÚNIOR, R. E-Due Process: Devido Processo Digital e Acesso à Justiça. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556277684. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277684/>. Acesso em: 29 out. 2023.

<sup>59</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Dados do Censo Demográfico de 2022. Brasília, DF: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2023.

licitatórios digitais, comprometendo a inclusão e a competitividade das empresas locais. Além disso, a baixa capacitação tecnológica também é um obstáculo, dificultando a adesão plena às plataformas digitais de licitação e à fiscalização pública *on-line*. No entanto, a efetividade dessa transição dependerá da capacidade do Estado em criar condições equitativas para todos os cidadãos participarem desse novo modelo digital.

A pandemia de covid-19 acelerou a necessidade de adaptação às novas tecnologias. O Judiciário, por exemplo, adotou audiências por videoconferência e sistemas eletrônicos que visam a celeridade processual. Da mesma forma, as licitações públicas estão cada vez mais migrando para o ambiente digital, promovendo um acesso mais rápido e transparente às contratações. A Lei nº 14.133/2021 já prevê a digitalização como um dos pilares da sua implementação, o que poderá resultar em um processo mais ágil e menos burocrático. Somente assim, este dispositivo legal poderá cumprir plenamente seu papel de promover uma administração pública mais justa, eficiente e transparente, assegurando que todos os cidadãos tenham acesso igualitário à justiça e às oportunidades oferecidas pelo Estado.

Diante desses desafios, é essencial que políticas de inclusão digital e programas de capacitação tecnológica sejam implementados em conjunto com a expansão das plataformas digitais de licitação. O sucesso da Lei de Licitações e Contratos Administrativos depende não apenas da inovação tecnológica, mas também da criação de condições equitativas de acesso e uso dessas tecnologias em todas as regiões do país.

### **III. JUSTIÇA E TRANSPARÊNCIA PARA TODOS: Desafios na implementação de direitos e a nova lei de licitações**

Nas seções anteriores foram tecidas considerações quanto ao exercício da cidadania como meio para efetivação de direitos. Em seguida, foram anunciadas algumas das garantias processuais que vislumbram um processo justo, elencadas no artigo 5º da Constituição de 1988, e as ferramentas idealizadas pelo Estado, no intuito de garantir eficazmente o princípio constitucional do acesso à justiça. Com a promulgação da Lei nº 14.133/2021, esse princípio também se estende às licitações e contratações públicas, com a adoção de medidas de transparência e eficiência. Essas medidas, embora significativas, ainda enfrentam desafios práticos de implementação, especialmente em um país com as dimensões e complexidades do Brasil.

Depreende-se, do exposto, que há direitos e instituições criadas constitucionalmente para propiciarem acesso à justiça a todos, principalmente aos mais pobres, como é o caso da defensoria pública, que exerce seu mister com maestria. No entanto, mesmo com esses avanços institucionais, surge a inquirição central desta pesquisa: o Brasil, após trinta e cinco anos de Constituição cidadã, e com a promulgação da Lei nº 14.133/2021 em vigor, é um país com justiça e transparência para todos?

É pensamento firme da doutrina constitucionalista o caráter histórico da Constituição cidadã pela vasta gama de direitos assegurados no texto. Contudo, a positivação deles não garante automaticamente sua concretização, um desafio que também se aplica ao campo das contratações públicas, em que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos busca concretizar direitos como a moralidade e a eficiência no uso de recursos públicos. No entanto, como ocorre com outros direitos, independentemente de sua categoria doutrinária, eles são até a base de muitos discursos políticos, contudo, na prática, a grande maioria das pessoas não os tem objetivados quando mais precisam<sup>60</sup>.

Segundo dados divulgados pelo IBGE, somos mais de duzentos e três milhões de brasileiros, divididos em cinco mil seiscientos e oitenta municípios, situados em mais de oito milhões e quinhentos mil metros quadrados de território<sup>61</sup>. Portanto, garantir que as pessoas tenham acesso à justiça e à boa governança pública, em um território dessa extensão, é um desafio que o Estado brasileiro precisa enfrentar.

Os problemas são crônicos, apontados há décadas, como por exemplo, no relatório traduzido pela ex-ministra Ellen Gracia, no qual Cappelletti e Garth<sup>62</sup>, nos anos 70, já haviam identificado, entre outras dificuldades, demora processual, falta de pessoal nas varas e a pobreza dos litigantes. Inclusive, os Estados Unidos, considerado por Tocqueville como um país modelo em matéria de justiça no século XIX, apresentou dificuldades em tornar a justiça acessível a todos<sup>63</sup>. Esse paralelo histórico ressalta a complexidade do desafio brasileiro.

Realmente, depois de 35 anos de sua promulgação, a Constituição Federal modificou muito o cenário social na nação brasileira. Porém, os governantes ainda não conseguiram

---

<sup>60</sup> BOBBIO, N. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. ed. Nova. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 10:85-352-1561-1, p. 11.

<sup>61</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Dados do Censo Demográfico de 2022. Brasília, DF: IBGE, 2023.

<sup>62</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 18

<sup>63</sup> idem.

responder a todas as demandas sociais previstas nela. O acesso à justiça, apesar de todos os esforços e ferramentas criadas para propiciá-lo, ainda não consegue atingir todos os brasileiros. Da mesma forma, o acesso à transparência e à eficiência nas contratações públicas, garantido pela Lei nº 14.133/2021, enfrenta desafios na sua implementação plena.

Portanto, diante dessas dificuldades, surge a seguinte questão central: o Brasil é capaz de garantir justiça e transparência para todos? Muitos cidadãos ainda enfrentam longos processos judiciais ou administrativos, que se arrastam por anos sem uma resposta adequada. Nas contratações públicas, a transparência exigida pela nova Lei de Licitações nem sempre se concretiza de maneira eficiente, deixando brechas para a corrupção e para a má gestão.

Ainda há uma última instância, quando se exaurem todas as vias de recurso e a jurisdição brasileira não é capaz de satisfazer a necessidade de justiça do cidadão. Assim, há o que a doutrina chama de quarta instância. Nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, têm tribunais que aplicam sanções e cobram justiça junto aos países membros. No caso do Brasil, tem-se a Corte Interamericana de Direitos humanos, órgão responsável por julgar casos de desrespeito às regras do Tratado de São José da Costa Rica.

Cabe salientar que os tratados internacionais que forem recepcionados pelo governo brasileiro, e forem votados por maioria simples, têm força de lei ordinária; e aqueles que forem recepcionados e votados por maioria absoluta nas duas casas, em duas seções cada, terão força de emenda constitucional<sup>64</sup>.

Porquanto, isso significa que, a depender do rito da votação, a lei complementar estará acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição. Porém, se for pelo mesmo rito de votação da Emenda Constitucional, será norma constitucional. Podemos citar o julgamento do *Habeas Corpus* 87585, que teve como Relator o Ministro Marco Aurelio<sup>65</sup>.

O caso versa sobre a matéria do depositário infiel, previsto como ilício civil passível de prisão no antigo Código de Processo civil, previsão a qual por força do Pacto de São José da Costa Rica foi abolida, pois era atentatório à dignidade humana. Portanto, com base no choque de ramos do direito interno e externo, a obrigatoriedade de se guardar acima de tudo as normas constitucionais, a prevalência dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, em respeito ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo governo brasileiro em 1992 o paciente obteve

---

<sup>64</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º Par. Único. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º, § 3º. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 26 out. 2023.

<sup>65</sup> STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 87585. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurelio; Julgado em 3 dez. 2008. Publicada em 26 jun. 2009.

acesso à justiça justa. Destarte o cidadão que havia sido preso pelo antigo ilícito civil de depositário infiel teve a liberdade determinada<sup>66</sup>.

Nota-se não ser tarefa fácil garantir acesso à justiça em nenhuma nação deste planeta, no entanto, a justiça é o pilar que sustenta qualquer regime democrático. Não propiciar direitos ao cidadão, é privá-lo de sua cidadania.

Garantir acesso à justiça, seja em âmbito judicial ou administrativo, não é uma tarefa simples. No entanto, é essencial para sustentar qualquer regime democrático. Sem acesso à justiça e à transparência nas ações do Estado, os cidadãos são privados de sua plena cidadania. A Lei nº 14.133/2021 oferece novos caminhos para fortalecer a transparência e a moralidade nas contratações públicas, mas o desafio continua sendo sua implementação efetiva, de modo a garantir justiça para todos.

## CONCLUSÃO

O presente artigo propôs-se examinar a evolução do exercício da cidadania no Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e como essa evolução encontra um novo marco com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021. A Constituição de 1988 trouxe uma vasta gama de direitos, mas, como observado, a simples positivação desses direitos não garante sua concretização automática. O Brasil, com sua extensão territorial e suas desigualdades sociais e econômicas, enfrenta o desafio contínuo de garantir que a justiça e a transparência sejam efetivamente acessíveis a todos os cidadãos.

O questionamento central que permeou este estudo foi se, após trinta e cinco anos de Constituição cidadã, e com a nova Lei de Licitações em vigor, o Brasil pode ser considerado um país em que a justiça e a transparência são uma realidade para todos. A resposta, como demonstrado, não é simples. Os dados apresentados, como o número de municípios e a vasta extensão territorial do Brasil, além das dificuldades crônicas apontadas por Cappelletti e Garth na década de 70, ilustram os desafios que o país enfrenta para implementar esses direitos de forma plena.

---

<sup>66</sup> idem.

A Lei nº 14.133/2021 representa um avanço significativo, ao introduzir novos mecanismos de transparência, controle social e eficiência nas contratações públicas. No entanto, a implementação desses mecanismos não é isenta de desafios. A digitalização dos processos licitatórios, por exemplo, oferece um potencial imenso para melhorar a administração pública, mas também levanta preocupações sobre o acesso desigual a essas tecnologias, especialmente nas regiões mais carentes do país.

Portanto, o artigo conclui afirmando que embora a nova legislação ofereça instrumentos promissores para promover a justiça e a transparência nas contratações públicas, a efetividade desses instrumentos dependerá de como o Estado brasileiro enfrentará os desafios de inclusão digital, capacitação tecnológica e fiscalização rigorosa. Além disso, é necessário um comprometimento contínuo para que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não se torne apenas mais um texto legal sem aplicação prática, mas sim um verdadeiro instrumento de justiça social.

Diante dessas dificuldades, surge uma questão crucial: o Brasil é capaz de garantir justiça e transparência para todos os seus cidadãos? Percebe-se que muitos cidadãos ainda enfrentam processos judiciais ou administrativos que se arrastam por anos, sem uma resposta adequada. Nas contratações públicas, a transparência exigida pela nova Lei de Licitações nem sempre se concretiza de maneira eficiente, deixando brechas para a corrupção e a má gestão. Ademais, a falta de conectividade adequada e a baixa capacitação tecnológica em várias regiões agravam o desequilíbrio na participação em processos licitatórios digitais, comprometendo a inclusão e a competitividade das empresas locais.

Assim, para que o Brasil se aproxime de uma realidade na qual a justiça e a transparência sejam acessíveis a todos, é imperativo que o Estado não só promulgue leis avançadas, mas também crie condições concretas para sua aplicação eficaz. Isso inclui políticas de inclusão digital, capacitação tecnológica e uma fiscalização mais rigorosa das práticas administrativas. Somente assim, a Lei nº 14.133/2021 poderá cumprir plenamente seu papel de promover uma administração pública mais justa, eficiente e transparente.

Assim sendo, garantir acesso à justiça e à transparência, seja em âmbito judicial ou administrativo, não é uma tarefa simples. No entanto, é essencial para sustentar qualquer regime democrático. Sem acesso à justiça e à transparência nas ações do Estado, os cidadãos são privados de sua plena cidadania. A Lei nº 14.133/2021 oferece novos caminhos para fortalecer



a transparência e a moralidade nas contratações públicas, mas o desafio continua sendo sua implementação efetiva, de modo a garantir justiça para todos.

## **BIBLIOGRAFIA**

BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 10:85-352-1561-1

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação como foram de resolução de conflitos e controvérsias entre particulares. 2015. Brasília, DF: Senado Feral. DOU 29 jun. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm). Acesso em: 9 out. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553607884. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607884/>. Acesso em: 26 out. 2023.

FEITOZA, C. G. P. O direito fundamental à jurisdição e as garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2007. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminalri/9575/acervo/detalhe/78175>. Acesso em: 17 out. 2024.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Dados do Censo Demográfico de 2022. Brasília, DF: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LIMA, Pedro Ferreira de. Princípio da Eficiência e Implicações na Nova Lei de Licitações. JusBrasil, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/direito-digital-ed-2023//1865873223.Acess> em: 03 de outubro de 2023.

MARIANO JÚNIOR, Raul. E-Due Process: Devido Processo Digital e Acesso à Justiça. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556277684. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277684/>. Acesso em: 29 out. 2023.

MATIAS-PEREIRA, J. Governança no Setor Público. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/> Acesso em: 28 out. 2023.

MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do supremo tribunal federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/9575/acervo/detalhe/124140>. Acesso em: 29 out. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ebook eBooksBrasil.com. São Paulo: Fonte digital, 2002. Disponível em: <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SIMÕES, Edson. A Luta pela Democracia no Mundo: da Grécia à antiga URSS e Rússia. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275000. v. 3. Coleção Constituições e Democracia no Brasil e no Mundo: da Antropofagia à Autofagia. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275000/>. Acesso em: 25 out. 2023. p. 451.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 87585. Relator Ministro Marco Aurelio: Julgado em 03 dez. 2008. Publicada 26 jun. 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de; BEAUMONT, Gustave de. Sobre o Sistema Penitenciário dos Estados Unidos e sua aplicação na França. Tradução: Francisco Rocha. São Paulo: FSJ, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Paidéia, 2005.

*A interface entre a sociedade de risco e gestão dos recursos hídricos: A importância da educação ambiental*

*La interfaz entre la sociedad del riesgo y la gestión de recursos hídricos: La importancia de la educación ambiental*

*The interface between risk society and water resources management: The importance of environmental education*

**Natacha Souza<sup>67</sup>**

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como o processo de modernização contribuiu para o surgimento da chamada sociedade de risco e os perigos que oferece frente a utilização irracional dos recursos naturais, em específico a questão da água. O crescimento da sociedade clássica esteve diretamente relacionado aos avanços de ordem tecnológica e científica, o que acabou gerando todo o tipo de risco, inclusive o de caráter socioambiental. Vale ressaltar, que são consequências resultantes do modelo de desenvolvimento adotado, e do processo industrial que hoje coloca em risco o próprio homem. Entretanto, devemos considerar a educação e a conscientização ambiental como importantes ferramentas no processo de valorização à preservação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deste modo, o trabalho utiliza o método indutivo de pesquisa pela natureza do estudo desenvolvido, por se adequar aos objetivos propostos e valendo-se da pesquisa bibliográfica como fonte para a formação argumentativa. Assim, podemos concluir que necessitamos mudar os padrões culturais de comportamento adotados atualmente, tendo em vista a gama de interesses e conflitos que estão envolvidos no que diz respeito à questão das águas e a sociedade de risco.

**Palavras-chave:** Água; Conscientização ambiental; Educação Ambiental; Sociedade de Risco.

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo demostrar cómo el proceso de modernización contribuyó al surgimiento de la llamada sociedad del riesgo y los peligros que representa frente al uso irracional de los recursos naturales, específicamente el tema del agua. El crecimiento de la sociedad clásica estuvo directamente relacionado con los avances tecnológicos y científicos, que terminaron generando todo tipo de riesgos, incluidos los

---

<sup>67</sup>Acadêmica Investigadora na Universidad Viña de Mar (Chile). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Caxias (UCS). Especialista em Direito do Mar, pela Korea University.

socioambientales. Cabe mencionar que estas son consecuencias derivadas del modelo de desarrollo adoptado, y del proceso industrial que hoy pone en riesgo al propio hombre. Sin embargo, debemos considerar la educación y la sensibilización ambiental como herramientas importantes en el proceso de valoración de la preservación de un medio ambiente ecológicamente equilibrado. De esta manera, el trabajo utiliza el método de investigación inductiva debido a la naturaleza del estudio desarrollado, ya que se ajusta a los objetivos propuestos y utilizando la investigación bibliográfica como fuente para la formación argumentativa. Por lo tanto, podemos concluir que es necesario cambiar los patrones culturales de comportamiento que se adoptan actualmente, dada la gama de intereses y conflictos que están involucrados con respecto al tema del agua y la sociedad en riesgo.

**Palabras clave:** Agua; Conciencia ambiental; Educación ambiental; Sociedad del Riesgo.

**Abstract:** The objective of this paper is to demonstrate how the modernization process contributed to the emergence of the so-called risk society and the dangers it represents in the face of the irrational use of natural resources, specifically the issue of water. The growth of classical society was directly related to technological and scientific advances, which ended up generating all kinds of risks, including socio-environmental ones. It is worth mentioning that these are consequences derived from the development model adopted, and from the industrial process that today puts man himself at risk. However, we must consider environmental education and awareness as important tools in the process of assessing the preservation of an ecologically balanced environment. In this way, the work uses the inductive research method due to the nature of the study developed, since it adjusts to the proposed objectives and uses bibliographic research as a source for argumentative formation. Therefore, we can conclude that it is necessary to change the cultural patterns of behavior that are currently adopted, given the range of interests and conflicts that are involved regarding the issue of water and society at risk.

**Keywords:** Water; Environmental awareness; Environmental Education; Risk Society.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade industrial acabou gerando um cenário de grandes transformações econômicas, políticas e sociais impulsionando o avanço da ciência e da tecnologia.

Contrariando as ideias dos filósofos iluministas e dos pensamentos da modernidade, onde se buscava alcançar a paz e a segurança para todos, hoje vivenciamos uma situação de exposição a riscos constantes, inclusive os de caráter socioambiental, de tal modo que a utilização dos recursos naturais excede a capacidade de regeneração ou substituição por outras fontes alternativas.

Entre os recursos naturais em debate, a água é um dos que mais tem se discutido atualmente, por ser atingida com tanta frequência em sua qualidade e quantidade, além de ser fonte essencial de vida no planeta.

Assim, reconhecendo a questão da insuficiência da água diante do cenário atual, o presente trabalho objetiva a busca por alternativas que vão além da proteção jurídica existente, sendo a educação e a conscientização ambiental consideradas ferramentas imprescindíveis neste processo de transformação.

O homem é um ser individual e social capaz de reverter o panorama da crise ambiental gerado pela modernidade e que a pós-modernidade mantém. Através de uma educação ambiental contínua as pessoas podem formar uma consciência ecológica crítica, tanto as crianças, como adolescentes, adultos e idosos, buscando a valorização e preservação do meio ambiente, em específico a questão das águas, superando os problemas ambientais vigentes.

Dessa feita, a finalidade do artigo consiste em analisar a problemática que envolve a sociedade de risco e os recursos naturais, principalmente no que se refere a questão sobre a água e a possibilidade da educação e conscientização ambiental como instrumento de viabilização na transformação desta realidade.

## **I. A SOCIEDADE DE RISCO**

A humanidade se desenvolve em um ritmo extremamente acelerado, onde a visão estritamente econômica a respeito do crescimento de nossa sociedade faz com que os riscos decorrentes deste desenvolvimento sejam, muitas vezes, esquecidos. Desde uma operação individual, até as ações em massa, todos os acontecimentos presentes na sociedade pós-moderna acarretam consequências globais e, junto a elas, a possibilidade de danos não previstos. São ameaças que incidirão, principalmente, no meio ambiente<sup>68</sup> que nos cerca e, por consequência, contra a própria existência do homem na terra. Esta inevitável relação entre desenvolvimento da sociedade, expansão tecnológica e os perigos deles decorrentes são o objeto de análise do modelo sociológico conhecido por *sociedade de risco*.

---

<sup>68</sup> “Hoje em dia, as ações cotidianas de um indivíduo produzem consequências globais. Minha decisão de comprar uma determinada peça de roupa, por exemplo, ou um tipo específico de alimento, tem múltiplas implicações globais. Não somente afeta a sobrevivência de alguém que vive do outro lado do mundo, mas pode contribuir para um processo de deterioração ecológica que em si tem consequências para toda a humanidade.” (GIDDENS, Anthony. “A vida de uma sociedade pós-tradicional”. In: BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. Modernização Reflexiva. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p. 75)

Ulrich Beck, ao fazer uma abordagem percussora da concepção de sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), traça um paralelo necessariamente existente entre a crise ecológica e o atual processo de globalização, as descobertas tecnológicas, o sujeito cada vez mais individualizado e as políticas econômicas capitalistas que permeiam nosso meio. Trata-se de um momento histórico posterior à modernidade industrial, agora denominada sociedade reflexiva, onde não mais se pode prever as ameaças concomitantes ao desenvolvimento do homem<sup>69</sup>. Complementando esta ideia, afirma o autor:

“Los riesgos que se generan en el nivel más avanzado de desarrollo de las fuerzas productivas (con ello me refiero sobre todo a la radiactividad, que se sustrae por completo a la percepción humana inmediata, pero también a las sustancias nocivas y tóxicas presentes en la aire, en el agua y en los alimentos, con sus consecuencias a corto y largo para las plantas, los animales y los seres humanos) se diferencian esencialmente de las riquezas. Estos riesgos causan daños y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles, se basan en interpretaciones causales, porque solo se establecen en el saber (científico e anticientífico) de ellos, y en saber saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o miniados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. Con ello, los medios y las posiciones de la definición del riesgo se convierten en posiciones sociopolíticas clave.”<sup>70</sup>

Frente este preocupante cenário, urge um debate sobre este atual comportamento de risco da sociedade e as ameaças ambientais dele decorrente. Ameaças a um bem que pertence, justamente, a toda a coletividade.

Como conceito de risco, Niklas Luhmann dispõe como sendo as probabilidades e improbabilidades existentes nas tomadas de decisões dentro de um determinado sistema, cujo resultado futuro não é nem certo, e nem impossível: “Los riesgos son una forma muy específica de disposición hacia el futuro, en la medida en que debe decidirse en el medio de la probabilidad-improbabilidad”<sup>71</sup>.

O questionamento existente é como fazer a observação dessas (in) probabilidades dentro do complexo sistema do direito, justamente por se estar avaliando a tutela sobre o futuro de um bem, no caso, o meio ambiente, mais especificadamente a questão das águas subterrâneas.

---

<sup>69</sup> BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p.199-200.

<sup>70</sup> Idem, p. 28.

<sup>71</sup> LUHMANN, Niklas. Sociología del riesgo. Guadalajara: Universidad Iberoamericana de Guadalajara, 1992, 115.

Nossa Constituição Federal<sup>72</sup>, por sua vez, concebeu o caráter de direito e dever fundamental de todos à preservação de um meio ecologicamente equilibrado<sup>73</sup>, bem como o sistema jurídico ambiental brasileiro é constituído por vasta legislação. No entanto, a explícita degradação que o homem vem causando à natureza e sua inércia sobre a real existência de uma sociedade de risco demonstra que as normas ambientais vigentes, embora modernas, carecem de uma real eficácia, tanto jurídica quanto social. Numa época em que as indetermináveis consequências da evolução tecnológica e do desenvolvimento representam concretas ameaças à sociedade, tal constatação toma graus assustadores e preocupantes.<sup>74</sup>

O debate jurídico-sociológico sobre a necessidade do reconhecimento da proteção dos recursos naturais, sob a ótica do paradigma da sociedade de risco, o qual nos leva à indispensabilidade da busca de outras ferramentas para preservação do meio ambiente, que vai além da tutela jurídica ambiental que nos deparamos hoje em dia.

Assim, através desta observação, objetiva-se amparar a defesa ao meio ambiente equilibrado no presente, para que este bem reste preservado para os indivíduos no futuro:

“Trata-se de desenvolver o modelo sociológico de Beck a partir daquele vínculo específico com o futuro, que se acredita passar por uma perspectiva por uma perspectiva gestão desses riscos. E não só o direito de regulação mostra suas deficiências diante do problema do risco, mas a própria organização do modelo estadual, constituída ainda debaixo dos padrões da racionalidade e segurança, pouco aptos a lidar com padrões da imprevisibilidade, deve passar pela necessária revisão, que se repete cada vez mais. Tal situação do modelo estatal tende a conduzir o atual estado de direito a formas de comunicação cada vez mais difusas e multiplicativas com os diversos sistemas de diferenciação, para que este estado possa lidar de forma mais eficiente com um problema que é duplo.”<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>73</sup> “O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida.” (SILVA, José Alfonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70)

<sup>74</sup> Nas palavras de Ilya Prigogine, “assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real.” (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 14.)

<sup>75</sup> LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.20.



Assim, uma eficaz proteção do meio ambiente é alcançada, também, a partir de uma educação e conscientização ecológica, seja da própria população, seja do intérprete e do aplicador da lei. Uma “maturidade” a respeito do meio ambiente, onde se releve a situação de constante risco e ameaça que o desenvolvimento sem controle da sociedade nos traz, bem como se reconheça a importância do bem social ambiental e a dependência da vida humana pelo meio ambiente. Estes, porém, são apenas alguns dos inúmeros esforços necessários pra se enfrentar a ameaçadora crise ecológica que a humanidade se vê inserida.

O ser humano tem sua existência extremamente dependente do ambiente que o cerca. Suas condutas, no entanto, parecem não reconhecer tal condição, nem para nossa atual geração, muito menos para com as próximas.

Deste modo, conforme evidenciado a falta de apreço dos limites naturais do planeta em prol ao crescimento econômico, insere-se a importância da gestão dos recursos naturais, em específico a questão das águas e quais suas implicações no manejo dos riscos que os ameaçam.

## **II. CONTEXTUALIZANDO A PROBLEMATICA DA SOCIEDADE DE RISCO E A ÁGUA**

A água possui um valor suntuoso, além de ser imprescindível a vida humana, também é importante para o desenvolvimento econômico e constituindo um fator determinante nos ciclos da natureza, para garantir a manutenção dos ecossistemas.

Embora seja do conhecimento de todos que a maior parte da superfície da Terra é coberta por água, a quantidade de água doce é de 2,5% e apenas 1% está disponível para consumo, sendo uma parcela muito pequena.<sup>76</sup>

Segundo os padrões internacionais, podemos considerar que a água é insuficiente quando a quantidade disponível, anual, é menos de 1000 metros cúbicos de água por habitante. Entretanto, tal situação somente é visualizada em lugares como o Oriente Médio e o norte da África, sendo que nos demais lugares a “falta da água“, ocorre devido a sua qualidade e o seu modelo de utilização.

Ainda, vale ressaltar que segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), ocorre anualmente 5 milhões de mortes por falta de higiene ou pela má qualidade da água e cerca de

---

<sup>76</sup> CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. Fonte de água pura. Resenha do livro Águas doces do Brasil: capital ecológico, uso e conservação, Editora Escrituras, coordenação de Aldo Rebouças, Benedito Braga e José Glizia Tundisi. Parabólicas, n. 55, Nov/dez/99 ([HTTP://socioambiental.org/parabolicas/index.html](http://socioambiental.org/parabolicas/index.html)).

um quinto da humanidade não dispõe de água potável para o consumo. E ainda, de acordo com Organização das Nações Unidas (ONU), 90% da água utilizada nos países em desenvolvimento retornam para natureza sem qualquer tratamento.<sup>77</sup>

O Brasil apresenta um grande potencial hídrico, contudo sua distribuição é de forma muito desigual. Ao passo que a região Norte apresenta 70%, a região Centro-Oeste apresenta 15%, região Sul e Sudeste 12% e a região Nordeste apresenta somente 3%.<sup>78</sup>

Ainda, em relação à distribuição hídrica no Brasil, profissionais especializados na área, garantem que mesmo nas áreas menos favorecidas, conseguem satisfazer suas necessidades básicas<sup>79</sup>. Assim assevera Aldo da Cunha Rebouças<sup>80</sup>:

Em verdade, da abundância de água doce disponível na Terra, uma parcela muito pequena se encontra na forma de rios e lagos, sendo que o restante é na forma de águas subterrâneas. Estima-se que o percentual de água disponível na superfície é de 1,2% e restante cerca de mais ou menos 98% apresenta-se na forma subterrânea.

Ana Cláudia Bento Graf anota<sup>81</sup> que em muitos países as águas subterrâneas representam a única forma de abastecimento, como é caso da Arábia Saudita, Dinamarca e Malta. Em países como Bélgica, França, Hungria, Itália, Suíça entre outros cerca de 70% do abastecimento ocorre através das águas subterrâneas.<sup>82</sup>

Várias são as causas que para escassez, dentre elas, destacamos: o desperdício e a falta de responsabilidade ambiental da maioria da população mundial; o aquecimento global, que faz com que a taxa de evaporação seja maior que a de chuvas; a poluição provocada,

---

<sup>77</sup> NOGUEIRA, César. O planeta tem sede. Veja, São Paulo, 17.11.99, p. 154.

<sup>78</sup> BORSOI, Ibidem, p. 149-150.

<sup>79</sup> “O exame dos textos legais mais representativos revela cuidar-se, no Brasil, não apenas do aspecto repressivo da poluição, mas da institucionalização de esquemas administrativos e financeiros, capazes de assegurar resultados razoáveis e permanentes, dirigidos ao planejamento da evolução industrial brasileira. A permanente utilização das leis, bem como as alterações introduzidas no campo institucional, permitem acreditar que, mesmo em relação às áreas críticas de poluição, já delimitadas e objeto de medidas específicas, o Brasil está em condições de controlar, de modo satisfatório, a poluição das águas. Deve ser salientada, no entanto, a necessidade de maior coordenação entre vários órgãos que atuam na área, pois como foi visto, quase todos têm atribuições e, no confronto entre elas, é sempre o controle da poluição que costuma ser postergada” (POMPEU, Cid Tomanik. Controle da Poluição Hídrica no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 130, p. 425-439, ou./dez. 1977, p. 438-439.).

<sup>80</sup> REBOUÇAS, Aldo da C. Panorama das Água Doce no Brasil. In: PANORAMAS da degradação do ar, da água doce e da terra no Brasil. São Paulo: IEA/USP, 1997, p. 62.

<sup>81</sup> GRAF, Ana Cláudia Bento. A Tutela dos Estados sobre as Águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 62.

<sup>82</sup> BORSOI, Zilda Maria Ferrão; TORRES, Solange Domingo Alencar. A política dos recursos hídricos no Brasil. Revista do BNDS, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, dez./1997, p. 148.

principalmente, pelas indústrias que despejam detritos nos rios e lagos; falta de saneamento básico etc.

De forma mais radical, porém, não menos realista, Bertoldi (2001) explica:

“Em 3.200 anos de história, somente conhecemos 300 de paz. Vivenciamos praticamente 15.000 guerras que nos deixaram um legado de mais de 3 bilhões de mortos. O século XX foi o mais mortífero devido principalmente ao aprimoramento das tecnologias de guerra e as sempre presentes questões religiosas. No entanto, muito sangue jorrou por conflitos ambientais. A escassez de água potável, sua distribuição, acesso e gestão foram, são e serão, motivos de grandes disputas internas e internacionais. [...]

A água potável, componente básico da biosfera, se encontra em um movimento de diminuição tão acelerado que a previsão para 2050 é de 2.500 bilhões de pessoas sem acesso ao precioso líquido vital.”

Ainda, neste sentido importante a contribuição de Benjamim (*apud* ALMEIDA, 2002) ao retratar a situação de crise ambiental que o mundo enfrenta:

“A crise ambiental [...], que hoje ocupa a agenda dos políticos, dos economistas, dos juristas, dos meios de comunicação e principalmente da opinião pública, é fruto da revolução industrial, revolução esta que surgiu com a promessa de unidade universal, de paz e de bem-estar para todos, sem se preocupar, contudo, com os seus efeitos no meio ambiente. De um lado, apesar do inegável crescimento econômico (desigual) e do processo tecnológico que trouxe, não cumpriu aquilo que prometeu; do outro, nos deixou um débito ambiental que dificilmente conseguiremos resgatar”.

Ante a tais fatos, vários países, junto às organizações internacionais não-governamentais realizam reuniões com o objetivo de firmar parcerias para o controle e o uso racional da água, visando um *uso sustentável*, primando pela *conservação do meio ambiente* e da *qualidade de vida humana*, não só no presente, como no futuro, pois este é o cerne da sustentabilidade.

Um importante evento ocorrido nos últimos anos foi a Eco 92, realizada no Rio de Janeiro, que contou com a participação de diversos países. Mais tarde, proveniente de metas estabelecidas naquela reunião, vieram a Agenda 21 e a Rio + 10, realizadas na cidade do Rio de Janeiro, primando pela discussão acerca do desenvolvimento sustentável do meio ambiente, dando forte ênfase ao uso racional e sustentável da água.

A mais importante conclusão surgiu junto ao documento Agenda 21<sup>83</sup>: ações prioritárias, ao dizer que a

---

<sup>83</sup> Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, Brasil, junho 1992, p. 16.

“[...] Agenda 21 Brasileira não é um plano de governo, mas um compromisso da sociedade em termos de escolha de cenários futuros. Praticar a Agenda 21 pressupõe a tomada de consciência individual dos cidadãos sobre o papel ambiental, econômico, social e político que desempenham em sua comunidade. Exige, portanto, a integração de toda a sociedade na construção desse futuro que desejamos ver realizado. Uma nova parceria, que induz a sociedade a compartilhar responsabilidades e decisões junto com os governos, permite maior sinergia em torno de um projeto nacional de desenvolvimento sustentável, ampliando as chances de implementação bem-sucedida.”

Não há como negar que muitos países ainda agem de forma demagógica, pregando a consciência ambiental, mas executando políticas totalmente contrárias aos ensejos do ambiente. Todavia, necessário se faz que cada cidadão consciente preserve o meio ambiente e, acima de tudo, use de forma sustentável a água.

Os objetivos fixados nas mais diversas reuniões, congressos e eventos não são difíceis de serem alcançados, bastando, para isso, força de vontade dos cidadãos, que, desta forma, irão, de um jeito ou de outro, forçar o governo de seus respectivos países a adotar políticas públicas de melhoria do meio ambiente, visando garantir o direito fundamental de um meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os cidadãos do mundo. A água, como bem fundamental para a vida:

“é uma questão ambiental que deve ocupar o primeiro lugar tanto em programas de governos, como de instituições internacionais e principalmente na consciência dos usuários. Em 2050 se estima que a maior parte do planeta sofrerá por razões de água. A avaliação dos recursos hídricos, a definição dos abastecimentos disponíveis, as projeções de uso no futuro e a apresentação de opções de desenvolvimento e seus possíveis efeitos, são a base para a gestão sustentável dos recursos mundiais de água no futuro. Com estas medidas talvez se possa prevenir conflitos e a conseqüente insegurança internacional, que se intensificarão em um futuro muito próximo”. (BERTOLDI, 2001)

Observa Nalini<sup>84</sup>, sobre a crise ambiental (com relação à água) que:

“Ninguém parou para pensar que a água existente no planeta é a mesma, desde que a Terra existe. Não se produz água. Ela não vem de outros planetas, mas a sua conservação advém de um uso moderado. Só que a humanidade não quer mais saber de moderação. Tudo tem de ser consumido em abundância. A agressão desatinada do ambiente já alterou as condições climáticas globais. O desperdício anormal de água desequilibrou as reservas que pareciam intermináveis. Em virtude disso, o homem está, hoje, prestes a fixar o prazo para a cessação da vida no planeta. Sem água, a espécie não terá condições de realizar o seu ciclo vital.”

---

<sup>84</sup> NALINI, José Renato. Ética ambiental. 2, ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 44.

Necessário se faz a construção de uma cidadania ambiental, pautada pela conscientização e educação da utilização dos recursos naturais. Assim, o uso da água deve ser feito de forma sustentável, de modo a usar apenas o necessário, evitando desperdícios e a poluição deste líquido de valor imensurável.

### **III. A IMPORTANCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

A questão da educação ambiental no Brasil tem seu início, conjuntamente com as ideias que surgiram no cenário internacional. Contudo, foi em 1992 quando o Brasil sediou a Conferência Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO- 92), que o compromisso foi efetivamente firmado, pelo “Tratado de Educação Ambiental para as Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global”.

O Tratado ressalva que a educação ambiental não é neutra, mas ideológica, sendo ato político baseado em valores de transformação social, além disso considera a educação ambiental para a “sustentabilidade um processo de aprendizagem contínuo, respeitando todas as formas de vida”, são valores e ações que contribuem para modificação humana e social e para preservação ecológica.<sup>85</sup>

A questão da educação ambiental também foi referenciada em 1990, quando publicada a Carta de Montreal sobre Água Potável e Saneamento, onde foi salientado que a educação ambiental seria uma forma de instigar à participação social no tocante a questão das águas. Nesta situação, que foi publicada a Política Nacional de Educação Ambiental, no Brasil.

Em 31 de agosto de 1981, foi promulgada a Lei 6.983 que designou a Política Nacional do Meio Ambiente, onde foi enaltecido o papel da educação ambiental para constituição de uma consciência ambiental, sob a perspectiva de um saber ambiental<sup>86</sup>

Neste sentido a Constituição Federal de 1988 reconhece que é obrigação do Estado proporcionar a educação ambiental, como mecanismo de proporcionar a preservação do meio ambiente. Vale referir que a correta implementação de amplos processos de educação ambiental

---

<sup>85</sup> ANA. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Educação Ambiental e Gestão dos Recursos Hídricos. UEM. 2008. p. 25.

<sup>86</sup> Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

é a maneira mais competente e economicamente viável de evitar que sejam causados prejuízos ao meio ambiente. “A educação ambiental é o instrumento mais eficaz para a verdadeira aplicação do princípio mais importante do Direito Ambiental, que é exatamente o princípio da prevenção”, observa Paulo Antunes.<sup>87</sup>

Assim, entende-se por educação ambiental “os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade” – art. 1º da Lei n. 9.795/99 -. Com isso, chega-se ao objetivo da educação ambiental, que é “contribuir para a conservação da biodiversidade, para a auto realização individual e comunitária e para a autogestão política e econômica, mediante processos educativos que promovam a melhoria do meio ambiente e da qualidade de vida”.<sup>88</sup>

A educação ambiental será promovida em todos os níveis, abrangendo: a) educação básica (educação infantil e ensinos fundamental e médio); b) educação superior; c) educação especial; d) educação profissional; e e) educação de jovens e adultos. A dimensão ambiental deve constar também dos currículos de formação de professores, em todos os níveis e em todas as disciplinas.

Assim, combinação entre a utilização dos recursos naturais de forma racional, sem poluir o meio ambiente está intimamente vinculada com a educação ambiental que por sua vez também está vinculada a questão de cidadania e a reformulação de valores éticos e morais, necessários para o prosseguimento da vida no planeta. Além disso, deve buscar a solidariedade, igualdade e respeito através de formas democráticas de atuação.

De tal modo, fica evidenciado que a problemática ambiental nos traz com muita força a necessidade de uma visão unificada da realidade, sacrificada em nome dos progressos científicos obtidos através da pulverização do conhecimento.

O cultivo de um modo de vida mais sustentável insurge como um novo campo de estudos interdisciplinares e a educação ambiental como um processo gerador de novos valores e conhecimentos para a construção da racionalidade ambiental.

Neste aspecto importante contribuição de LEFF (2001, p. 247):

---

<sup>87</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 175.

<sup>88</sup> LEONARDI, Maria Lúcia Azevedo. A educação ambiental como um dos instrumentos de superação da insustentabilidade da sociedade atual. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas. São Paulo: Cortez, 1997. p. 396-7.

“Os desafios do desenvolvimento sustentável implicam a necessidade de formar capacidades para orientar um desenvolvimento fundado em bases ecológicas, de equidade social, diversidade cultural e democracia participativa. Isto estabelece o direito à educação, a capacitação e formação ambiental como fundamentos da sustentabilidade, que permita a cada pessoa e cada sociedade produzir e apropriar-se de saberes, técnicas e conhecimentos para participar na gestão de seus processos de produção, decidir sobre suas condições de existência e definir sua qualidade de vida. Isto permitirá romper a dependência e iniquidade fundadas na distribuição desigual do conhecimento, e promover um processo no qual os cidadãos, os povos e as comunidades possam intervir a partir de seus saberes e capacidades próprias no processo de decisão e gestão do desenvolvimento sustentável.”

As estratégias educacionais para o desenvolvimento sustentável sugerem a necessidade de reavaliar e atualizar os programas de educação ambiental, ao tempo que se renovam seus conteúdos com base nos avanços do saber e da democracia ambiental, assim como menciona Enrique Leff.<sup>89</sup>

Conforme, demonstrado surge a necessidade de ir além dos textos normativos, sendo a educação ambiental o primeiro instrumento hábil, na questão na consciência no que se refere aos problemas ambientais, mais especificamente na questão referente às águas, considerado uma fonte essencial de vida no planeta.

#### **IV. A SENSIBILIZAÇÃO AMBIENTAL**

Este tema é mais do que saber o que se passa ao seu redor, é acima de tudo um processo histórico e neste sentido coloca o Professor Paulo Freire:

“O homem não pode participar ativamente na história, na sociedade, na transformação da realidade se não for ajudando a tomar consciência da realidade e da sua própria capacidade de transformar. [...] Ninguém luta contra forças que não entende, cuja a importância não meça, cujas as formas e contorno não discrimina; [...] isto é também assim [...] A realidade não pode ser modificada se não quando o homem descobre que ele é modificável e que ele o pode fazer”<sup>90</sup>

Não é especificamente o indivíduo conhecer uma realidade tal como ela é, mas é um processo baseado na relação consciência-mundo; entretanto, explora-se a esse princípio ao se ter, de um lado, a consciência e, de outro, o mundo. A conscientização consiste no

---

<sup>89</sup> LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Traduzido por Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 246-7.

<sup>90</sup> FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 1985.p.48.

desenvolvimento crítico da tomada de consciência, sendo um processo, e como tal, ele é lento, exigindo muita paciência e trabalho, frente a sociedade.

Assim, com esta visão, extrai-se que a conscientização é o processo de racionalidade estritamente técnico, mas sem dúvidas se esquece seu significado político dentro de uma sociedade como um todo. Pelo pouco que se entende de conscientização, conclui-se que o homem é apenas um executor de normas e não um ser político participativo, conhecedor de seus deveres e obrigações na estrutura social como um todo.

A consciência envolve duas fases de fundamental importância, quais sejam: a imagem e a atividade. A primeira fase é o perceber, é ver, é formar um corpo sobre qualquer objeto criado. Já a segunda fase é a práxis, é a atuação do homem frente aos atropelos do cotidiano. É nesta fase que se concretiza a consciência social.

Assim, processo de conscientização é o espelho do homem diante da realidade colocada pela vida social. Deste modo, como parte complementar da consciência social, surge a questão da conscientização ambiental.

Trata-se de uma compreensão de mundo voltada as questões ambientais para lidar com os problemas do colapso dos recursos naturais e uma forma de verificar uma saída. No caso em tela, especificamente esta postura deve-se adotar no que se refere ao tocante das águas. O posicionamento de José Renato Nalini<sup>91</sup>, que demonstra quais os elementos principais de uma cultura da sustentabilidade, ao dizer que:

“a disseminação dessa cultura da sustentabilidade residiria em alguns elementos constitutivos, quais sejam: uma sólida consciência social em relação ao direito a um ambiente saudável e produtivo; o reconhecimento universal quanto ao valor da diversidade biológica, da heterogeneidade cultural e do pluralismo político; o respeito a uma ética inter e intrageracional; a ênfase especial às prioridades voltadas para as necessidades básicas, a elevação da qualidade de vida e a inclusão social; o reconhecimento da eficácia de práticas de descentralização econômica e gestão participativa; a incorporação de uma dialética que não apenas opõe, mas aproxima o particular do universal, o local do global”.

Se atingir-se um nível razoável de conscientização ambiental, pode-se então “produzir” o que muitos chamam de ética ambiental – a ética voltada ao meio

---

<sup>91</sup> NALINI, José Renato. Ética ambiental. 2, ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 146



ambiente.<sup>92</sup>Portanto, utilizando as palavras de Leonardo Boff<sup>93</sup>, que o cuidado essencial é a ética de um planeta sustentável.

Assim, é possível mencionar que é um caminho a ser seguido pelos indivíduos, para compreender os problemas ambientais e apenas após esse entendimento dos problemas do meio ambiente que a sociedade vai ser capaz de operar de uma forma hábil.

## CONCLUSÃO

A sociedade de risco é caracterizada pela produção industrial de riqueza e conseqüentemente pela produção social do risco. O avanço técnico e científico tão enaltecido por muitos, somente apresenta suas conseqüências negativas em longo prazo e infelizmente não são percebidos pela realidade atual.

Na modernidade o desenvolvimento não ocorre de forma simultânea com os recursos naturais, ou seja, o crescimento frenético da sociedade não acompanha o processo de regeneração ou substituição dos recursos naturais.

Em que pese à questão da água na sociedade de risco, percebe-se que sua utilização não pode mais ocorrer de forma irracional, uma vez que já foi constatado a finitude deste recurso natural.

Sendo, o Brasil país com a maior reserva de água doce potável do mundo, deve ser o mediador na discussão sobre os rumos tomados pelo planeta com relação ao meio ambiente, agindo de forma a concretizar os ideais da sustentabilidade no país e difundir essa cultura perante o mundo inteiro.

Contudo, embora se tenha uma legislação avançada para proteger a água, não é suficiente. Assim, conforme evidenciado ao longo do texto a educação e a conscientização ambiental exercem papel fundamental, pois é necessário compreender que a água deve ser protegida, não porque a lei estabelece, mas sim pela importância para subsistência humana.

Entretanto, para ser efetiva a Educação Ambiental, faz-se necessário, portanto, um preparo de consciência, racional e amplo, com o sentido final da conservação do meio ambiente. Existem métodos, programas, estratégias, mecanismos de execução e de coordenação que

---

<sup>92</sup> “O desafio é sensibilizar as consciências, fazer com que todos sejam alertados sobre as conseqüências de seus atos, pois somente sujeitos conscientes das conseqüências dos seus atos é que fazem a diferença na sociedade e no ambiente.”(NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 2, ed. Campinas: Millenium, 2003, p. )

<sup>93</sup> BOFF, Leonardo. *Ética da Vida*. Rio de Janeiro. Sextante, 2005, 78.

podem e devem ser disseminados, através da Educação Ambiental em todos os locais e comunidade.

Esse problema de ordem ambiental tem desafiado o poder público e até mesmo a sociedade na procura de soluções para utilização dos recursos naturais, de modo a não gerar tantos riscos a coletividade.

A poluição das águas, assim como muitos outros problemas de degradação ambiental, implicam em riscos para própria humanidade e ao ambiente em todas as suas formas de vida, nos fazendo pensar sobre o modelo de sociedade que vivemos.

Especificamente, quanto à conservação dos recursos hídricos, pode-se buscar o saber mais sobre o tema, descobrir o que é feito na comunidade e comunicar aos outros, informar-se sobre programas de proteção às águas potáveis, informar-se sobre o sistema de tratamento e saneamento, acompanhar testes de potabilidade, frente aos padrões atuais de qualidade, contar pessoas físicas e jurídicas interessadas no tema, propagar individual ou coletivamente os danos aparentes, fazer valer direitos inerentes ao ser humano, no tocante à aplicabilidade das leis concernentes, motivar a criação de grupos ambientalistas, exigir posicionamento efetivo dos políticos e governos, e em sua própria residência ser o exemplo do uso coerente e produtivo da água.

Desta maneira, o trabalho planejado, em conjunto, com a participação de diversos setores da sociedade ou da comunidade internacional fará com que mais depressa se chegue ao almejado desenvolvimento sustentável do meio e conseqüentemente, dos recursos hídricos.

Certamente, não se sabe o que esperar nós próximos vinte e cinco anos em termos de meio ambiente nacional e mundial. Os anseios não são muito promissores. A devastação é contínua, a poluição se espalha, os peixes e outros animais aquáticos pedem ar e o homem pede e precisa de água potável.

Portanto, cabe a todo o homem, como ser racional, indiferentemente de raça, etnia, religião ou posição sócio-econômico-cultural, ocupar seu espaço na comunidade a qual pertence, exigindo direitos, realizando deveres, com esteio nas legislações, para que os recursos hídricos não se esgotem pois, se isto vier a acontecer, provavelmente teremos no futuro uma luta diferenciada, uma luta pela sobrevivência, uma luta pela vida pela água potável.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.
- BOFF, Leonardo. Ética da Vida. Rio de Janeiro. Sextante, 2005.
- BORSOI, Zilda Maria Ferrão; TORRES, Solange Domingo Alencar. A política dos recursos hídricos no Brasil. Revista do BNDS, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, dez./1997.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 1985.
- GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. Modernização Reflexiva. São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. A Tutela dos Estados sobre as Águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. 2. ed. Curitiba:Juruá, 2003.
- LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Traduzido por Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEONARDI, Maria Lúcia Azevedo. A educação ambiental como um dos instrumentos de superação da insustentabilidade da sociedade atual. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas. São Paulo: Cortez, 1997.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. Guadalajara: Universidad Iberoamericana de Guadalajara, 1992.
- NALINI, José Renato. Ética ambiental. 2, ed. Campinas: Millenium, 2003
- NOGUEIRA, César. O planeta tem sede. Veja, São Paulo, 17.11.99.
- POMPEU, Cid Tomanik. Controle da Poluição Hídrica no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 130,2007.
- PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.
- REBOUÇAS, Aldo da C.Panorama das Água Doce no Brasil. In: Panoramas da degradação do ar, da água doce e da terra no Brasil.São Paulo:IEA/USP, 1997.
- SILVA, José Alfonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

*A interpretação construtiva e a resolução de conflitos na tutela jurídica da energia eólica*

*Interpretación constructiva y resolución de conflictos en la protección jurídica de la energía eólica*

*Constructive interpretation and conflict resolution in the legal protection of wind energy*

**Francisco Leonardo Silva Neto<sup>94</sup>**

**Resumo:** O presente trabalho visa contribuir com o debate sobre a problemática da aplicabilidade da interpretação construtiva na resolução de conflitos frutos da tutela jurídica da energia eólica, considerando a interdisciplinaridade de seu arcabouço normativo e os aspectos sócio jurídicos de sua expansão brasileira. De tal forma, objetiva-se, de maneira geral, apresentar o diálogo, na tomada de decisão, entre princípios constitucionais, desenvolvimento sustentável e proteção ambiental, na resolução de conflitos na implantação de parques eólicos no Brasil, considerando a existência de direitos fundamentais a serem respeitados na relação energia, meio ambiente e comunidade. A pesquisa utiliza o método dogmático, técnica de pesquisa de análise comparada dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, com abordagem qualitativa, convergindo para a conclusão da presença da interpretação do direito como prática social, refletindo em decisões judiciais que envolvam a aplicação de princípios na resolução de conflitos oriundos da implantação da energia eólica no Brasil, à luz da hermenêutica constitucional.

**Palavras-chave:** Energia eólica; Desenvolvimento sustentável; Hermenêutica constitucional; Direitos Fundamentais.

**Abstract:** This paper aims to contribute to the debate on the issue of the applicability of constructive interpretation in resolving conflicts arising from the legal protection of wind energy, considering the interdisciplinarity of its regulatory framework and the socio-legal

---

<sup>94</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UNIFOR/Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/BSB. Professor de Direito no Centro Universitário Maurício de Nassau – Parnaíba/PI. Sócio fundador da Francisco Leonardo e Consuelo Vasconcelos Sociedade de Advogados. Atua na área de Direito Administrativo, assessoria a entes públicos nos temas vinculados às licitações e contratos públicos. Realizou curso na École de Management da Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne sobre ESG, Inovação e Transformação Tecnológicas.

aspects of its expansion in Brazil. Thus, the general objective is to present the dialogue, in decision-making, between constitutional principles, sustainable development and environmental protection, in resolving conflicts in the implementation of wind farms in Brazil, considering the existence of fundamental rights to be respected in the relationship between energy, the environment and the community. The research uses the dogmatic method, a research technique of comparative analysis of doctrinal and jurisprudential foundations, with a qualitative approach, converging to the conclusion of the presence of the interpretation of law as a social practice, reflected in judicial decisions that involve the application of principles in resolving conflicts arising from the implementation of wind energy in Brazil, in the light of constitutional hermeneutics.

**Keywords:** Wind energy; Sustainable development; Constitutional hermeneutics; Fundamental rights.

**Abstract:** This work aims to contribute to the debate on the issue of the applicability of constructive interpretation in resolving conflicts resulting from the legal protection of wind energy, considering the interdisciplinarity of its normative framework and the socio-legal aspects of its Brazilian expansion. In this way, the objective, in general, is to present dialogue, in decision-making, between constitutional principles, sustainable development and environmental protection, in resolving conflicts in the implementation of wind farms in Brazil, considering the existence of fundamental rights to be respected in the relationship between energy, environment and community. The research uses the dogmatic method, a comparative analysis research technique of doctrinal and jurisprudential foundations, with a qualitative approach, converging to the conclusion of the presence of the interpretation of law as a social practice, reflecting on judicial decisions that involve the application of principles in the resolution of conflicts arising from the implementation of wind energy in Brazil, in light of constitutional hermeneutics.

**Keywords:** Wind Energy; Sustainable development; Constitutional hermeneutics; Fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O percurso do trabalho desenvolverá a temática da resolução de conflitos que envolvam o desenvolvimento da energia eólica no Brasil, através da interpretação construtiva, considerando sua interdisciplinaridade, no que tange ao seu arcabouço normativo e aos aspectos sociojurídicos de sua expansão, oportunizando o debate, à luz de *hard cases*, trazendo o diálogo, na tomada de decisão, entre princípios constitucionais, desenvolvimento sustentável e proteção ambiental, considerando a existência de direitos fundamentais a serem respeitados na relação energia, desenvolvimento e comunidade.

O cenário da inovação tecnológica da energia eólica, como novo paradigma ambiental na crise climática, apresenta a dicotomia da implantação de parques eólicos em meio à vida cotidiana de comunidades que acabam sendo retiradas de suas terras, ocupadas livremente há décadas, além de terem desrespeitados vários mínimos existenciais, como o direito à vida digna, à moradia, à propriedade; à liberdade etc.<sup>95</sup>

Nesse contexto, como desafio à implantação da energia eólica, surge o aspecto do desenvolvimento sustentável como elemento de efetividade da ODS nº 7 e 11, quanto ao desafio da implantação da energia eólica como mecanismo de efetivação da energia limpa e acessível em cidades sustentáveis, observando tutelas protecionistas do meio ambiente como direito fundamental<sup>96</sup>.

Dessa forma, diante da resolução de conflitos presentes na seara da implantação da energia eólica, o Poder Judiciário acaba por enfrentar situações que remetem a soluções que vão além da simples aplicação da lei infraconstitucional, oportunizando, por exemplo, o debate de não imposição da tecnologia, via possibilidade de uma participação conjunta de atores sociais na implantação da energia renovável, em que suas vozes possam trazer a realidade local diante da mudança tecnológica proposta, agregando ao conflito a aplicação de princípios constitucionais.

Assim, considerando a temática a ser pesquisada, os sujeitos envolvidos e os objetivos, a pesquisa apresenta o método procedimental dogmático, no qual a análise consubstanciará a aproximação dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais à realidade fática, via interpretação construtiva, através de pesquisa exploratória com levantamento bibliográfico e documental.

De tal maneira que, no presente artigo, emerge o questionamento quanto à atuação da interpretação construtiva na resolução de conflitos insurgidos da relação energia eólica, desenvolvimento e comunidade, através da análise de decisões em casos ditos *hard cases*, no intuito de apresentar o diálogo de princípios constitucionais, desenvolvimento sustentável e proteção ambiental nas tomadas de decisões do Poder Judiciário.

---

<sup>95</sup> REIS, Emmanuel Rocha; COSTA, Sebastião. A necessária diversificação da matriz energética no Piauí: uma reflexão sociojurídica e econômica à luz da regulação alemã da energia renovável. Revista Videre, Dourados, MS, v. 11, n. 22, jul./dez. 2019 - ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/143628>. Acesso em: 25 mai. 2024.

<sup>96</sup> WEDY, Gabriel. Litígios climáticos. Salvador: JusPodium, 2019.

Converge-se, portanto, para a conclusão da presença da interpretação do direito como prática social, refletindo em decisões judiciais que envolvam a aplicação de princípios na resolução de conflitos oriundos da implantação da energia eólica no Brasil.

## **I. ENERGIA EÓLICA E A MATRIZ ENERGÉTICA**

Segundo Reis e Costa (2019), a matriz energética brasileira, a partir de estudos da Empresa de Pesquisa Energética (EPE)<sup>97</sup>, representa um conjunto de fontes de energias, renováveis ou não, disponíveis para suprir a demanda energética múltipla, indo desde a movimentação de veículos automotores até o abastecimento da vida cotidiana, como fornecimento de gás de cozinha, a própria geração elétrica etc.

Internamente, a quantificação da geração energética do Brasil é prevista anualmente através do Balanço Energético Nacional (BEN)<sup>98</sup>, que apresenta a matriz energética brasileira de características preponderantemente renovável, com destaque, nos últimos anos, para a energia eólica e a crescente da fotovoltaica, tendo a eólica alcançado o crescimento de 12,5% em 2021, conforme dados disponíveis no BEN2023<sup>99</sup>.

Na mesma perspectiva, o Brasil supera a matriz energética global quanto à sua composição renovável, no que se refere à não intensa emissão de gases de efeito estufa (GEE) e da presença de renováveis, em contraponto com a produção de energia global, que usa 82% de combustíveis fósseis<sup>100</sup>.

Nesse cenário, o Brasil se apresenta como um país que possui um planejamento energético que contempla um protagonismo da energia eólica como elemento de

---

<sup>97</sup> Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 28 mai. 2024.

<sup>98</sup> O relatório consolidado do Balanço Energético Nacional – BEN documenta e divulga, anualmente, extensa pesquisa e a contabilidade relativas à oferta e ao consumo de energia no Brasil, contemplando as atividades de extração de recursos energéticos primários, sua conversão em formas secundárias, a importação e exportação, a distribuição e o uso final da energia. Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2018>. Acesso em: 28 mai. 2024.

<sup>99</sup> O BEN, como é conhecido o Balanço Energético Nacional, é elaborado e publicado anualmente pela EPE e constitui fonte oficial de dados e informações sobre a matriz energética brasileira. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>. Acesso em: 1 jun. 2024.

<sup>100</sup> CRUZ, Paulo Márcio; DANELI, Jardel A. Casanova; ALMEIDA E SOUZA, Marcos Vinicius. Perspectiva transnacional da sustentabilidade e a nova matriz energética global. Revista Pensar, Fortaleza, v. 28, p. 1- 14, jan./mar. 2023.

desenvolvimento sustentável, tendo como item propulsor o Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)<sup>101</sup>.

Essa perspectiva consolidou a participação da energia eólica na matriz energética brasileira, construindo aspectos socioeconômicos que revelam políticas públicas que assentam indicadores para o desenvolvimento sustentável e equilíbrio ecológico, via harmonização da preservação e a utilização dos bens naturais como capital de produção de riquezas, mitigando danos em vista das futuras gerações<sup>102</sup>.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, incisos III, IV, e nos arts. 170 e 225, possibilita a consolidação da energia renovável como instrumento do desenvolvimento econômico sustentável, pois a implantação de parques eólicos representa uma das metas para a descarbonização mundial<sup>103</sup>.

Portanto, a energia renovável, em especial, a eólica, faz parte da conjuntura legislativa específica de proteção ambiental, na perspectiva das diretrizes dos painéis das COPs 27/28, quanto à aceleração da transição energética, conectadas com os aspectos constitucionais protetivos da pessoa humana e do meio ambiente<sup>104</sup>.

Assim, considerando os fundamentos constitucionais e as diretrizes internacionais, é essencial entender a tutela jurídica da energia eólica no Brasil, que se insere no contexto da proteção integral ao meio ambiente.

## II. TUTELA JURÍDICA DA ENERGIA EÓLICA NO BRASIL

O meio ambiente tem sua tutela jurídica fundamentada na sua proteção integral, e que, no Brasil, encontra previsão no art. 225 da Constituição Federal de 1988, baseando na manutenção do meio ambiente equilibrado, cujo termo meio ambiente passa a contemplar uma

---

<sup>101</sup> Para Amarante *et al.* (2001), energia eólica é conceituada como aquela produzida pelo movimento do ar, ou seja, pelos ventos, sendo esse o mais viável recurso renovável complementar ao sistema elétrico existente, possuindo papel relevante na matriz energética mundial.

<sup>102</sup> ROCHA, Fabíola de Araújo; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A neointustrialização verde na cadeia produtiva do hidrogênio de baixo carbono no Estado do Ceará. Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana, Curitiba, v. 22, n. 5, p. 1-28. 2024.

<sup>103</sup> WEDY, Gabriel. Litígios climáticos. Salvador: JusPodium, 2019.

<sup>104</sup> REIS, Emmanuel Rocha; COSTA, Sebastião. A necessária diversificação da matriz energética no Piauí: uma reflexão sociojurídica e econômica à luz da regulação alemã da energia renovável. Revista Videre, Dourados, MS, v. 11, n. 22, jul./dez. 2019 - ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/143628>. Acesso em: 12 jun. 2024.



classificação ao meio ambiente natural; meio ambiente cultural; meio ambiente artificial (espaço urbano) e o meio ambiente laboral.

Firma-se, assim, que a proteção ao meio ambiente no Brasil é constitucionalizada, atribuindo-se *status* de direito fundamental de terceira geração, consagrando a proteção ambiental via Estado Constitucional Ecológico, com o reconhecimento da sua dupla função de direito e dever, em relação à atuação do indivíduo e da coletividade<sup>105</sup>.

Na regulação das energias renováveis no Brasil não há um tratamento uníssono, embora o país já possua uma matriz energética de características renováveis, com composição é de 84,25% de fontes renováveis<sup>106</sup>, havendo o tratamento estatal e privado da energia, a partir das diretrizes apresentadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pessoa jurídica responsável pela regulamentação do setor, de acordo com a regulamentação do Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996.

Assim, a implementação efetiva dos renováveis tem como início a vigência da Lei nº 10.848 (Brasil, 2004), que criou o sistema de leilões energéticos, instituindo a política da energia renovável no sistema de produção energética, passando, em 2007, a ser consolidada através da livre concorrência na matriz energética<sup>107</sup>.

Ressalta-se que a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica são atributos da Agência Nacional de Energia Elétrica (doravante Aneel), conforme Lei nº 9.427 (Brasil, 1996), com o regime de concessões da cadeia energética atualizado a partir da Lei nº 12.783 (Brasil, 2013), contendo aspectos legais para a redução de encargos setoriais, além de elencar itens de modicidade da tarifa energética<sup>108</sup>, a partir do paradigma constitucional do monopólio do uso de recursos energéticos pela União<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>106</sup> De acordo com os dados da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), dos 200 GW alcançados, 84,25% são de fontes renováveis, e 15,75% de fontes não renováveis (1% Nuclear). Atualmente, as três maiores fontes renováveis que compõem a matriz de energia elétrica brasileira são hídricas (55%), Eólica (14,8%) e Biomassa (8,4%); e das fontes não renováveis, as maiores são Gás Natural (9%), Petróleo (4%) e Carvão Mineral (1,75%). Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/matriz-eletrica-brasileira-alcanca-200-gw>. Acesso em: 10 jun. 2024.

<sup>107</sup> DUTRA, Ricardo Marques. Propostas de políticas específicas para energia eólica no Brasil após a primeira fase do Proinfra. Tese (Doutorado em Ciências e Planejamento Energético) – Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa em Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

<sup>108</sup> STEINDORFER, Fabricio. Energias renováveis: meio ambiente e regulação. Curitiba: Juruá, 2018, p. 44.

<sup>109</sup> O art. 22 da Constituição Federal de 1988 disciplina como competência privativa da União legislar sobre energia. Mas, curiosamente, o termo energia renovável só é encontrado em um único momento no texto constitucional, que é no art. 176, §4º, CF/88, no constructo do monopólio da União e disposição de concessionárias, como espécie de exceção, ao frisar que para o aproveitar de capacidades reduzidas não há necessidade de

Percebe-se, então, que no Brasil, em atenção ao art. 3º, incisos II e III da Constituição Federal de 1988, a energia eólica, embora enfrente a repulsa inicial da comunidade que a recebe, é considerada a grande fronteira econômica capaz de contribuir para o desenvolvimento nacional e o combate à desigualdade regional, considerando que seu desenvolvimento se apresentar em maior número na região nordeste<sup>110</sup>, tradicionalmente longe dos grandes centros econômicos do país.

De tal maneira, caberá realizar a análise específica de conflitos e suas resoluções, na seara eólica, com base em breves casos jurisprudenciais e a aplicabilidade de uma hermenêutica integradora.

### **III. CONFLITOS EÓLICOS: Resoluções de demandas via aplicabilidade da hermenêutica constitucional**

Entendendo a dinâmica da energia renovável como fundamentada nos ditames ambientais, diante de conflitos próprios da implantação de renováveis, especialmente parques eólicos, há uma necessária atuação diferenciada do Poder Judiciário, com uma tutela jurisdicional articulada via princípios de proteção ampla ao meio ambiente<sup>111</sup>, pois a solução do problema passa a ser ambiental, comportando, por exemplo, o princípio *in dubio pro natura*, de modo a justificar, contemporaneamente, a possibilidade da inversão do ônus da prova, diante de ações de degradação do meio ambiente e a busca da reparação do dano, nos termos da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>112</sup>.

A esse respeito, como medida comparativa, a realidade europeia pode ser elemento para demonstrar uma aplicabilidade da sistemática principiológica ambiental no regime de tutela de urgência na resolução de conflitos na instalação de renováveis, a partir da percepção do resultado.

---

autorização ou concessão, dispondo que: não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

<sup>110</sup> Conforme dados do Atlas do Potencial Eólico Brasileiro. Disponível em: <http://www.cresesb.cepel.br/index.php?section=publicacoes&task=livro&cid=1>. Acesso em: 10 jun. 2024.

<sup>111</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Ações ambientais reclamam tutela jurisdicional diferenciada, célere e efetiva. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/ambiente-juridico-aco-es-ambientais-reclamam-tutela-jurisdicional-celere-efetiva>. Acesso em: 21 maio 2024.

<sup>112</sup> STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=618>. Acesso em: 21 maio 2024.

A União Europeia, diante de acordos firmados, principalmente nas Conferências Climáticas, apresenta a prevenção e a precaução como fundamentos na construção de um conceito comum de dano ambiental, para que haja uma proteção, também, de vieses ambientais, como desenvolvimento econômico, sustentabilidade etc.

Nesse sentido, através da Diretiva 2004/35, os países membros ingressam em um regime global de prevenção e reparação de danos ambientais, com assentamento no princípio do poluidor-pagador, com o estabelecimento do entendimento comum do conceito de danos ambientais, a partir da publicação da Comunicação 2021/C 118/01, que são orientações da Comissão Europeia, publicadas em relatórios de análise da aplicabilidade da Diretiva pelos Estados-membros<sup>113</sup>.

Assim, a Diretiva 2004/35 coloca o princípio do poluidor-pagador como base que fundamenta um quadro de responsabilidade ambiental consubstanciado nos fins de prevenção na reparabilidade de danos.

Ou seja, com o entendimento comum do que é o dano ambiental, visa, em geral, prevenir ou limitar efeitos adversos para a natureza, a água e o solo, abrangidos pelo conceito uniforme de dano ambiental, e, assim, pontua-se o olhar do resultado, o que é primordial para o debate da tutela de urgência ambiental na dinâmica processual brasileira.

Na realidade brasileira, observa-se a existência de um microsistema com princípios e regras próprias, resultantes de normas constitucionais (art. 225, § 3º, da Constituição Federal) e infraconstitucionais (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), segundo o qual a aplicabilidade do princípio da prevenção possibilita uma proteção diante de riscos de potenciais efeitos danosos irreversíveis em relação aos interesses tuteláveis em âmbito individual ou coletivo, com um compromisso de oferta de proteção eficaz tanto em extracontratual como contratual.

Essa é a tese confirmada no julgamento dos temas nº 438 e 681 de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmando-se a responsabilidade por dano ambiental objetiva, informada pela teoria do risco integral, em consonância com a peculiaridade de não cabimento de excludentes do nexo causal<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidade ambiental no que diz respeito à prevenção e reparação de danos ambientais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0035&qid=1669779325817>. Acesso em: 21 maio 2024.

<sup>114</sup> STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1354536 SE 2012/0246647-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 29/05/2013. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=681&cod\\_tema\\_final=681](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=681&cod_tema_final=681). Acesso em: 29 maio 2024.

De tudo isso, resulta que a política de proteção ambiental brasileira remete ao compromisso com a oferta de tutela jurisdicional efetiva mediante a prolação de decisões judiciais destinadas à oferta de tutela preventiva, primando pelo bem-estar socioambiental sob o enfoque do princípio da precaução, que trata cada indivíduo como cidadão participante de uma coletividade complexa.

De tal forma, no âmbito do Estado Constitucional Ecológico<sup>115</sup>, a interpretação do Direito Ambiental, em sintonia com os parâmetros da pós-modernidade<sup>116</sup>, leva em conta um modelo de raciocínio jurídico tendente à busca da justiça através do “raciovitalismo”, que é identificado pela lógica existencialista do razoável<sup>117</sup>.

Ou seja, em um cenário de possível equilíbrio ambiental, têm-se a necessária tomada de decisão, no enfrentamento do caso concreto, por meio da análise do necessário cumprimento do dever estatal de proteção integral do meio ambiente, que, por sua vez, personifica-se interdisciplinarmente, com objeto abrangendo a proteção à vida de pessoas, da natureza, do ambiente cultural, patrimonial etc., visando uma perspectiva de menor impacto ambiental tanto para as gerações contemporâneas quanto para as gerações futuras<sup>118</sup>.

Afirma-se, nessa perspectiva, que a pedra basilar do sistema político-jurídico voltado à proteção e à promoção do meio ambiente equilibrado reside na afirmação de um sistema de princípios ambientais constitucionais<sup>119</sup>, destacando-se, dentre eles, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do poluidor-pagador e o princípio da prevenção e precaução. Cada um deles corresponde, em essência, a um conjunto de resultados a serem perseguidos através da oferta de tutela jurisdicional efetiva em matéria ambiental.

Um primeiro estado de coisas a ser alcançado é o relativo ao princípio do desenvolvimento sustentável, fundamentado no art. 225, caput, e no art. 170, VI, da Constituição Federal. Segundo tal princípio, impõe-se compatibilizar harmonicamente o

---

<sup>115</sup> WEDY, Gabriel. **Litígios climáticos**. Salvador: JusPodium, 2019.

<sup>116</sup> Ilustrar o que se entende por pós-modernidade – Lyotard, “A Condição Pós-Moderna”? Eric Jayme?

<sup>117</sup> SOARES, R. M. F. Hermenêutica e interpretação jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>118</sup> CRUZ, Paulo Márcio; DANIELI, Jardel A. Casanova; ALMEIDA E SOUZA, Marcos Vinicius. Perspectiva transnacional da sustentabilidade e a nova matriz energética global. Revista Pensar, Fortaleza, v. 28, p. 1- 14, jan./mar. 2023

<sup>119</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

desenvolvimento econômico-social e preservação da qualidade do meio ambiente, considerando que os recursos ambientais não são inesgotáveis<sup>120</sup>.

Dialoga com essa reflexão, ainda, os princípios da prevenção e da precaução, também dispostos no caput do art. 225 da Constituição Federal, os quais pautam o dever do poder público, bem como de toda a coletividade, de defender e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

A esse respeito, vale sublinhar, em especial, a diferença existente entre as noções de prevenção e de precaução. De um lado, observa-se que o art. 225, §1º, IV da Constituição Federal veicula o dever no sentido de que se busque evitar o surgimento do dano ambiental, levando em conta o quanto já se conhece em relação a uma determinada realidade, mediante o emprego de medidas mitigadoras e preventivas, pautando-se pela exigência de minimização dos impactos ambientais<sup>121</sup>.

Ilustram bem esse cenário a forma como se dá o enfrentamento de muitos dos danos causados após a ocorrência de acidentes ambientais de grande repercussão, como os verificados em Brumadinho e Mariana<sup>122</sup>.

Na dinâmica ora apresentada, da implantação do parque eólico, é perceptível que conflitos são forjados no embate dos atores sociais que compõem o cenário de desenvolvimento da energia eólica, quer seja a pessoa jurídica implantando seu empreendimento, quer seja a comunidade, buscando entender a nova dinâmica social, o que deverá trazer uma visão constitucional na interpretação dos casos que ali se apresentam, como reflete Häberle sobre a realidade constitucional na interpretação<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ecológico: constituição direitos fundamentais e proteção da natureza, 7ª edição rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

<sup>122</sup> GREENPEACE BRASIL. Os impactos do desastre de Mariana (MG) na vegetação local. Disponível em: [https://www.greenpeace.org/brasil/publicacoes/o-impacto-do-desastre-de-mariana-mg-na-vegetacao-local/?utm\\_term=&utm\\_campaign=pareto.de.gsn+-+Sales-Performance+Max+-+DOA%C3%87%C3%83O&utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&hsa\\_acc=3659611372&hsa\\_cam=16555859233&hsa\\_grp=&hsa\\_ad=&hsa\\_src=x&hsa\\_tgt=&hsa\\_kw=&hsa\\_mt=&hsa\\_net=adwords&hsa\\_ver=3&gclid=Cj0KCQiA-JacBhC0ARIsAIxybyOIZ6lpeJDpaB34hw5TqbAAAn\\_orSEKRC4w22OsdHbg1b4rKjktjAEwaAqcIEALw\\_wcB](https://www.greenpeace.org/brasil/publicacoes/o-impacto-do-desastre-de-mariana-mg-na-vegetacao-local/?utm_term=&utm_campaign=pareto.de.gsn+-+Sales-Performance+Max+-+DOA%C3%87%C3%83O&utm_source=google&utm_medium=cpc&hsa_acc=3659611372&hsa_cam=16555859233&hsa_grp=&hsa_ad=&hsa_src=x&hsa_tgt=&hsa_kw=&hsa_mt=&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gclid=Cj0KCQiA-JacBhC0ARIsAIxybyOIZ6lpeJDpaB34hw5TqbAAAn_orSEKRC4w22OsdHbg1b4rKjktjAEwaAqcIEALw_wcB). Acesso em: 28 maio 2024.

<sup>123</sup> Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pense na exigência de incorporação das ciências sociais, e, também, nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional (HÄBERLE, 2014, Tradução Gilmar Ferreira Mendes - Sergio Antonio Fabris).

Assim, embora a energia eólica se demonstre menos impactante ao meio ambiente e às condições sociais daqueles que a recebem, a sua implantação remete a modificação do cotidiano daqueles que convivem direta e indiretamente com a nova tecnologia de produção de energia, passando a atividade econômica a ser regida pelo princípio constitucional que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI) (Reis; Costa, 2019)<sup>124</sup>.

Dessa forma, o Poder Judiciário passa a dispor de julgados que convergem à aplicação de princípios constitucionais na resolução de conflitos específicos ao momento de instalação, gerenciamento e desenvolvimento de parques eólicos. A referida atuação remete à aplicação da teoria de Dworkin (2003) sobre como interpretar o Direito, passando a entender o direito como prática social<sup>125</sup>.

Para Dworkin (2005), o intérprete é conduzido através de “ajustes”, ao estabelecer uma tomada de decisão que se adeque a traços fundamentais do objeto analisado, o alocando entre os padrões analíticos do contexto passível de interpretação<sup>126</sup>.

O que se percebe, na conexão entre os direitos expostos por cada grupo que o reivindica no espaço de implantação da energia eólica, quer seja a comunidade, na sua perspectiva de manutenção de tradições locais; a empresa, que investe grande quantidade de divisas; o próprio Estado, ao deferir ou não licenças ambientais para o parque eólico, é a oportunidade de uma resolução que oportunize a verdade dentro de condições humanas, superando o paradigma positivista da neutralidade (Dworkin, 2003)<sup>127</sup>.

De tal maneira, diante de uma interpretação construtiva, um dos primeiros julgados remete ao entendimento sobre o que seria o meio ambiente objeto de proteção nas reivindicações das comunidades que recebem a energia. Assim, a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 3.540-MC / DF, aplica o conceito amplo e

---

<sup>124</sup> REIS, Emmanuel Rocha; COSTA, Sebastião. A necessária diversificação da matriz energética no Piauí: uma reflexão sociojurídica e econômica à luz da regulação alemã da energia renovável. Revista Videre, Dourados, MS, v. 11, n. 22, jul./dez. 2019 - ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/143628>. Acesso em: ????

<sup>125</sup> Para além do dilema positivista e realista entre descobrir ou inventar uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva de que o direito constitui a melhor justificação do conjunto de práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis.

<sup>126</sup> Uma interpretação não pode tornar uma obra de arte superior se trata grande parte do texto como irrelevante, ou boa parte do tropo ou estilo como desarticulado e respondendo apenas a padrões autônomos das belas-letas. Portanto, não decorre da hipótese estética que, como um romance filosófico é esteticamente mais valioso que uma história de mistério, um romance de Agatha Christie seja na verdade um tratado sobre o significado da morte. Essa interpretação falha não apenas porque um livro de Agatha Christie, considerado como um tratado sobre a morte, seja um tratado pobre, menos valioso que um bom texto de mistério, mas porque a interpretação faz do romance um desastre.

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003

abrangente ao termo meio ambiente, contemplando-o como meio ambiente natural; meio ambiente cultural; meio ambiente artificial (espaço urbano) e o meio ambiente laboral<sup>128</sup>.

A decisão remete a um caso controverso que apresenta características da integridade como mecanismo da hermenêutica constitucional, caso concreto esse que apresenta uma decisão através da descoberta, dita por Dworkin (2005), como aplicar o melhor direito para o caso em concreto, diante do poder discricionário do juiz que emite decisão envolta por princípios, entendida como direitos individuais das partes que compõem o conflito.

Desta feita, a energia eólica é apresentada, em um primeiro plano, através da geração de empregos e renda em regiões carentes, o que demonstra um papel relevante das externalidades positivas decorrentes da geração eólica (Melo, 2013)<sup>129</sup>.

Entretanto, conflitos se apresentam, como por exemplo, diante da implantação dos componentes da indústria eólica, como torres e pás, que destoam do ambiente natural que fora objeto de convívio de comunidade por gerações, o que reflete em impacto direto nas garantias existenciais daqueles que vivenciam diretamente o recebimento da referida tecnologia (Cabral, 2015)<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> E M E N T A: MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.540-1 DISTRITO FEDERAL. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO. Julgamento em 01 setembro de 2005. Publicação. DJ 03-02-2006.

<sup>129</sup> MELO, Elbia. Fonte eólica de energia, aspectos de inserção, tecnologia e competitividade. Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 77, p. 126, jan./abr. 2013. ISSN 0103-4014.

<sup>130</sup> CABRAL, Anne. Regime Jurídico da energia eólica no Brasil: uma discussão sobre autonomia tecnológica e revisão no sistema de leilões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 225-254, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/archive>. Acesso em: 29 maio 2024.

Nesse sentido, podemos perceber o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), diante de embargo a obra do parque eólico, frente à proteção de garantias fundamentais, oportunizando uma interpretação constitucional com aplicação de princípios constitucionais de proteção ambiental<sup>131</sup>.

A decisão apresentou balizamento constitucional ao aplicar o Código Florestal, diante de ausência de legislação específica para o manuseio da energia renovável, considerando que o Brasil não possui compilação condensada de leis, mas codificações voltadas à matéria da matriz energética, restando diretrizes legais que refletem a manutenção de Direitos Fundamentais (Steindorfer, 2010)<sup>132</sup>.

Dessa forma, a presença da energia eólica no Brasil implica também na existência de deveres de proteção e respeito na esfera das relações entre indivíduos, empreendimentos e meio ambiente, considerando a sistemática de liberação de implantação de eólicas, posto que a ordem comunitária se encontra diretamente vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionando, assim, a manutenção de garantias fundamentais (Sarlet, 2010)<sup>133</sup>.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou um hard case, afastando o Estatuto da Terra, posto ser o instrumento que beneficia o pequeno produtor rural em seu mote de arrendamento da terra.

Percebe-se, assim, a harmonização de princípios para aplicabilidade, ao caso concreto, daquele que melhor se direcione à resolução do conflito sem, contudo, desprezar a realidade da necessidade do desenvolvimento do campo tecnológico que envolve a implantação de um parque eólico<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA PROSSEGUIR COM AS OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DOS PARQUES EÓLICOS NO MUNICÍPIO DE ARACATI/CE. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535, II DO CPC/73. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 20.-B E F, 30. E 40. DO CÓDIGO FLORESTAL; 10. DA LEI 6.938/91; 70, § 10. DA LEI 9.605/98. ÔNUS DA PROVA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL MANIFESTOU-SE PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR AS CONCLUSÕES DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AGRG NO ARESP 226534 CE 2012/0185429-6

<sup>132</sup> STEINDORFER, Fabricio. Energias renováveis: meio ambiente e regulação. Curitiba: Juruá, 2018, p. 44.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>134</sup> “RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL. DIREITO AGRÁRIO. LOCAÇÃO DE PASTAGEM. CARACTERIZAÇÃO COMO ARRENDAMENTO RURAL. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIROS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA TERRA EM FAVOR DE EMPRESA RURAL DE GRANDE PORTE. DESCABIMENTO. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 38 DO DECRETO 59.566/66. HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL. SOBRELEVO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL NO MICROSSISTEMA NORMATIVO DO ESTATUTO DA TERRA.



## CONCLUSÕES

Diante do contexto abordado, percebe-se que a energia eólica desponta como potência no manejo sociojurídico de áreas de restrita atividade econômica, porém, encontra novos desafios na dinâmica da implantação da tecnologia e os anseios sociais de comunidades.

Assim, a resolução de conflitos entre tecnologia voltada à expansão da energia eólica e interesses da comunidade é pontuada pelo Poder Judiciário, via aplicação de princípios constitucionais que levam em conta a realidade apresentada pelo caso concreto, sob pena de prejudicar a eficácia de Direitos Fundamentais atrelados aos atores sociais envolvidos no procedimento.

De tal forma que se considera de suma importância ao procedimento de implantação da energia eólica a identificação de medidas que fortaleçam o respeito e a manutenção de garantias mínimas existenciais, à luz da aplicação de uma interpretação construtiva.

Com isso, a resolução dos conflitos, ditos difíceis, provoca, a priori, a preservação de direitos mínimos que envolvem o Direito à vida digna; Direito ao acesso à informação; Direito à moradia digna; Direito à propriedade; Direito à liberdade; Direito à preservação da cultura local, entre outros elementos fundamentais à dignidade da pessoa humana,

Portanto, percebe-se que a mudança da matriz energética do Brasil remete ao fortalecimento de uma interpretação construtiva, através do viés dos aspectos jurídicos inclusivos, que passam pela reflexão do direito como prática social, oportunizando à iniciativa privada fomentar o acesso confiável e moderno da energia renovável, e, ao Estado, viabilizar a

---

APLICABILIDADE DAS NORMAS PROTETIVAS EXCLUSIVAMENTE AO HOMEM DO CAMPO. INAPLICABILIDADE A GRANDES EMPRESAS RURAIS. INEXISTÊNCIA DE PACTO DE PREFERÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA INEXISTENTE. 1. Controvérsia acerca do exercício do direito de preferência por arrendatário que é empresa rural de grande porte. 2. Interpretação do direito de preferência em sintonia com os princípios que estruturam o microsistema normativo do Estatuto da Terra, especialmente os princípios da função social da propriedade e da justiça social. 4. Proeminência do princípio da justiça social no microsistema normativo do Estatuto da Terra. 5. *Plena eficácia do enunciado normativo do art. 38 do Decreto 59.566/66, que restringiu a aplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra exclusivamente a quem explore a terra pessoal e diretamente, como típico homem do campo.* 6. *Inaplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra à grande empresa rural.* 7. Previsão expressa no contrato de que o locatário/arrendatário desocuparia o imóvel no prazo de 30 dias em caso de alienação. 8. *Prevalência do princípio da autonomia privada, concretizada em seu consectário lógico consistente na força obrigatória dos contratos ("pacta sunt servanda").* 9. Improcedência do pedido de preferência, na espécie. 10. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. (REsp [1447082/TO](#), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 13/05/2016).

implantação de políticas públicas que efetivem as proposições dispostas ao desenvolvimento sustentável no manuseio da energia eólica.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMARANTE, Odilon A. Camargo; BROWER, Michael; ZACK, John; SÁ, Antônio Leite. Atlas do Potencial Eólico Brasileiro. Brasília, 2001. p. 8-9

ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Atlas de Energia Elétrica no Brasil: Energia Eólica. 3. ed. Brasília, 2008. 236 p. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/atlas3ed.pdf>. Acesso em: 29 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9427cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm). Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438.htm). Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF, 2004. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm). Acesso em: 6 jun, 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nº s 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF, 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm). Acesso em: 6 jun. 2024.

CABRAL, Anne. Regime Jurídico da energia eólica no Brasil: uma discussão sobre autonomia tecnológica e revisão no sistema de leilões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 225-254, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/archive>. Acesso em: 29 maio 2024.

CRUZ, Paulo Márcio; DANELI, Jardel A. Casanova; ALMEIDA E SOUZA, Marcos Vinicius. Perspectiva transnacional da sustentabilidade e a nova matriz energética global. Revista Pensar, Fortaleza, v. 28, p. 1- 14, jan./mar. 2023.

DUTRA, Ricardo Marques. Propostas de políticas específicas para energia eólica no Brasil após a primeira fase do Proinfa. Tese (Doutorado em Ciências e Planejamento Energético) – Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa em Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 224

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Balanço Energético Nacional 2023. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>. Acesso em: 1º jun. 2024.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

FIORILLO, Celso Antônio. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GREENPEACE BRASIL. Os impactos do desastre de Mariana (MG) na vegetação local.

Disponível em: [https://www.greenpeace.org/brasil/publicacoes/o-impacto-do-desastre-de-mariana-mg-na-vegetacao-local/?utm\\_term=&utm\\_campaign=pareto.de.gsn+-+Sales-Performance+Max+-+DOA%C3%87%C3%83O&utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&hsa\\_acc=3659611372&hsa\\_cam=16555859233&hsa\\_grp=&hsa\\_ad=&hsa\\_src=x&hsa\\_tgt=&hsa\\_kw=&hsa\\_mt=&hsa\\_net=adwords&hsa\\_ver=3&gclid=Cj0KCQiA-](https://www.greenpeace.org/brasil/publicacoes/o-impacto-do-desastre-de-mariana-mg-na-vegetacao-local/?utm_term=&utm_campaign=pareto.de.gsn+-+Sales-Performance+Max+-+DOA%C3%87%C3%83O&utm_source=google&utm_medium=cpc&hsa_acc=3659611372&hsa_cam=16555859233&hsa_grp=&hsa_ad=&hsa_src=x&hsa_tgt=&hsa_kw=&hsa_mt=&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gclid=Cj0KCQiA-JacBhC0ARIsAIxybyOlZ6lpeJDpaB34hw5TqbAAn_orSEKRC4w22OsdHbg1b4rKjktjAEwaAqcIEALw_wcB)

Performance+Max+-

+DOA%C3%87%C3%83O&utm\_source=google&utm\_medium=cpc&hsa\_acc=3659611372

&hsa\_cam=16555859233&hsa\_grp=&hsa\_ad=&hsa\_src=x&hsa\_tgt=&hsa\_kw=&hsa\_mt=&

hsa\_net=adwords&hsa\_ver=3&gclid=Cj0KCQiA-

JacBhC0ARIsAIxybyOlZ6lpeJDpaB34hw5TqbAAn\_orSEKRC4w22OsdHbg1b4rKjktjAEwaAqcIEALw\_wcB. Acesso em: 28 maio 2024.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.

Tradução de Gilmar Ferreira Mendes (Sergio Antonio Fabris). In. DPU 60, nov./dez. 2014.

Disponível

em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em:

29 maio 2024.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, Tecnologia e Inovação. In: MENDES, Gilmar

Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (Org.). Série Direito Inovação

e Tecnologia. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, 2015, v. 1, Locais do Kindle 266.

MELO, Elbia. Fonte eólica de energia, aspectos de inserção, tecnologia e competitividade.

Estudos Avançados, São Paulo, v. 27, n. 77, p. 126, jan./abr. 2013. ISSN 0103-4014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Ações ambientais reclamam tutela jurisdicional

diferenciada, célere e efetiva. Conjur, 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-](https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/ambiente-juridico-acoes-ambientais-reclamam-tutela-jurisdicional-celere-efetiva)

fev-02/ambiente-juridico-acoes-ambientais-reclamam-tutela-jurisdicional-celere-efetiva

Acesso 21 de maio 2024.

MOLINARO, Carlos; SARLET, Ingo. Apontamentos sobre Direito Ciência e Tecnologia na

perspectiva de políticas públicas sobre regulação em Direito e Tecnologia. In: MENDES,

Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (Org.). Série Direito

Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 85-122.

NORTH, D. C. Understanding the process of economic change. Princeton: Princeton

University Press, 2005.

NORTH, D. C. Institutions, institutinal change and economic performance. New York: Cambrisge University Press, 2007.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – n. 7 – Energia Acessível e Limpa: Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos. Agenda 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/7/>. Acesso em: 29 maio 2024.

PEREIRA NETO, Aloísio. A energia eólica no direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2014.

REIS, Emmanuel Rocha; COSTA, Sebastião. A necessária diversificação da matriz energética no Piauí: uma reflexão sociojurídica e econômica à luz da regulação alemã da energia renovável. Revista Videre, Dourados, MS, v. 11, n. 22, jul./dez. 2019 - ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/143628>. Acesso em: 28 mai. 2024

ROCHA, Fabíola de Araújo; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A neointustrialização verde na cadeia produtiva do hidrogênio de baixo carbono no Estado do Ceará. Revista Observatorio de la Economia Latinoamericana, Curitiba, v. 22, n. 5, p. 1-28. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ecológico: constituição direitos fundamentais e proteção da natureza, 7ª edição rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Direito - Filosofia 2. Hermenêutica (Direito) I. Título. 18-1501

STEINDORFER, Fabricio. Energias renováveis: meio ambiente e regulação. Curitiba: Juruá, 2018.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3540. Julgada em 2005. Requerente: Procurador – Geral da República. Ministro Relator Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311268>. Acesso em: 21 maio 2024.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 226534 CE 2012/0185429-6. 19 de março de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190401-06.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidade ambiental no que diz respeito à prevenção e reparação de danos ambientais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0035&qid=1669779325817>. Acesso em 21 maio 2024.

VEIGA, José Eli. Energia eólica. São Paulo: SENAC, 2012.

WEDY, Gabriel. Litígios climáticos. Salvador: JusPodium, 2019

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: novo paradigma de legitimação. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=646](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=646). Acesso em: 3 jun. 2024.

***Diversificação da matriz energética e a regulamentação contemporânea na transição energética: Especificidades constitucionais no perfil legislativo brasileiro***

*Diversificación de la matriz energética y regulación contemporánea en la transición energética: Especificidades constitucionales en el perfil legislativo brasileño*

*Diversification of the energy matrix and contemporary regulation in the energy transition: Constitutional specificities in the brazilian legislative profile*

**Emmanuel Rocha Reis**<sup>135</sup>

**Resumo:** O presente trabalho visa contribuir com o debate sobre temática da diversificação da matriz energética e as questões contemporâneas de sua regulação na transição energética no Brasil, a partir de especificidades constitucionais necessárias ao arcabouço jurídico brasileiro, em especial o princípio da sustentabilidade e o dever de proteção climática. Nesse sentido, abordar-se-á o perfil contemporâneo da regulamentação da diversificação da matriz energética e as fontes de energia renováveis no Brasil. Por tais fatos, emerge no presente trabalho o questionamento (problema) sobre qual o papel da Constituição Federal de 1988 no cenário de regulamentação da energia renovável, diante da necessária aceleração da transição energética? O percurso da pesquisa se desenvolve por meio do objetivo geral em analisar a composição e os aspectos regulatórios da matriz energética brasileira, com foco na transição para fontes renováveis e no desenvolvimento de um modelo sustentável. Para tanto, os objetivos específicos são: (1) examinar as características e a distribuição das fontes de energia renováveis no Brasil, e (2) discutir os marcos regulatórios e as diretrizes constitucionais brasileiras, a partir do dever de proteção climática, que promovem o uso sustentável de energias renováveis. Assim, a pesquisa tem natureza qualitativa, utilizando o método científico hipotético-dedutivo,

---

<sup>135</sup> Doutorando em Direito - PPGDPUCRS, Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUCRS) e Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito e Inteligência Artificial (PCURS), ambos CNPq. Professor do Curso de Direito da UESPI e UNINASSAU – Parnaíba/PI. Advogado. [Currículo](#) Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0173325731450357>. E-mail: reisrocha2@gmail.com

considerando a realidade monopolista da regulamentação de renováveis no Brasil, descrevendo, por meio de levantamento bibliográfico e documental, a relevância do dever de proteção climática e do princípio da sustentabilidade como elementos estruturais da transição energética, destacando o papel constitucional para uma transição justa, diante do cumprimento das normas e compromissos ambientais firmados em painéis internacionais. Busca-se, portanto, demonstrar que a Constituição Federal de 1988, diante da perspectiva do dever de proteção climática e do princípio da sustentabilidade, deve ser elemento vinculativo às legislações que regulamentarem a dinâmica da diversificação da matriz energética no Brasil, para consolidar uma transição energética justa.

**Palavras-chave:** diversificação da matriz energética; Transição energética; Regulação; Princípio da sustentabilidade; Dever de proteção climática.

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo contribuir al debate sobre el tema de la diversificación de la matriz energética y las cuestiones contemporáneas de su regulación en la transición energética en Brasil, a partir de especificidades constitucionales necesarias para el marco jurídico brasileño, en particular el principio de sostenibilidad. y el deber de protección del clima. En este sentido, se abordará el perfil contemporáneo de la regulación de la diversificación de la matriz energética y de las fuentes de energía renovables en Brasil. Debido a estos hechos, surge en este trabajo la pregunta (problema) sobre ¿cuál es el papel de la Constitución Federal de 1988 en el escenario de la regulación de las energías renovables, dada la necesaria aceleración de la transición energética? El camino de investigación se desarrolla a través del objetivo general de analizar la composición y aspectos regulatorios de la matriz energética brasileña, con foco en la transición hacia fuentes renovables y el desarrollo de un modelo sustentable. Para ello, los objetivos específicos son: (1) examinar las características y distribución de las fuentes de energía renovables en Brasil, y (2) discutir los marcos regulatorios y directrices constitucionales brasileños, basados en el deber de protección del clima, que promueven el desarrollo sostenible. uso de energías renovables. Así, la investigación es de carácter cualitativo, utilizando el método científico hipotético-deductivo, considerando la realidad monopólica de la regulación de las energías renovables en Brasil, describiendo, a través de investigaciones bibliográficas y documentales, la relevancia del deber de protección del clima y del principio de sostenibilidad como elementos estructurales. elementos de la transición energética, destacando el papel constitucional para una transición justa, de cara al cumplimiento de las normas ambientales y los compromisos firmados en paneles internacionales. El objetivo, por tanto, es demostrar que la Constitución Federal de 1988, desde la perspectiva del deber de protección del clima y del principio de sostenibilidad, debe ser un elemento vinculante en la legislación que regule la dinámica de diversificación de la matriz energética en Brasil. para consolidar una transición energética justa.

**Palabras clave:** diversificación de la matriz energética; Transición energética; Regulación; Principio de sostenibilidad; Deber de protección del clima.

**Abstract:** This paper aims to contribute to the debate on the theme of energy matrix diversification and contemporary issues of its regulation in the energy transition in Brazil, based



on constitutional specificities necessary for the Brazilian legal framework, especially the principle of sustainability and the duty of climate protection. In this sense, the contemporary profile of the regulation of energy matrix diversification and renewable energy sources in Brazil is addressed. Due to these facts, the question (problem) emerges in this paper as to what is the role of the Federal Constitution of 1988 in the scenario of renewable energy regulation, given the necessary acceleration of the energy transition? The research path is developed through the general objective of analyzing the composition and regulatory aspects of the Brazilian energy matrix, focusing on the transition to renewable sources and the development of a sustainable model. To this end, the specific objectives are: (1) to examine the characteristics and distribution of renewable energy sources in Brazil, and (2) to discuss the regulatory frameworks and Brazilian constitutional guidelines, based on the duty of climate protection, that promote the sustainable use of renewable energy. Thus, the research is qualitative in nature, using the hypothetical-deductive scientific method, considering the monopolistic reality of the regulation of renewables in Brazil, describing, through a bibliographic and documentary survey, the relevance of the duty of climate protection and the principle of sustainability as structural elements of the energy transition, highlighting the constitutional role for a fair transition, in view of compliance with environmental standards and commitments signed in international panels. Therefore, it seeks to demonstrate that the Federal Constitution of 1988, in view of the perspective of the duty of climate protection and the principle of sustainability, must be a binding element in the legislation that regulates the dynamics of the diversification of the energy matrix in Brazil, in order to consolidate a fair energy transition.

**Keywords:** Diversification of the energy matrix; Energy transition; Regulation; Principle of sustainability; Duty of climate protection.

## INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta a temática da diversificação da matriz energética e as questões contemporâneas de sua regulação na transição energética no Brasil, a partir de especificidades constitucionais necessárias ao arcabouço jurídico brasileiro, em especial o princípio da sustentabilidade e o dever de proteção climática.

Contemporaneamente o mundo passar por um estado de urgência climática, em que protocolos advindos das COPs 27 e 28 pontuam sobre a aceleração da transição energética como instrumento eficaz para o combate ao aquecimento global, pautado na eliminação de emissão de gases de efeito estufa, provenientes, entre outros pontos, do uso de energia não renováveis.

Nesse sentido, aborda-se o perfil contemporâneo da regulamentação da diversificação da matriz energética e as fontes de energia renováveis no Brasil. Por tais fatos, emerge no presente trabalho o questionamento (problema) sobre qual o papel da Constituição Federal de

1988 no cenário de regulamentação da energia renovável, diante da necessária aceleração da transição energética?

O percurso da pesquisa se desenvolve por meio do objetivo geral de analisar a composição e os aspectos regulatórios da matriz energética brasileira, com foco na transição para fontes renováveis e no desenvolvimento de um modelo sustentável. Para tanto, os objetivos específicos são: (1) examinar as características e a distribuição das fontes de energia renováveis no Brasil, e (2) discutir os marcos regulatórios e as diretrizes constitucionais brasileiras, a partir do dever de proteção climática, que promovem o uso sustentável de energias renováveis.

Assim, a pesquisa tem natureza qualitativa, utilizando o método científico hipotético-dedutivo, considerando a realidade monopolista da regulamentação de renováveis no Brasil, descrevendo, por meio de levantamento bibliográfico e documental, a relevância do dever de proteção climática e do princípio da sustentabilidade como elementos estruturais da transição energética, destacando o papel constitucional para uma transição justa, diante do cumprimento das normas e compromissos ambientais firmados em painéis internacionais.

Dessa forma, o presente trabalho é dividido em 3 tópicos principais, iniciando com a descrição da matriz energética e das fontes de energia, apresentando a construção da cadeia energética nacional, a partir da crescente de renováveis no nicho de oferta energética. Em um segundo momento, apresenta-se o delineamento regulatório da energia renovável, sob a perspectiva da tutela ambiental e climática da Constituição de 1988, em especial na aplicabilidade do art. 170 e 225, e, em sequência, descreve-se especificidades constitucionais da energia renovável no perfil legislativo brasileiro, como as percepções do marco da energia renovável (Lei n. a Lei n. 14.300/2022) e o Projeto de Lei n. 5174 de 2023, que cria o Programa de Aceleração da Transição Energética (Paten), demonstrando a conexão da proteção climática e do princípio da sustentabilidade (Freitas, 2019) na dinâmica da diversificação da matriz energética.

## **I. MATRIZ ENERGÉTICA E FONTES DE ENERGIA**

Desde os primórdios a humanidade modifica a sua forma de interrelação com o planeta, principalmente quanto à busca de fontes para suprir as necessidades de suas dinâmicas, de convivência global, situações que permitem a construção de novas tecnologias, tendo como força motriz a energia, que ora advém de fontes não renováveis, ora é fruto de fontes renováveis.

A sociedade contemporânea vivencia a ruptura de limites da simbiose humano-planetária, a partir de transformações de seus aspectos sociais, econômicos, políticos, culturais e tecnológicos, reiterando a latente problemática da escassez de fontes naturais para seus aparatos tecnológicos.

A engrenagem mundial, em análise superficial, é movida via utilização de fontes não renováveis, as quais apresentam problemáticas que vão desde a sua obtenção como matéria-prima, ao posterior manejo, ocasionando aumento de gases poluentes na atmosfera, fatos que obrigaram o mundo a rever sua matriz de produção energética, em especial, a partir das tratativas internacional na Conferência de Estocolmo (1972).

A matriz energética representa a imagem real da distribuição do aproveitamento dos recursos energéticos de um Estado, vinculada ao balanço energético, aplicável através de estudos setoriais, que apresentam a modificação da demanda e oferta de energia em determinada região ou no mundo (Udaeta *et al.*, 2015).

Para a construção da matriz energética de um país ou do mundo, toma-se como base fatores de produção, indústria, residências, agronegócio e serviços, que representam o lado da demanda e o da oferta, em que seu estudo representa parcela importante para o planejamento do desenvolvimento da distribuição e comercialização da energia (Iooty; Bomtempo *et al* 2016).

## **1.1 COMPOSIÇÃO DA MATRIZ ENERGÉTICA E FONTES RENOVÁVEIS**

A matriz energética é composta por diferentes fontes de energia, sendo essas identificadas como fontes naturais renováveis ou não, a partir da possibilidade de sua reutilização (Perreira Neto, 2014).

A relevância da matriz é percebida na dinâmica do consumo de energia para movimentação de todos os ambientes sociais, cuja modificação possibilita a ênfase na energia renovável como forma de reformular a relação humana com o consumo energético e o meio ambiente, considerando, assim, o uso consciente de fontes energéticas primárias de caráter renováveis (Lima, 2017).

A Agência Internacional de Energia (IEA), através da divulgação do balanço energético mundial, “*World Energy Balances 2023*”<sup>136</sup>, pontua que houve o aumento em 50% da capacidade renovável na matriz energética global, estabelecendo um novo recorde, com destaque para a China, que impulsionou via mercado de energia fotovoltaica, enfatizando os aumentos históricos na capacidade renovável na Europa, nos Estados Unidos e no Brasil.

Essa constatação de diversificação na matriz energética mundial também está presente na matriz energética brasileira. O Balanço Energético Nacional (BEN 2024), com base na oferta interna de energia, que teve um crescimento, no ano de 2023, de 3,5%, representando 49,1% de renováveis na matriz, apresentando a participação de renováveis na matriz energética brasileira como uma crescente, uma vez que no ano de 2022 representava 47,4%, em 2021, 14,7%<sup>137</sup>.

Nesse ponto, o Brasil é detentor de um quadro positivo quanto à alternativa energética, refletindo influxos renováveis na matriz elétrica, com a participação na oferta interna em 12,1% de hidráulica, 2,6% em eólica, 1,7% em energia solar, com a biomassa da cana com participação de 16,9%<sup>138</sup>.

Portanto, diante das informações sobre o cenário geral e atual da matriz energética, com a verificação dos recursos energéticos que a compõem, buscaremos tratar do enfoque da cadeia energética formadora da produção energética, em consonância com a política de diversificação da matriz energética e organização legislativa.

## I. II FORMAÇÃO DA CADEIA ENERGÉTICA

---

<sup>136</sup> O *World Energy Balances* é elaborado pela *International Energy Agency* (IEA), a qual fornece balanços de energia abrangentes para todos os maiores países produtores e consumidores de energia. Ele contém dados detalhados sobre o fornecimento e consumo de energia para mais de 180 países e regiões, incluindo todos os países da OCDE, e mais de 100 outros principais países produtores e consumidores de energia, bem como totais mundiais e vários agregados regionais. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/renewables-2023>. Acesso em: 28 out. 2024.

<sup>137</sup> Dados apresentados pela Empresa de Pesquisa Energética e Agência Internacional de Energia no Balanço Energético Nacional 2020, que tem como base o ano de 2023, quanto à oferta interna de energia (OIE). Disponível em: [https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-479/topico-521/Relato%CC%81rio%20Si%CC%81ntese%20BEN%202020-ab%202019\\_Final.pdf](https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-479/topico-521/Relato%CC%81rio%20Si%CC%81ntese%20BEN%202020-ab%202019_Final.pdf). Acesso em: 3 out. 2024.

<sup>138</sup> A participação de renováveis na matriz elétrica brasileira (inclui todo o “Sistema Interligado Nacional (SIN)”, os “Sistemas Isolados” e a “Autoprodução não-injetada na rede”) atingiu 89,2% de renovabilidade em 2023. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-819/tópico715/BEN\\_S%C3%ADntese\\_2024\\_PT.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcglclefindmkaj/https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-819/tópico715/BEN_S%C3%ADntese_2024_PT.pdf). Acesso em: 30 out. 2024.

A formação da cadeia energética de um país determina o recurso natural a ser trabalhado para conversão em energia, conectando elementos que, em conjunto, representam as atividades de produção e transporte da energia produzida aos pontos de efetivação de consumo, construindo, assim, uma cadeia energética em uma determinada região (Reis, 2011).

Desta forma, a cadeia energética, em conformidade com o Balanço Energético Nacional (BEN), é composta por energia primária e secundária, transformação e consumo final. De acordo com as etapas expressas no Balanço Energético Nacional, energia primária seria “os produtos energéticos providos pela natureza na sua forma direta, como petróleo, gás natural, carvão mineral, resíduos vegetais e animais, energia solar, eólica, etc.” (Reis, 2011, p. 3).

Quanto à energia secundária, é proveniente de produtos energéticos resultantes dos diferentes centros de transformação, que têm como destino os diversos setores de consumo e, eventualmente, outro centro de transformação, como por exemplo, óleo diesel, óleo combustível, gasolina, querosene, gás, entre outras fontes secundárias do petróleo (gás de refinaria, coque etc.), além do alcatrão obtido na transformação do carvão metalúrgico em coque (Reis, 2011).

Dessa maneira, para o Balanço Energético Nacional, o item da transformação é o setor que agrupa todos os centros de interesse do fluxo energético, pois se identifica a energia que entra (primária e/ou secundária), transformando-a em uma ou mais formas de energia secundária, com suas correspondentes perdas na transformação (Reis, 2011).

Nesse sentido, entre a manifestação primária e a secundária da energia, apresentam-se perdas diante da distribuição e armazenamento, implicando em extravios na atividade de produção e transporte, como por exemplo, nas redes de transmissão de eletricidade e redes de distribuição elétrica.

Portanto, a cadeia energética apresenta componentes que geram diferentes impactos nos setores socioeconômicos de um país, principalmente quanto aos itens de oferta energética e consumo. Nesse aspecto, a partir do Balanço Energético Nacional de 2024, ao analisar a geração elétrica, 1GWh em 2023, é possível identificar que essa combinação de fatores aumenta a renovabilidade da matriz elétrica, pois “ao longo dos últimos 20 anos, a participação das fontes renováveis na matriz elétrica se manteve acima de 70%, patamar considerado elevado em relação aos valores mundiais” (BEN2024).

Assim, o Brasil, nas questões de interrelação da energia, meio ambiente e desenvolvimento, possui aspectos positivos no cumprimento de metas climáticas, pois o setor elétrico passou a emitir, “em média, apenas 55,1 kg CO<sub>2</sub>-eq para produzir 1 MWh, um índice muito baixo quando se estabelece comparações com países europeus da OCDE, Estados Unidos (EUA) e China” (RELATÓRIO SÍNTESE – BEN2024).

## **II. DELINEAMENTO REGULATÓRIO DA ENERGIA RENOVÁVEL COMO BEM JURÍDICO TUTELADO CONSTITUCIONALMENTE**

Diante do contexto apresentado, em que o aumento de oferta de energias renováveis na cadeia energética demonstra um avanço em termos de emissões de GEE, há um quesito importante a ser observado, que se trata dos demais impactos ocasionados pela implantação de parques renováveis.

Os impactos se relacionam à implantação de eólicas, parques solar, nova indústria do hidrogênio verde, situações próprias do contato das instalações com a comunidade e o meio ambiente, como no exemplo das torres eólicas, compostas por enormes “naceles” e pás, que acabam por destoar do ambiente natural que fora objeto de convívio de comunidade por gerações, ocasionando imediato impacto às garantias existenciais daqueles que vivenciam diretamente o recebimento da referida tecnologia (Cabral, 2015).

Nesse contexto, é visível que as diretrizes constitucionais socioambientais, traduzidas pelo respeito a garantias mínimas, que devem delinear o tratamento regulatório do uso das energias renováveis na diversificação da matriz energética, manifestando uma proteção constitucional plural do bem jurídico tutelado, a energia (Fiorillo, 2018).

Nesse cenário, a energia renovável passa pela análise de modificações institucionais, no que tange à integração da sociedade com a tecnologia, possibilitando uma participação efetiva de seus atores, diante da nova realidade jurídica, por vez enfrentando imposições de padrões capitalistas, mas permitindo o desenvolvimento sociojurídico da região que recebe um empreendimento eólico (Souza, 2017).

Diante dessa constatação, a transição energética deve ser construída de forma a oportunizar o desenvolvimento local, a inserção de tecnologias de eficiência energética e uso equilibrado de fontes renováveis na planta energética, características que tornam as energias

renováveis instrumentos contemporâneos para o alcance eficaz das metas mundiais de combate às mudanças climáticas e inserção da agenda social, ambiental e de governança (ESG).

Assim, a transição energética necessita de um planejamento pautado na perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais de proteção socioambiental e climática estatal, com a busca de instrumentalidades para a redução de gases de efeito estufa (GEE) no combate ao aquecimento global (Sarlet; Wedy; Fensterseifer, 2023, p. 156).

Nessa realidade, a partir da proposta de aceleração do perfil energético renovável global, os investimentos no ramo da energia renovável buscam dar eficácia às proposições da Agenda 2030<sup>139</sup>, em especial o 7º Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS), considerando que a Organização das Nações Unidas (ONU) pontua sobre a energia acessível e limpa, visando assegurar o acesso confiável, sustentável e moderno da energia, mediante, por exemplo, o preço justo para todos e ampla participação na construção do planejamento energético (Diz, 2019, p. 85).

## **II.1 ESPECIFICIDADES CONSTITUCIONAIS DA ENERGIA RENOVÁVEL NO PERFIL LEGISLATIVO BRASILEIRO**

Em consonância com a aplicabilidade de princípios no Direito da Energia como consolidador do tratamento das relações jurídicas energéticas pelo viés ambiental, econômico, político e social, o Brasil apresenta microssistema principiológico e objetivos que fundamentam a política energética, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e leis extravagantes, como por exemplo, a Lei Federal nº 9.478 (BRASIL, 1997, conhecida como Lei do Petróleo, e a Lei Federal nº 12.817 (BRASIL, 2009), a qual estabelece diretrizes da política nacional de mudança do clima e estímulo a práticas de atividades e tecnologias de baixas emissões de GEE e padrões sustentáveis de produção e consumo (Goldemberg, 2005).

Em especial, no Brasil, a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica são atributo da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), conforme Lei nº 9.427/1996, com o regime de concessões da cadeia energética atualizado a partir da Lei nº 12.783/2013, contendo aspectos legais para a redução de encargos setoriais, além de elencar itens de modicidade da tarifa energética (Steindorfer, 2018).

---

<sup>139</sup> A Agenda trouxe como núcleo 17 objetivos, os quais são dispostos de maneira integrativa e indivisível, mesclando harmoniosamente três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Nesse contexto, percebe-se que o Direito da Energia, no Brasil, não perfaz um arcabouço unificado de leis que possam gerir a temática energética em um único texto, o que leva a matéria a ser tratada constitucionalmente em dois momentos: um destinado a fontes de energias (bens jurídicos – art. 20, CF/88) e outro destinado a disciplinar as atividades energéticas, como competências, conforme art. 21 e art. 22, ambos da Constituição Federal (Costa; Reis, 2019).

Conforme a dinâmica da matriz energética brasileira, percebe-se que o tratamento da energia renovável remete ao Estado um planejamento que busque apresentar um desenvolvimento em conjunto com a iniciativa privada e a implantação de políticas públicas de incentivo<sup>140</sup>, o qual impulsionou, a partir do ano de 2013, o desenvolvimento do mercado de energia renovável no Brasil (Pereira *et al*, 2017).

Nesse aspecto, comparando a dinâmica nacional com a aplicação de renováveis na Europa, Steindorfer (2018) apresenta o paradigma da energia eólica desenvolvido na Alemanha, que passou a ser um destaque diante das fontes de energia:

A Alemanha é pioneira na exploração da energia dos ventos, ocupando o segundo lugar no ranking mundial de geração, ficando atrás apenas da China, (...) o desenvolvimento tecnológico alemão possibilitou o crescimento exponencial da energia eólica em sua matriz de geração. (Steindorfer, 2018, p. 46).

Nessa esteira, Amarante *et al*. (2001), ao desenvolver o Atlas do Potencial Eólico Brasileiro, demonstra que a estratégia de ampliar a participação da energia eólica na matriz energética do país faz-se de maneira adequada quanto aos aspectos socioeconômicos que permeiam sua implantação e utilização. Conforme revela ainda o autor:

Os números que indicam a crescente utilização de energia eólica, em várias partes do mundo, comprovam a maturidade da tecnologia que envolve e dos aspectos socioeconômicos que lhes são pertinentes. Consideradas a sua configuração geográfica, as suas condições climáticas e a necessidade e oportunidade de ampliar e revigorar a nossa matriz energética, para o Brasil mostra-se absolutamente adequado e estratégico conduzir esforços para acompanhar essa tendência e implementar efetivamente a tecnologia da geração de energia eólica. (Amarante, 2001, p. 15).

Percebe-se assim, que há muito tempo há um potencial a ser desenvolvido na produção de energia elétrica a partir de curvas de potência de turbinas eólicas existentes no mercado,

---

<sup>140</sup> Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002), item a ser tratado em capítulo posterior do presente trabalho.



identificando a região nordeste do Brasil como a área de destaque para a produção de energia eólica, com destaque para a faixa litorânea dos estados do Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí e Maranhão, bem como faixas interioranas, estimando um potencial disponível da ordem de 143 GW, e destacando 75,0 GW para o nordeste (Costa; Reis 2019).

Nesse sentido, a energia renovável, diante da cadeia energética, apresenta-se também pelo viés econômico, no que tange à transformação da energia produzida, devendo ser apreciada via disciplina constitucional (Fiorillo, 2005), passando a ser regida pelo princípio constitucional que privilegia a “defesa do meio ambiente.” (CF, art. 170, VI).

Esse entendimento advém da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, aplicando o conceito amplo e abrangente ao termo meio ambiente, contemplando assim o meio ambiente natural, o meio ambiente cultural, o meio ambiente artificial (espaço urbano) e o meio ambiente laboral,

Nesse contexto, o novo perfil brasileiro, de modificação de matriz energética, ampliando a participação de renováveis, é proveniente do crescimento de novos parâmetros de regulamentação para geração e uso de energia, conforme se percebe na Constituição Federal de 1988, que dedica duas normativas ao tema energia renovável alternativa à fonte hídrica, possibilitando a implantação de um planejamento energético nacional<sup>141</sup>.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 destaca o manuseio da energia através de uma política energética com destaque para a proteção ambiental ampla, via desenvolvimento sustentável (art. 170, VI da CF/88), refletindo no uso de recursos naturais renováveis, em conexão com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e proteção climática, em atenção ao art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Em breve observação, o dever de proteção climática trata-se de um desdobramento da eficácia do direito fundamental ao clima, diante do fortalecimento de decisões do ordenamento jurídico que impõe o dever de cuidar do clima como elemento fundamental à própria garantia dos Direitos Humanos, consolidando a formação de uma Justiça Climática no Brasil, através de ações (ação civil pública, controle de constitucionalidade etc.) que permitem o Poder Judiciário avançar nas pautas não tocadas no Poder Legislativo, inibindo a inércia do Estado no enfrentamento de lides como queimadas, desmatamentos etc. (Costa; Villas Bôas, 2024).

Assim, a partir da percepção do dever de proteção como pilar da eficácia do direito fundamental a um sistema climático, consolida-se o constitucionalismo climático, que se baseia

---

<sup>141</sup> Presente parâmetro regulatório trata-se da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

nas práticas positivas do Estado quanto ao cumprimento das determinações constitucionais de proteção ao meio ambiente, no que se refere a sua manutenção equilibrada, com fundamentação multinível (Sarlet; Fensterseifer; Wedy, 2023).

Oportuniza-se, portanto, a inserção de bases internacionais na efetividade do dever de proteção, em especial tratados internacionais e diretrizes da ONU, como os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), em conjunto com o arcabouço jurídico nacional, como se percebe no plano clima e demais iniciativas legislativas.

Em outro ponto, a regulamentação da energia renovável tem como elemento obrigatório o princípio da sustentabilidade no manuseio energético, em consonância com as tutelas protecionistas do meio ambiente natural<sup>142</sup> e da dignidade da pessoa humana, as quais oportunizam a construção de aspectos sociojurídicos na implantação de mecanismos que utilizam a energia primária (Fensterseifer, 2008).

Nesse perfil, o ciclo de segurança regulatória, que se apresenta em construção em todo o mundo, tem, no Brasil, a vinculação da proteção constitucional socioambiental e climática como elemento real, considerando as normativas da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e nas novas legislações esparsas em todo o sistema brasileiro.

A tutela jurídica das energias renováveis é efetivada no Brasil através de várias legislações dispersas, as quais cuidam da temática a partir das diretrizes apresentadas pela ANEEL, pessoa jurídica responsável pela regulamentação do setor, de acordo com a regulamentação do Decreto n 2.003, de 10 de setembro de 1996, trazendo, por exemplo, o perfil de políticas públicas do Poder Executivo, no tratamento da energia eólica, solar etc.

Assim, contemporaneamente temos a Lei n. 10.438 de 26 de abril de 2002, denominada de Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, revisado pela Lei n. 10.762/2003, e prorrogado pela Lei nº 11.943/2009, tornando-o adequado a ser aplicado a todas as espécies de energia alternativas.

A partir de todas a evolução das legislações de incentivo, o Brasil passou a desenvolver projetos de evolução da implantação de renováveis, com o destaque para o Decreto Nº 10.946/22, que traz informações pertinentes à cessão de uso de espaços e aproveitamento de recursos *offshore*, sendo classificado pelo governo com a temática de Direito Administrativo, o Decreto acrescenta pouco do ponto de vista a garantir o direito de dimensão socioambiental.

---

<sup>142</sup> Noções de meio ambiente admitidas pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 3540. Ministro Relator Celso de Mello. Julgada em 1º de setembro de 2005. DJ 03-02-2006.

Em ponto considerado como marco regulatório dos renováveis, a Lei n. 14.300/2022 apresenta o marco legal da micro e minigerações distribuídas, a partir da regulação de alguns componentes da geração distribuída de energia, apresentando sistema tarifário e conceituando o novo modelo de compensação energética, além de pontuar sobre o elemento de transição, período que irá até 31 de dezembro de 2045, atingindo, assim, o mercado de energia solar.

O marco legal dá continuidade às legislações vigentes desde 2012 (Sistema de compensação de energia elétrica (Resolução Normativa 482/2012), apresentando modalidades de geração, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS).

A dinâmica do marco legal pontua que, em linhas gerais, considerando os 12 meses que se passaram desde a publicação do Marco Legal (janeiro de 2022 a janeiro de 2023), os projetos instalados ou que tivessem solicitação de acesso garantiriam as regras de compensação válidas até 2045.

Assim, o sistema, ao longo do mês, registra todo o consumo e toda a geração da geração própria, que passa a ser tido como uma espécie de conta corrente, ao final, o consumidor paga a diferença entre tudo o que consumiu e tudo o que gerou, em que, havendo saldo, gera-se um crédito, que poderá ser usado por até 5 anos.

Nesse perfil, como há uso da rede (sistema), cobra-se por isso, e, portanto, a partir de janeiro de 2023, já se aplica o cálculo da regra de transição, válida pelos próximos 6 anos, com os sistemas de energia solar sendo tarifados pelo Fio B, custo que faz parte da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), com taxa mínima para o uso da rede, ganhando margem para debates atuais de não manutenção de isenções para o fluxo da energia solar.

Por fim, sem adentrar no marco legal do hidrogênio verde, respeitando a problemática do presente artigo, cabe ressaltar a tramitação do Projeto de Lei n. 5174 de 2023, que cria o Programa de Aceleração da Transição Energética (Paten).

O PL 5174/2023 tem como objetivo criar condições para que empresas, decididas a implementar projetos de desenvolvimento sustentável, tenham acesso a linhas de créditos com taxas de juros mais atrativas, prevendo a criação do fundo verde, com créditos tributários, precatórios e os direitos creditórios, servindo como aval, uma modalidade de garantia.

Com o Paten, projetos de desenvolvimento sustentável poderão ser contemplados, desde que sejam destinados à produção de combustíveis renováveis, como etanol, bioquerosene de aviação, biodiesel, biometano e hidrogênio de baixa emissão de carbono, bem como

contemplará projetos de desenvolvimento de novas tecnologias para a transição energética, tais como a recuperação energética de resíduos sólidos e a captura e o armazenamento de carbono (CCUS), entre outros.

Percebe-se, então, que no Brasil, em atenção ao art. 3º, incisos II e III da Constituição Federal de 1988, tem a energia renovável como grande fronteira socioeconômica, ambiental e climática, capaz de contribuir para o desenvolvimento nacional e combate à emissão de GEE.

## **CONCLUSÃO**

Diante do contexto abordado, a pesquisa demonstra que a dinâmica da diversificação da matriz energética no Brasil ganha robustez, diante dos compromissos assumidos na COP 27 e 28, em especial quanto à aceleração energética.

Nesse contexto, a transição energética apresenta o desafio da regulamentação das energia renováveis, diante da percepção de sua importância na política internacional de mudanças climáticas, em especial no combate às emissões de GEE e da observância da energia como bem tutelado pela principiologia ambiental, ecológica e climática, próprias da Constituição Federal de 1988, em especial os ditames dos artigos 170 e 225, que oportunizam a vinculação das legislações ao dever de proteção climática e ao princípio da sustentabilidade.

De tal maneira, retomando a problemática da pesquisa, pontuando positivamente sobre o papel da Constituição Federal de 1988 no cenário de regulamentação da energia renovável, diante da necessária aceleração da transição energética, via perspectiva do dever de proteção climática estatal, considerando que a matriz energética brasileira evidencia o impacto ambiental e a necessidade de alternativas renováveis, alinhando-se às diretrizes internacionais e constitucionais que visam um desenvolvimento energético sustentável.

Nesse sentido, o trabalho apresentou o delineamento regulatório da energia renovável, sob a perspectiva da tutela ambiental e climática da Constituição de 1988, em especial na aplicabilidade do art. 170 e 225, descrevendo as especificidades constitucionais da energia renovável no perfil legislativo brasileiro, em especial às percepções do marco da energia renovável (Lei n. a Lei n. 14.300/2022) e o Projeto de Lei n. 5174 de 2023, que cria o Programa de Aceleração da Transição Energética (Paten), demonstrando a conexão da proteção climática e do princípio da sustentabilidade na dinâmica da diversificação da matriz energética

Assim, o cenário de transição energética brasileira, diante das emissões poluentes e da escassez de fontes não renováveis, destaca-se na construção de regulamentações que visam o

cumprimento de metas e compromissos assumidos pelo Brasil, que devem seguir parâmetros constitucionais de proteção climática e sustentabilidade para que se assegure, além da eficiência energética, o uso consciente de recursos renováveis e se construa uma transição justa.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMARANTE, O. A.; BROWER, M.; ZACK, J.; SÁ, A.L. Atlas do potencial eólico brasileiro. Brasília: MME; Rio de Janeiro: Eletrobrás, 2001. Disponível em: <http://www.cresesb.cepel.br/publicacoes/download/at>. Acesso em: 19 out. 2024.

ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Atlas de Energia Elétrica no Brasil: Energia Eólica. 3. ed. Brasília, 2008. 236 p. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/atlas3ed.pdf>. Acesso em: 9 out.. 2024

BRASIL. BALANÇO ENERGÉTICO 2024. Disponível em [https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-748/topico-681/BEN\\_S%C3%ADntese\\_2023\\_PT.pdf](https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-748/topico-681/BEN_S%C3%ADntese_2023_PT.pdf) Acesso em 10 out. 2024.

BRASIL. Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima. Plano Nacional Sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/grupo-executivo-sobre-mudanca-do-clima/comit%C3%AA-interministerial-sobre-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas.html>. Acesso em: 11 out. 2024

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

BRASIL. Projeto de Lei n. 11.247/2018. Dispõe sobre a ampliação das atribuições institucionais relacionadas à Política Energética Nacional com o objetivo de promover o desenvolvimento da geração de energia elétrica a partir de fonte eólica localizada nas águas interiores, no mar territorial e na zona econômica exclusiva e da geração de energia elétrica a partir de fonte solar fotovoltaica. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190084&fichaAmigavel=nao>. Acesso em 28 jun. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei n. 182/2024. Institui o Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SBCE) (...). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/161961> Acesso em: 26 jun. 2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3540.

Julgada em 2005. Requerente: Procurador – Geral da República. Ministro Relator Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311268>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438.htm). Acesso em: 28 jun.2024

BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. Institui o marco legal da microrregião e minigeração distribuída (...). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm). Acesso em 26 jun. 2024.

CABRAL, A. Regime Jurídico da energia eólica no Brasil: uma discussão sobre autonomia tecnológica e revisão no sistema de leilões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 225-254, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/archive>. Acesso em: 15 jul. 2019.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e sua incorporação pelo Brasil e pela União Europeia. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; GAIO, Daniel. (Org.). Desenvolvimento sustentável na contemporaneidade. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 84-104.

FENSTERSEIFER, T. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, H. T. Energia eólica: Barreiras a sua participação no setor elétrico brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Energia) - Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/D.86.2008.tde-10082011-163252. Acesso em: 20 jun. 2019.

FIORILLO, C. A. Parâmetros normativos vinculados ao uso da energia solar no país em face do Direito Ambiental brasileiro. Revista Jurídica, v. 2, n. 51. Curitiba, 2018, p. 182-210

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IOOTTY, M.; BOMTEMPO, J. V.; ALMEIDA, E.; BICALHO, R. G.; QUEIROZ, H. (Org.) Economia Da Energia (Locais do Kindle 464-465). Elsevier Brasil. Edição do Kindle, 2016.

LIMA, C. C. Energia Eólica: alternativa sustentável à produção energética e mudanças no paradigma monopolista brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NETO, Aloísio Pereira. A energia eólica no direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2014

PEREIRA NETO, A. P. A energia eólica no direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2014.

PEREIRA, E. B.; MARTINS, F. R.; GONÇALVES, A. R.; COSTA, R. S.; LIMA, F. J. Lopes de; RÜTHER, R.; ABREU, S. L. de; TIEPOLO, G. M.; PEREIRA, S. V.; SOUZA, J. G. de. Atlas brasileiro de energia solar 2. ed. São José dos Campos: INPE, 2017.

REIS, L. B. dos. Matrizes Energéticas: conceitos e uso em gestão de planejamento. *In*: PHILIPPI JÚNIOR, A. (Org.). Série Sustentabilidade. Barueri, São Paulo: Manole, 2011. p. 51-53.

REIS, E. R.; COSTA, S. P. M. da. A necessária diversificação da matriz energética no Piauí: uma reflexão sociojurídica e econômica à luz da regulação alemã da energia renovável. *Revista Videre*, [S.l.], v. 11, n. 22, p. 126-142, dez. 2019. ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/10328>. Acesso em: 25 nov. 2020. doi:<https://doi.org/10.30612/videre.v11i22.10328>.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo W; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Climático. 1ª ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2023

SOUZA, W. P. A. de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 6. ed. São Paulo: Editora LTr, 2017

STEINDORFER, F. Energias renováveis: meio ambiente e regulação. Porto: Juruá, 2018

UDAETA, M. E. M.; BURANI, G. F.; GRIMONI, J. A. B.; NYIMI, D. R. S. Energia. *In*: GRIMONI, J. A. B.; GALVÃO, L. C. R.; UDAETA, M. E. M. (Org.) Iniciação a Conceitos de Sistemas Energéticos para o Desenvolvimento Limpo. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2015, p. 76

***Implementação do Plano de Integridade nas Sociedades Anónimas  
com Participação Estatal Majoritária.***

*Da discricionariedade à auto regulação regulada*

***Implementación del Plan de Integridad en las Sociedades Anónimas  
con Participación Estatal Mayoritaria.***

*De la discrecionalidad a la autorregulación regulada*

***Implementation of the Integrity Plan in Joint Stock Companies with  
Majority State Participation.***

*From discretion to regulated self-regulation*

**Lucía Valentina Toso<sup>143</sup>**

**Resumo:** Entre os próprios caminhos do aluno de tese, um dos maiores obstáculos está em encontrar o rumo de sua pesquisa, a agulha no palheiro infinito que é a ciência de sua especialidade. Na experiência pessoal do autor, essa busca teve um rumo que parecia claro: o fascinante mundo do *compliance* e da integridade corporativa como um novo paradigma do direito empresarial. Porém, nos últimos 3 anos a assinante teve mais fracassos do que sucessos, mais becos sem saída do que atalhos e muitas auroras boreais que não marcaram exatamente o norte de sua pesquisa. É neste caminho que encontramos as empresas estatais, com as suas particularidades e complexidades, mas também com enorme potencial para serem faróis de valor e crescimento nas suas comunidades. Começamos a estudar o efeito da implementação de ferramentas de auto regulação e autocontrole como agentes de transformação deste tipo de entidades. Pudemos constatar como este tipo de ferramentas gera estruturas eficientes, autônomas, ágeis, transparentes e com enorme potencial para finalmente escapar ao seu estigma

---

<sup>143</sup> Abogada, egresada de la Universidad de Mendoza con un posgrado en Derecho de los Negocios Internacionales otorgado por IUSE-ILO, profesora adjunta de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, profesora adjunta de Empresas y Negocios Internacionales y Seminario Mercosur de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Mendoza. Investigadora académica. Doctoranda en proceso de formación en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Ed. 2021-2022. “El Derecho y las Nuevas Tecnologías”. Directora del Diplomado Universitario en *Compliance*, Ética Corporativa y Dirección de Procesos de Integridad de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Mendoza. Autora de artículos doctrinarios, expositora y jurado en tesis de maestría relacionados con su área de competencia.



de oxímoro jurídico para evoluir para novos modelos de gestão. É no estudo deste tipo particular de organizações que encontramos o nosso tema de estudo e o tão desejado norte da nossa incipiente investigação. Abaixo, poderão ler algumas linhas sobre o progresso deste emocionante desafio.

**Palavras-chave:** *Compliance*; Plano de Integridade; Empresas Estatais; Regime penal das pessoas jurídicas; Anônimo com Participação Estatal; Lei Geral das Sociedades.

**Resumen:** Entre los derroteros propios del tesista, uno de los mayores obstáculos reside en encontrar el norte de su investigación, la aguja en el infinito pajar que es la ciencia de su especialidad. En la experiencia personal de la autora, esta búsqueda tenía un norte que parecía claro: el fascinante mundo del *compliance* y la integridad corporativa como un nuevo paradigma del derecho empresario. Sin embargo, a lo largo de los últimos 3 años la suscripta ha tenido más fracasos que aciertos, más callejones sin salida que atajos y muchas auroras boreales que no marcaban exactamente el norte de su investigación. En este camino es que encontramos las empresas de propiedad estatal, con sus particularidades y complejidades, pero también con un enorme potencial de ser faros generadores de valor y de crecimiento dentro de sus comunidades. Comenzamos a estudiar el efecto de la implementación de herramientas de autorregulación y auto control como agentes de transformación de este tipo de entidades. Pudimos ver como este tipo de herramientas genera estructuras eficientes, autónomas, ágiles, transparentes y con un enorme potencial de lograr por fin salir de su estigma de oxímoron jurídico para evolucionar a nuevos modelos de gestión. Es en el estudio de este particular tipo de organizaciones que encontramos nuestro tema de estudio y el tan deseado norte de nuestra incipiente investigación. A continuación, podrán leer unas pocas líneas sobre los avances de este apasionante desafío.

**Palabras clave:** *Compliance*; Plan de Integridad; Empresas del Estado; Régimen penal de las personas jurídicas; Anónima con Participación Estatal; Ley General de Sociedades.

**Abstract:** Within the endless paths that a doctoral researcher must follow, to find the North in the research must be the hardest one. Is a needle in an endless haystack of knowledge related with their own area of expertise. In the author's experience, this research had a North that seemed very clear: the fascinating world of *compliance* and corporate integrity as a new paradigm in Corporate Law. Notwithstanding, during the last 3 years the undersigned must recognize more failures than success, many dead ends and no shortcuts in her path which seemed to be guided by endless aurora borealis and no North at all. During this process is that we discovered the state-owned corporations and its complex and unique reality. We also discovered its enormous potential to be sources of value and grow within the communities where they were incorporated. In this quest we discovered the valuable effect that the implementation of *compliance* tools can bring to these organizations. They become functional and effective structures with the sufficient autonomy, transparency and agility to overcome the stigma of being a legal oxymoron and turn into a new governance model. Is during the study of this particular type of organization that we found our scope of study for our doctoral thesis and we

could finally take our path to the North of our academic research. In these lines you can read a short advance on the findings in this fascinating process.

**Keywords:** Compliance; Integrity Plan; State Enterprises; Criminal Regime for Legal Entities; Public Limited Company with State Participation; General Companies Law.

## **INTRODUCCIÓN: UNA BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA**

Las sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria (en adelante, S.A.P.E.M.) fueron incorporadas al derecho positivo argentino como un sub tipo legal de persona jurídica de sociedad anónima a través de la Ley N°17.318 en 1967. Su creación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades Comerciales N°19.550 (actual Ley General de Sociedades) y a la Ley de Sociedades del Estado N°20.705. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.550, se incorpora a las S.A.P.E.M. como un tipo societario en los artículos 308 a 314 de dicha norma y se mantiene su caracterización como sub tipo de la sociedad anónima. Esta sección ha sufrido modificaciones muy leves desde la entrada en vigencia de la norma y se ha mantenido vigente a lo largo del tiempo. En la actualidad, luego de la sanción y entrada en vigencia del DNU N° 70/2023, el cual derogó la Ley N° 20.705 y el Decreto Ley N°15.349/46 que regulaba las sociedades de economía mixta. En el mismo sentido, la aprobación del texto definitivo de la Ley N°27.742 que establece una serie de regulaciones para la privatización de las sociedades de propiedad estatal, parecería ser que este tipo societario es el único sobreviviente al proceso de reestructuración normativa e institucional que se da en Argentina en la actualidad. La S.A.P.E.M. fue el único tipo de sociedad de participación estatal que no fue derogado o abrogado normativamente, por lo que persiste en la actualidad y se ha tornado y un llamativo foco de interés y estudio.

Ahora bien, ¿qué es una S.A.P.E.M.? Son un subtipo de sociedad anónima en la que el estado tiene una participación mayoritaria (conforme el Art. 308 de la Ley General de Sociedades N°19.550, el 51% de participación en el capital accionario de la sociedad). Esto implica que, salvo por algunas especificaciones normativas, como la posibilidad de que sus directores y síndicos sean funcionarios públicos, son entidades de derecho privado, sujetas a la normativa y controles aplicables a una sociedad anónima, pero en las que el estado nacional, provincial y/o municipal es accionista mayoritario. Ésta surge como una figura jurídica

tendiente a dar un marco normativo específico para una serie de estructuras institucionales que no tenía muy delimitadas sus funciones y responsabilidades hasta la fecha de creación de la misma: las empresas de propiedad estatal, las cuales solían regularse hasta ese momento por leyes especiales y se asimilaban a las sociedades anónimas. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N°20.705, la S.A.P.E.M. pasa a ser un tipo muy específico de empresa de propiedad estatal, ya que queda expresamente sustraída del ámbito de aplicación de esa norma y mantiene su autonomía como persona jurídica de derecho privado regida por la Ley N°19.550.

Al tratar de determinar la naturaleza jurídica de este tipo de entidades, nos encontramos en una “zona gris” en la cual se somete a la discrecionalidad y dinamismo propios de la gestión privada el manejo de patrimonios, fondos y capitales del erario público, por lo que la injerencia estatal en las S.A.P.E.M. se torna una práctica ineludible. Se implementan diversos controles, normas y regímenes en los diversos sistemas normativos de nuestro país, por lo que este tipo de organizaciones parece de alguna manera tornarse en una especie de “híbrido” sobre el que la doctrina hace extensos análisis sin lograr dirimir la eterna discusión de cual es su naturaleza jurídica o cual el alcance de la injerencia estatal. Si la naturaleza jurídica parece estar claramente delimitada por el encuadre normativo de las mismas (están reguladas en la Ley General de Sociedades, la cual rige exclusivamente personas jurídicas de carácter privado) y por el hecho de que han sido expresamente excluidas de la Ley N°20.705 que regula las empresas del estado y las categoriza como entidades sujetas a las normas de derecho público, la doctrina no es unívoca en cuanto a si son sujetos de derecho público o privado.

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina y la jurisprudencia eran contradictorias, encontrándose sólidos fundamentos en favor de una y otra postura, en los que no ahondaremos en honor a la brevedad. A modo de síntesis podríamos decir que existen dos posturas mayoritarias:

- **Publicista:** Considera que la S.A.P.E.M. es un sub tipo de sociedad anónima y se rige por la Ley General de Sociedades en todo lo atinente a su giro comercial, su actividad productiva y su organización, pero a su vez, al ser parte de su capital social propiedad del estado, es inevitable considerar al mismo como parte del erario público, siendo los aportes que éste realiza fondos estatales. Asimismo, todo lo atinente a la toma de decisiones de la sociedad involucra a funcionarios públicos que, si bien están cumpliendo una función privada como directores de la sociedad, representan al estado en su rol de accionista de la misma. Igual situación existe en relación con los síndicos y miembros de la Comisión

Fiscalizadora de las S.A.P.E.M. Finalmente, esta postura recalca que en numerosas ocasiones el estado no sólo participa de la sociedad, sino que tiene mayoría absoluta (51% o más) lo que le permite formar quórum y voluntad societaria por sí solo. Esto justifica y motiva que las S.A.P.E.M. estén sujetas a controles de auditoría pública, rendiciones de cuentas, previsiones en materia de presupuesto y ciertas disposiciones y restricciones relacionadas con su gestión y administración. En consecuencia, la regulación de las S.A.P.E.M. termina recayendo en el ámbito del derecho administrativo. Son los máximos exponentes de esta postura: Dromi, Gordillo, Barra y Linares.

- Privatista: Destacan que la participación estatal en las S.A.P.E.M. se aleja de la razón de ser o el rol propio del estado y se inmiscuye en cuestiones propias del ámbito privado. Asimismo, destacan que la S.A.P.E.M. no es un tipo societario per se, sino una sub especie de sociedad anónima sujeta a regulación estatal permanente, por lo que se aplican a la misma la normativa y controles de las sociedades anónimas del Art. 299, que es la mas restrictiva de la Ley General de Sociedades. La injerencia del estado en la gestión y administración de este tipo de personas jurídicas desvirtúa su propia razón de ser y fundamentos, por lo que no se justifican y son contradictorios con los controles normativos ya previstos en la Ley General de Sociedades, siendo una persona jurídica de derecho privado y debiendo funcionar como tal con el contenido y alcance previsto en el derecho privado para las sociedades anónimas. Son los máximos exponentes de esta postura: Cassagne, Mairal, Halperín y Monzó, entre otros.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, parecía que la discusión quedaría zanjada, ya que el Art. 149 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.” Esta norma determina expresamente que las S.A.P.E.M. son personas jurídicas de derecho privado. Como precedente jurisprudencial de esta norma, podemos citar algunos fallos jurisprudenciales de tribunales supremos provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que coinciden con esta postura, estableciendo que las S.A.P.E.M. son personas jurídicas privadas, sin perjuicio de los

controles específicos que se puedan prever en virtud de su objeto o el alcance de la participación estatal.<sup>144</sup>

No obstante lo expuesto, al analizar la realidad diaria de la gestión de un S.A.P.E.M. nos encontramos con una situación compleja, ya que por un lado tenemos una persona jurídica de derecho privado, pero financiada en gran parte con fondos públicos. En el mismo sentido, la S.A.P.E.M. es una persona jurídica de derecho privado, pero el Estado en su carácter de accionista mayoritario es quien toma las decisiones dentro de la misma, sus autoridades muchas veces revisten el carácter de funcionario público y funcionan para canalizar actividades en las que -por diversas razones- el Estado considera que es relevante involucrarse. En síntesis: ¿es pertinente aplicar algún tipo de control adicional a este tipo de figura societaria?, me aventuro a decir que sí, ya que de otra manera estaríamos ante una especie de “comodín” a través del cual los principales actores de la *res pública* podrían sustraerse de los controles estatales para desarrollar actividades con mayor discrecionalidad, bajo la excusa de que dichas actividades son industriales o comerciales y que corresponden al ámbito privado del estado y que involucran a particulares.

Es por eso, que este tipo de entidades han sido objeto de regulaciones y controles públicos en diversos ámbitos y aspectos. Se podría decir que su carácter híbrido, hace que las S.A.P.E.M. queden de los dos lados del mostrador del estado y deban cumplir a veces con una serie de controles estatales, pero también con todas las exigencias, requisitos y estándares aplicables a cualquier sociedad anónima sujeta a control estatal permanente (Art. 299 inc. 3, Ley General de Sociedades).

Es aquí donde entra en juego el estudio del *compliance* y su aptitud como disciplina de autorregulación y gestión, logrando un equilibrio entre los diversos aspectos de la gestión de las S.A.P.E.M.

---

<sup>144</sup> Podemos citar a modo de ejemplo los siguientes fallos: (i) ‘La Buenos Aires Cía. de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.’ 12/5/1988, CSJN Fallos 311:750; (ii) ‘Hourquescos, Vicente Domingo c/ Nación Argentina (Tribunal de Cuentas de la Nación) s/ juicios de conocimientos’ 20/2/2001, CSJN Fallos 324:309. (iii) ‘PAMPETROL S.A.P.E.M. c/ Provincia de La Pampa s/ demanda contencioso administrativa’ 29/6/2007, Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A; (iii) ‘Compañía Integral de Montaje S.A. c/ Nucleoeléctrica Argentina S.A. s/ proceso de ejecución.’ C.S.J.N 10/02/2004 Fallos: 327:33; (iv) Oviedo y ots. s/ ejecución de honorarios en Casación’ 1/12/2005, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. En todos ellos se encuadra a las S.A.P.E.M. como personas jurídicas de derecho privado, pero se destaca la necesidad de ciertas instancias de control administrativo justificadas por los niveles de injerencia estatal en las mismas, el hecho de que formen parte del patrimonio del estado y otras causas similares. Si bien los decisivos de los fallos no son unívocos, los tribunales se expresan unívocamente en el sentido de la naturaleza jurídica de las S.A.P.E.M. y su carácter especial como persona jurídica de derecho privado, pero sujeta a controles especiales dados por su objeto social, el interés jurídico en que se funda la participación estatal y otros similares.

A continuación, veremos de que se trata esta disciplina, como surge dentro del panorama jurídico e institucional de nuestro país y cómo ha sido la experiencia de la implementación de herramientas de *compliance* en la gestión y gobierno corporativo de las S.A.P.E.M. en Argentina.

## **I. EL COMPLIANCE Y SU ROL EN LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

El *compliance* es una disciplina que surge del ámbito de la gestión corporativa. Se utiliza el término en inglés para referirse a la misma, ya que su traducción textual “cumplimiento” es mucho más limitada que el alcance propio de este término. Esto es así, porque cuando nos referimos a *compliance*, no nos referimos solamente a un “acatamiento de la norma” o “cumplimiento de estándares”, sino que nos estamos refiriendo a una verdadera cultura corporativa, en la cual se busca desde una organización desarrollar herramientas y recursos que refuercen la eficacia y la transparencia de la estructura institucional, a fin de prevenir actos de corrupción en el seno de la misma y promover un desempeño de la función de dicha organización conforme estándares de integridad y ética institucional. El objeto del *compliance* es desarrollar en el ámbito de la organización esquemas de autogestión y autorregulación que permitan un funcionamiento de la misma en consonancia con las normas vigentes y aplicables a la actividad, pero también con los principios y valores éticos en los que la organización se funda. Implica a su vez una gestión enfocada en la prevención de riesgos y mejora constante de los procesos internos a fin de optimizar su eficacia para lograr los objetivos planteados.

Como verán, el *compliance* es mucho más que “cumplimiento” y la definición anterior es meramente ilustrativa, ya que estamos hablando de una disciplina en la cual se complementan y desarrollan distintas áreas de competencia y de conocimiento tales como: derecho, administración, auditoría, informática, filosofía, ingeniería, ciencias ambientales, psicología, sociología, ciencias políticas, contabilidad y estadística, entre otras. Las herramientas que se desarrollan desde el ámbito del *compliance* suelen ser normativas, pero también se necesitan herramientas de control interno, métodos de detección de riesgos y herramientas de gestión eficiente. Es por eso, que el *compliance* es una parte importante del gobierno corporativo de una organización.

El Plan de Integridad de una organización es –ni más ni menos que- el diseño, implementación y gestión de herramientas de *compliance* en el ámbito de una organización, conforme a los parámetros que su estructura y actividad requieren y de acuerdo a los principios y estándares internacionales, así como los requerimientos de las normas locales, los cuales analizaremos a continuación.

Finalmente, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que cualquier tipo de institución u organización puede implementar herramientas de integridad tendientes a mejorar su cultura ética y incrementar la eficacia de la misma en el cumplimiento preventivo y proactivo de las normativas vigentes, sólo es necesario adaptar este tipo de herramientas a la estructura y particularidades de dicha organización, sea grande, mediana o pequeña, pública o privada, con y sin fines de lucro, etc. Ahora bien, ¿por qué es necesario implementar un plan de integridad en una organización?, podemos indicar que existe una multicausalidad que motiva esta necesidad. Estas múltiples causas son:

**A. Es una exigencia dada por el contexto normativo local e internacional de forma directa e indirecta:** La primera respuesta que surge a este interrogante es histórica ya que, en la década del 1970, ocurrieron ciertos hechos de relevancia internacional que llevaron a transformar la visión del rol de la empresa en la sociedad. En la década de los '70, a raíz de escándalos de corrupción de difusión mundial, como lo fueron Watergate y Lockheed<sup>145</sup>, entra

---

<sup>145</sup> Caso Watergate: -Supuesto robo a la sede del Comité del Partido Demócrata en el edificio Watergate. Atrapan a los ladrones y descubren que están vinculados con la CIA y que tienen cables y micrófonos. Dicen ser fontaneros que vienen a revisar una fuga de agua. El Washington Post publica la noticia y es uno de los pocos medios que envía corresponsales al juicio. Los acusados tienen un prontuario sorprendente y ocupan cargos en la CIA y en el SS. Los reporteros del Post Bob Woodward y su compañero Carl Bernstein avanzan con su investigación con la ayuda de una fuente anónima llamada Garganta Profunda, Mark Felt quien era funcionario del FBI y los asistió en el proceso. Finalmente, se publica una nota periodística en la que se informa probadamente el vínculo entre los acusados y Richard Nixon y como el presidente usaba los recursos de la CIA, el SS y el FBI para espionar a sus opositores. Resultado: Renuncia de Nixon ante la amenaza de impeachment del congreso y condena a los involucrados directos. Caso Lockheed: La compañía Lockheed Aircraft había establecido seis años antes «un agresivo sistema de ventas», basado en destinar importantes sumas en concepto de comisiones a aquellas personas que, por el papel que desempeñaban en sus países, pudiesen influir decisivamente en la realización de pedidos de productos elaborados por la poderosa multinacional. El gigantesco iceberg comenzó a descubrirse a través de las investigaciones de un subcomité creado en el Senado de Estados Unidos para averiguar las actividades de la ITT en Chile, y que luego extendería su encuesta a las empresas multinacionales que trabajan en cualquier país. El subcomité estaba presidido por el senador demócrata Frank Church. Alrededor de 38 millones de dólares (más de 2.500 millones de pesetas en aquella fecha) fueron empleados por la compañía para favorecer sus ventas, fundamentalmente el modelo de aviación de transporte militar C 130 Hércules, en diferentes países. El escándalo afectó, además de España, a Suráfrica, Nigeria, Grecia, Holanda, Japón, República Federal de Alemania, Italia, Turquía, México y Colombia y Portugal. Altas personalidades políticas, entre las que cabe citar al príncipe Bernardo de Holanda; a los ex ministros de Defensa de Italia Luigi Gui y Mario Tanassi; al ex ministro de Defensa alemán Franz Josef Strauss, y al ex primer ministro japonés Kakuei Tanaka, que fue encarcelado, se vieron presuntamente implicados en los sobornos que la compañía norteamericana repartió para potenciar las ventas de sus aviones. Tres años después de iniciada la encuesta, el 3 de junio de 1979, se dio por finalizado el asunto

en vigencia en Estados Unidos la Foreign Corrupt Practice Act (1977)<sup>146</sup>, una norma de alcance nacional e internacional que sanciona a personas jurídicas que tengan una vinculación con Estados Unidos y que paguen sobornos a funcionarios públicos en el extranjero. Esta norma vino a romper varios paradigmas normativos y organizacionales, a saber: 1) Pone fin al criterio de territorialismo de las normas penales, por el cual cada estado soberano sólo puede juzgar delitos cometidos en su territorio, ya que impone sanciones por delitos cometidos en el extranjero por empresas radicadas en EEUU. 2) Pone fin al criterio que establece que los delitos sólo pueden ser cometidos por individuos o personas físicas, afectando personas jurídicas como sujetos activos de actos delictivos y atribuyéndoles una responsabilidad objetiva, es decir, responden por no tener la estructura para prevenir que el delito se cometa en la organización. 3) Tiene un sistema de “atenuantes” o “mitigantes” basado exclusivamente en la capacidad de la persona jurídica de acreditar ante el Departamento de Justicia de EEUU que su estructura organizacional cuenta con un plan de integridad y funciona bajo parámetros de ética y transparencia. 4) Cambia el foco de la responsabilidad del estado por garantizar conductas éticas y transparentes en sus estructuras organizacionales, ampliando esta responsabilidad a los entes y organizaciones privados que interactúan con el estado. 5) Ataca económicamente el destino final de las ganancias e ingresos obtenidos en base a actos corruptos y sobornos: los beneficios de las corporaciones que operan irregularmente y ganan ventajas con esta conducta. Lejos de ser una norma de aplicación poco probable o difícil implementación, como se auguró en su entrada en vigencia, la FCPA fue una norma modelo, cuya vigencia es cada vez más relevante para los negocios internacionales. Fue la primera de muchas normas en EEUU destinadas a combatir el crimen y la corrupción en el ámbito corporativo. Otras normas que la complementan y que sancionan personas jurídicas son: Ley Patriota (2001): Contra lavado de activos provenientes del soborno, contrabando, narcotráfico, terrorismo, etc.; Sarbanes Oxley Act (2002): Destinada a combatir el fraude y la falsificación de registros contables; Nueva ley contra el lavado de activos (AMLA) de 2021/2022: Profundiza y amplía el ámbito de responsabilidad penal por estas acciones ya que establece una red de información con varios países sobre

---

Lockheed en Estados Unidos con una multa impuesta a la compañía de cuarenta millones de pesetas como castigo de los 150 millones repartidos entre funcionarios japoneses. Al presidente y vicepresidente de la compañía, que habían dimitido en febrero de 1976 como consecuencia del escándalo, les fueron retirados los cargos. (Síntesis de la autora basada en fuentes periodísticas de la época).

<sup>146</sup> Para más información consultar la página oficial de la Secretaría de Investigación de Fraude dependiente del Departamento de Justicia de Estados Unidos: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (consultado online el 22/9/2024 a las 10:55 hs.).



operaciones sospechosas de lavado. La entrada en vigencia de FCPA generó un clima de cooperación internacional en materia de lucha anticorrupción. La influencia de EEUU en organizaciones internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), Organización para la Cooperación en el Desarrollo de los Estados (OCDE), Naciones Unidas o el Foro Económico Mundial, fue clave para que se dieran diversos cursos de acción colectiva internacional para la lucha contra la corrupción. Los tres principales logros de esta acción internacional fueron las siguientes convenciones internacionales:

**(i) Convención Interamericana para la Lucha contra la Corrupción:** Se suscribe en el marco de la OEA. Entra en vigencia en 1997 y es ratificada por la República Argentina por Ley N°24.759 de 1996. Fue el primer tratado multilateral sobre la materia y desarrolla una serie de conceptos muy novedosos que abren la puerta a la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción. Logra establecer pautas para la tipificación armonizada del delito de cohecho activo y pasivo, así como el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito. Asimismo, si bien no avanza sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni menciona el *compliance* como una herramienta de la lucha anticorrupción, si constituye un compromiso de todos los países del continente para la cooperación y fomento en la lucha contra este delito.

**(ii) Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (1999):** Se suscribe en el marco de la OCDE y se la conoce como la Convención Antisoborno de la OCDE. Se invita a su firma a países veedores y aspirantes a ser miembros de la organización. Argentina la suscribe y la ratifica por Ley N°25.319. Está específicamente focalizada en la lucha contra el cohecho internacional en el marco de los negocios internacionales. Da una definición unificada de cohecho que contempla la acción de los particulares “por sí o interpósita persona” para configurar el tipo delictivo. Contempla la sanción penal a personas jurídicas y los parámetros para su implementación normativa. Argentina recién cumple este compromiso en 2018, con la entrada en vigencia de la Ley N°27.401. Establece presupuestos mínimos para la lucha contra el lavado de activos y otras prácticas corruptas.

**(iii) Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (2003):** Iniciativa de la Oficina de N.U. contra la droga y el delito. Firmada y ratificada por 187 países. En Argentina, se ratifica por Ley N°26.097 del 2006. Fija un compromiso público- privado para mejorar la “transparencia institucional”. Introduce conceptos novedosos como “estado abierto”. Tipifica

los diversos delitos que constituyen actos de corrupción y establece un compromiso por parte de los estados miembros en adaptar sus normas internas para adecuarse a esa tipicidad “uniforme”. En la descripción de todos los tipos delictivos se destaca la actuación de la persona jurídica por sí o a través de terceros, estableciéndose la sanción penal a la misma. Consolida la responsabilidad objetiva o vicaria y por omisión como factor de atribución de responsabilidad penal.

La recepción de estas convenciones internacionales por parte de la República Argentina impactó en su sistema normativo interno, desarrollándose diversas normas que promueven y hacen necesaria la implementación de estándares de integridad en las organizaciones tanto del ámbito público como privado de nuestro país. En pos de la brevedad, no desarrollaremos todas estas normas, pero sí podríamos decir que existen 3 etapas en la evolución normativa de nuestro país sobre este tema, a saber:

**1999-2005. Normas orientadas a mejorar la ética pública:** Se creó la Oficina Anticorrupción y la Unidad de Información Financiera (UIF), organismos tendientes a prevenir el cohecho y el lavado de activos y realizar controles en la interacción público-privada en todo el territorio nacional. Se formuló también una Ley Penal Impositiva que sancionó por primera vez penalmente a personas jurídicas por la comisión de delitos tales como defraudación o evasión fiscal.

**2006-2015. Régimen Penal Cambiario, Tributario y Financiero:** Se reforma el Régimen Penal Cambiario incorporando criterios objetivos a los parámetros de imputabilidad penal en este ámbito. La Ley 26.735 reformó el Código Penal, incorporando el Art. 304 que condena por primera vez específicamente a las personas jurídicas por delitos de lavado de activos.

**2016 -2018. Normas para mejorar la transparencia institucional:** Entraron en vigencia normas a nivel nacional y provincial que promueven la transparencia en el funcionamiento del Estado y los organismos y organizaciones vinculados con el mismo. Se hacen presentes conceptos tales como: Estado abierto, transparencia en contrataciones públicas y libre acceso a información pública. Estos conceptos vienen de la mano con varios proyectos de reforma de las estructuras estatales, la implementación de principios del *compliance* en aspectos claves de la gestión pública y resignificación del concepto de ética pública.

**2017-2024. Régimen Penal de Personas Jurídicas y lineamientos para la implementación de un plan de integridad en las personas jurídicas:** La otra cara de la

moneda en esta serie de reformas normativas es la entrada en vigencia de la Ley Penal de Personas Jurídicas Nro. 27.401 la cual sanciona a las personas jurídicas (incluidas las empresas de propiedad estatal) que se vean beneficiadas con actos de cohecho activo y/o pasivo llevados a cabo por sus representantes o un 3ro, con o sin su consentimiento expreso. En resumen: las personas jurídicas responden ante un beneficio obtenido (a sabiendas o involuntariamente) a raíz de la comisión de alguno de los siguientes delitos en el seno de su estructura organizativa: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; y/o e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal. Las sanciones, según el Art. 7 de la norma van desde multas a fijar en cada caso a la disolución y retiro de la autorización para funcionar. El Art. 9 de la ley prevé la exención de la pena cuando concurren los siguientes hechos: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido. El cumplimiento del supuesto b) es suficiente para mitigar las sanciones por incumplimiento. A su vez, las personas jurídicas que contratan con el Estado Nacional tienen la obligación de cumplir con los supuestos mínimos de los Arts. 22 y 23 de la norma los cuales establecen estándares básicos de autorregulación, prevención de la corrupción e implementación de normas éticas en las estructuras de las personas jurídicas. La Provincia de Mendoza es la única provincia de Argentina que adhirió a esta norma, a través de su Ley Nro. 9237 de 2020 que prevé en su Art. 2 la obligatoriedad para personas jurídicas que contraten con el Estado Provincial de implementar planes de integridad<sup>147</sup>. El Decreto N°277/2018 reglamenta la ley,

---

<sup>147</sup> Esta norma debe interpretarse dentro del contexto de una reforma normativa global que involucra las siguientes normas de la Provincia de Mendoza: Ley 8993 de Responsabilidad en el Ejercicio de la Función Pública; Ley 9070 de Acceso a la Información Pública y Transparencia Activa del Estado; Ley 8706 de Administración Pública de la Provincia de Mendoza; y otras normas de ética y transparencia pública: 9292, 9281 y 9237. En este contexto normativo y en consonancia con lo previsto en el Art. 149 del CCCN, las S.A.P.E.M. se encuentran sujetas a estrictos controles de rendición de cuentas de su gestión, sus autoridades están sujetas a las responsabilidades aplicables a los funcionarios públicos provinciales y son sujetos pasivos de la obligación de proveer información pública bajo la Ley N°9070. Asimismo, sus autoridades deben cumplir con el requisito de DDJJ jurada patrimonial y ficha limpia exigido por las normas provinciales a todos los funcionarios públicos.

designando a la Oficina Anticorrupción como órgano responsable de la implementación de los estándares de integridad previstos en la misma. Mediante Resolución N°27/2018, la Oficina Anticorrupción dictó los Lineamientos para la Implementación de un Plan de Integridad, la cual es una guía para la instrumentación y ejecución de estándares de integridad previstos en los arts. 22 y 23 de la Ley N°27.401. En el mismo año se aprueba y pone en marcha la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de ministros N°85/2018 sobre Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina. Finalmente, mediante Decreto N°54/2019, la Resolución OA N°27 del 01 de octubre de 2018, la Resolución OA N°36 del 08 de noviembre de 2019, Decreto N°1265/2016, la Resolución OA N°3 de abril 2021 y la Resolución OA N°9 del 10 de mayo de 2022 se crea y pone en marcha el Registro de Integridad y Transparencia de las Empresas, una valiosa herramienta que promueve la transparencia y publicidad voluntaria de los planes de integridad en organizaciones públicas y privadas y que ya cuenta con información de más de 300 empresas, tanto privadas como estatales.<sup>148</sup>

En consecuencia, el primer motivo para adecuarnos a estos estándares nos viene dado por la exigencia normativa interna y de otros países que exigen el cumplimiento de los mismos a las compañías que operan en su territorio, haciendo extensiva esta exigencia a toda la cadena de valor de las mismas. El hecho de que estos cuerpos normativos estén respaldados por convenciones internacionales, habilita su aplicabilidad extraterritorial. De hecho, la Ley 27.401 sanciona el cohecho internacional.

**B. Complejidad en los modelos de gestión. Rol estratégico:** En segundo lugar, es importante tener en cuenta la cuestión desde el punto de vista estratégico. El rol de la empresa en la actualidad ha evolucionado, de forma tal que el valor que tiene una empresa no está solo limitado a su valor económico, sino al impacto que esta genera en el ámbito de sus operaciones. Actualmente, las empresas son focos de “valor” pero también de “responsabilidad” por el impacto que ocasionan con sus acciones. Podemos decir con certeza que una empresa hoy es un plexo de responsabilidades que motivan esquemas de prevención y autocontrol a fin de minimizar los riesgos de dicha operatoria. Asimismo, estos controles no son espontáneos ni responden a un particular modelo de gestión, sino que constituyen la respuesta a las múltiples competencias y responsabilidades que cualquier organización

---

<sup>148</sup> Para más información se recomienda consultar el sitio web del RITE en: <https://www.rite.gob.ar/> (consultado online el 22/9/2024).

corporativa tiene hoy en día en nuestra sociedad. Este incremento en la complejidad de la operatoria requiere el apoyo de equipos interdisciplinarios que evalúen este impacto y prevean acciones preventivas para minimizar su potencial dañosidad. Asimismo, hace necesario el desarrollo de herramientas y recursos que contribuyan a traer cierta certeza sobre estas cuestiones que se vuelven fundamentales en estos procesos de detección temprana y prevención de riesgos negativo de la empresa en la comunidad pueden ocasionar para ésta y su cadena de valor. Es aquí donde entran el *compliance* y los principios de buen gobierno corporativo como herramientas funcionales a una gestión saludable, tendiente a maximizar los recursos de una organización, traer valor a la actividad de la misma y evitar daños en el patrimonio, seguridad, reputación y vida de la empresa y sus colaboradores. En el caso de los principios de buen gobierno corporativo, son herramientas normativas que contribuyen a consolidar los modelos de gestión enfocados en riesgos, donde se prevé la transmisión de los valores organizacionales a los ámbitos de la alta dirección de la empresa. A través de estas herramientas, la empresa se autorregula y busca un sistema de gestión eficaz, objetivo y transparente que mejore el desempeño de la operatoria de la organización y constituya una “red de protección” en situaciones complejas o potencialmente dañosas. En el caso del *compliance*, las herramientas son variadas y responden a la necesidad de cualquier organización de actuar de forma armónica con las normas y regulaciones vigentes, procurando el cumplimiento proactivo de estas regulaciones y desarrollando modelos de gestión focalizados en generar un impacto ético, social y ambiental positivo en la organización, su cadena de valor y la comunidad en general.

**C. Incremento de los riesgos de corrupción en el marco de las organizaciones:** La inestabilidad constante es un perfecto caldo de cultivo para la propagación de la corrupción. Atento a que la definición del término corrupción amerita un análisis mucho más profundo de lo que la extensión del presente artículo permite y, a fin de dar una referencia, tomaremos como concepto de corrupción la definición dada por la organización no gubernamental internacional **Transparencia Internacional**: “*El abuso del poder encomendado en beneficio propio*”. Este concepto es más amplio y profundo que la concepción jurídica que se puede tener de la corrupción como una conducta delictiva o una infracción a ciertos deberes de diligencia. El índice anual de percepción de la corrupción que publicó esta organización para el año 2020 fue el peor de la historia, podría decirse que la pandemia mundial del virus COVID19 tuvo mucho que ver con esta situación. Sin embargo, desde esa fecha a 2023 los números prácticamente no han sufrido modificación, como sí lo han hecho otros índices socioeconómicos afectados por la

pandemia, como son los índices económicos, educativos, de salud, etc.<sup>149</sup> La principal razón de esta situación global está dada por el debilitamiento de los órganos jurisdiccionales y de control público, los cuales se ven sobrepasados y colapsados por la problemática, tornándose ineficaces para combatir la problemática. Podemos afirmar basándonos en esta información que nunca en la historia las prácticas corruptas fueron tan coordinadas y complejas y tan difíciles de detectar. Este tipo de conducta genera empobrecimiento y desgaste de las estructuras institucionales, las cuales se ven afectadas en su eficacia para cumplir con su objetivo o razón de ser por lo que la lucha y prevención de la corrupción demanda actualmente un esfuerzo conjunto y coordinado de todos los sectores de la sociedad, así como un esquema de cooperación internacional. Es por esto, que la implementación de un Plan de Integridad, no es sólo un modelo superador o de mejora de la estructura institucional, sino la única opción que tienen las organizaciones para poder dar una respuesta adecuada a la complejidad del escenario en el que operan y los riesgos que esto implica.

## **II. LA APLICACIÓN DE PLANES DE INTEGRIDAD A LAS EMPRESAS DE PROPIEDAD ESTATAL (EPE). CARACTERIZACIÓN DE LAS S.A.P.E.M. COMO EPE**

En la actualidad, las empresas de participación estatal, independientemente de su naturaleza jurídica o estructura organizativa están implementando Planes de Integridad. Un valioso antecedente normativo de este fenómeno son los Lineamientos de Gobierno Corporativo para las Empresas de Propiedad Estatal dictados por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina en 2018. El antecedente de este reglamento data de 2010, año en que la Corporación Andina de Fomento publicó una guía modelo denominada “Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de Empresas del Estado”<sup>150</sup> Finalmente, no podemos dejar de mencionar las recomendaciones y comentarios hechos por la OCDE en 2021 en su “Informe de Seguimiento del Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina”, el cual

---

<sup>149</sup> Sobre este tema, se recomienda consultar el sitio web de Transparencia Internacional: <https://www.transparency.org/es/press/cpi2023-corruption-perceptions-index-weakening-justice-systems-leave-corruption-unchecked> (consultado online el 22/9/2024 a las 11:56 hs.).

<sup>150</sup> CAF. (2010). Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del Estado. Caracas: CAF. Rescatado de <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/559>.

trata específicamente la situación de las empresas de participación estatal.<sup>151</sup> Tomaremos como referencia y fuente de nuestro análisis estos documentos, así como los Lineamientos de la Oficina Anticorrupción para la Implementación de un Plan de Integridad (2018) y la Guía de la Oficina Anticorrupción para el Desarrollo de un Plan de Integridad en empresas de propiedad estatal (2022).<sup>152</sup>

Todas las guías y lineamientos antes enumerados contemplan el caso de las S.A.P.E.M. independientemente de su particular naturaleza jurídica. En consecuencia, consideramos que las S.A.P.E.M. se ajustan perfectamente a los estándares y parámetros antes enumerados, debiendo adecuarse a los mismos. De estas fuentes surge que la principal dificultad de gestión que enfrentan las S.A.P.E.M. está dada por el doble rol del Estado en su modelo de gestión, ya que cumple una doble función de organismo de control público y también principal accionista de la empresa. Este doble rol, genera una doble responsabilidad de control y gestión. A esto se suma el “sentido” o “rol estratégico” que tiene la S.A.P.E.M. en la política estatal, el cual varía, desde empresas prestatarias de un servicio público (empresas de transporte, suministro de agua, energía, etc.), el manejo de recursos estratégicos estatales (petroleras, mineras, telecomunicaciones, suministro de recursos para la defensa nacional, etc.) y aquellas empresas con un rol privado o meramente comercial, las cuales tienen la particularidad de ser de propiedad estatal para garantizar la oferta de dicho servicio.

En este rol particular, es donde se propician los conflictos de intereses y la discrecionalidad de los roles de los órganos de gobierno, los cuales se confunden por el doble rol del principal accionista de la sociedad y –por ende- el responsable de la toma de decisiones. Asimismo, se propicia para situaciones en las que los actos de corrupción son un riesgo constante a prevenir con especial atención, ya que los elementos requeridos para que el acto de corrupción ocurra (funcionarios estatales y particulares con los que interactúa el estado) se encuentran intercalados en la estructura de la misma organización. Finalmente, se dificulta la gestión frecuente de los recursos, dado el origen público de los mismos y la particular

---

<sup>151</sup> Para más información se sugiere revisar el siguiente documento online:

<https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe-de-seguimiento-del-estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-argentina.pdf> (consultado online el 22/9/2024 a las 12:48 hs.).

<sup>152</sup> Ambos documentos pueden consultarse en los siguientes links:

a) Lineamientos para la implementación de un plan de integridad:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos\\_para\\_la\\_implementacion.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf)

b) Guías para el desarrollo de un plan de integridad en EPE:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-50600421-apndpptoa\\_guia\\_para\\_el\\_desarrollo\\_de\\_politicas\\_de\\_integridad.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-50600421-apndpptoa_guia_para_el_desarrollo_de_politicas_de_integridad.pdf)

regulación que estos tienen hacen que se esté en una situación “híbrida” donde la ineficiencia es un obstáculo a superar y la diferenciación de roles y funciones representa un desafío.

Es por eso, que la aplicación de los principios de buen gobierno corporativo, es fundamental en la gestión de las S.A.P.E.M. Su principal beneficio es el rol de autorregulación que estos esquemas de autocontrol y cumplimiento voluntario representan. Asimismo, son una buena forma de optimizar el uso de los recursos estatales, profesionalizando la gestión de los mismos. En contraposición, podemos destacar que la flexibilidad que tienen estos sistemas de prevención, hace que sean adaptables a la medida a la estructura organizacional de cada empresa, lo cual es muy difícil de lograr en un esquema regulatorio tradicional (vgr. Leyes, resoluciones y organismos de control estatal) siendo más eficiente a la hora de minimizar los riesgos antes descritos. Veamos sucintamente cuáles son los estándares de integridad recomendados para las S.A.P.E.M. y cómo deberían implementarse en las mismas:

**A. Informe de Seguimiento de la OCDE sobre Integridad en Argentina 2021:** Este documento se emite periódicamente desde el año 2009 y refleja un análisis hecho desde la Organización para la Cooperación para el Desarrollo de los Estados (OCDE) a fin de monitorear los avances institucionales y datos estadísticos de Argentina en relación a la Estrategia Nacional de Integridad Institucional a la cual nuestro país se compromete a través de la firma de la Convención Internacional para la lucha contra el cohecho de funcionarios extranjeros en el marco de los negocios internacionales firmada en el año 1999 en el marco de la OCDE. La misma fue puesta en marcha en el año 2019. En el informe se destacan, entre otros parámetros, los elementos clave que deben estar presentes en una Estrategia Nacional de Integridad y que deben reflejarse en cada organización pública o privada que se adhiera a esta estrategia a través de la mejora de su estructura institucional en relación a esta cuestión. Dichos elementos son: minimizar la discrecionalidad en los procesos, sistematizar y optimizar el monitoreo constante y la medición de riesgos de corrupción en las estructuras institucionales, la jerarquización de herramientas normativas de prevención dentro de las estructuras institucionales, y la implementación de medidas de transparencia en contrataciones y toma de decisiones.

Atento al carácter de las S.A.P.E.M., es importante tener presente que se le aplican tanto los estándares propios del sector público como los del sector privado, siendo fundamental la transparencia y reglamentación en los procesos de toma de decisiones, a fin de evitar zonas grises o discrecionales en las que se incremente el riesgo de que se cometa un acto de corrupción en el marco de la organización.



## **B. Lineamientos para la implementación de un Plan de Integridad de la Oficina**

**Anticorrupción:** Estos lineamientos establecen parámetros y/o presupuestos mínimos que debe cumplir un Plan de Integridad para ser considerado efectivo y acorde a la estructura y operatoria de la organización que lo implementa. Según los Lineamientos, un Plan o Programa de Integridad es el “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.” Los puntos clave a tener en cuenta en estos Lineamientos en relación al Plan de Integridad son:

a. Debe desarrollarse un Programa de Integridad que pueda ser explicado en el contexto de la organización.

b. Debe tener un enfoque “basado en riesgos”, entendiendo riesgo como la posibilidad de que ocurra alguna de las conductas delictivas previstas en el artículo 1 de la Ley 27.401.

c. Debe ser acorde a la dimensión y capacidad económica de la organización teniendo en cuenta variables tales como la complejidad de la organización interna, la configuración de las funciones de la Dirección, la alta Gerencia y los mandos intermedios, la cantidad de trabajadores, su dispersión en sedes, entre otras.

d. Debe tener los elementos necesarios para ser efectivo: Los términos mencionados por la Ley 27.401 al denominar los elementos y características de un Programa no son absolutos, pudiendo la organización mantener las denominaciones que mejor hagan a su implementación, cultura organizativa o mecanismos de difusión. Sin embargo, debe anotarse que para la acreditación del carácter adecuado la Ley ha fijado un piso de tres (3) elementos mandatorios:

- **Código de Ética o políticas y procedimientos de integridad:** El código de ética o de conducta es un elemento esencial del Programa de Integridad. Agrupa en un único documento las políticas de integridad generales aplicables a todas las personas que conforman una organización (y eventualmente a los terceros con los que ésta se vincula). Aunque existan piezas específicas que lo profundicen o complementen, la orientación ética esencial para conducirse en los negocios de la organización debe encontrarse allí, y por eso debería estar aprobado por el gobierno corporativo de la persona jurídica. Una vez aprobado, además, el Código debería ser objeto de análisis y actualizaciones para responder a cambios de contexto relevantes.

- **Reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público:** Estos procedimientos o políticas tienden a reglamentar y delimitar con un enfoque preventivo situaciones o acciones que se dan en el contexto de la gestión de una organización que, potencialmente, pueden dar lugar a situaciones dónde se cometan actos de corrupción. En consecuencia, se las regula a través de herramientas normativas a fin de minimizar este riesgo y propiciar un uso eficiente e idóneo de los recursos de la organización.
- **Capacitación periódica:** Todos los actores y personas vinculadas con la organización deben ser informados de la implementación del Plan de Integridad. Asimismo, deben recibir y poder implementar las herramientas normativas y de gestión que lo componen. En consecuencia, es necesaria una capacitación constante e integral del Plan de Integridad, para asegurarnos que se aplique debidamente en toda la organización.

La libertad de la autoorganización ética encuentra un límite legal en estos tres elementos, sin los cuales el legislador de la Ley N°27.401 considerara que el plan o programa de integridad no es adecuado para prevenir la comisión de delitos de corrupción en el seno de la organización.

e. Su implementación debe darse como una verdadera materialización de la voluntad del gobierno corporativo de la organización.

f. Debe contar con un sistema de reportes interno y asegurar la protección de los denunciantes.

g Debe estar sometido a un proceso de mejora y medición de riesgos continua.

**C. Guía para el desarrollo de políticas de integridad en empresas con participación estatal de la Oficina Anticorrupción:** Esta Guía se desarrolló durante el año 2022, con el fin de orientar específicamente a las EPE en los procesos de implementación de su Plan de Integridad. Define específicamente los criterios a tener en cuenta para ver si la EPE en cuestión debe considerarse como pública o privada en base a los siguientes criterios: (i) El marco legal de actuación al que están sujetas en virtud de sus propias normas de creación; (ii) el fin societario y si predomina el objetivo público en las decisiones empresariales; y (iii) cómo está constituido su patrimonio y si el Estado realiza aportes.

La Guía establece que las SAPEM deberían tener presentes los siguientes estándares de transparencia y ética pública presentes en su estructura organizacional:

- Observar los principios de eficacia y eficiencia.
- Promover la publicidad y transparencia de sus actos de gobierno.
- Garantizar la buena administración de los intereses confiados.
- Asegurar su control respecto de su marcha.
- Promover la conducta responsable de sus funcionarios.

Finalmente, la guía desarrolla un análisis de los elementos que debe tener un Plan de Integridad idóneo para una EPE, el cual debe contar con elementos tendientes a fortalecer los valores corporativos y asegurar el cumplimiento de los objetivos públicos presentes en la gestión de la empresa. Se destaca la necesidad de contar con:

- Un área o responsable de *compliance*
- Un sistema de reportes o denuncias
- Publicidad de la toma de decisiones acorde a estándares de transparencia activa del Estado.
- Códigos de Conducta y Políticas y Protocolos complementarios que reflejen los principios de la Ética Pública y Transparencia de la gestión estatal y procuren el cumplimiento proactivo de las normas aplicables a la actividad de la organización.
- Procesos de contratación que contemplen estándares de eficacia, transparencia y objetividad.
- Procedimientos tendientes a la prevención del conflicto de intereses.
- Procedimientos tendientes a la gestión eficaz y transparente de los recursos monetarios de la empresa.
- Procedimientos tendientes a asegurar la aplicabilidad y obligatoriedad del Plan de Integridad dentro de todos los ámbitos de la organización

Finalmente, la Guía sugiere la constante capacitación de sus colaboradores y colaboradoras, así como la publicidad del Plan de Integridad y la registración del mismo en el Registro de Integridad y Transparencia de las Empresas (RITE) el cual se prevé como una

instancia voluntaria de transparencia, publicidad y también acceso a la información de otras organizaciones.

## **CONCLUSIONES Y DESAFÍOS A FUTURO**

De la sucinta explicación dada en los párrafos anteriores surge claramente que las S.A.P.E.M. constituyen una forma organizativa única, la cual se destaca por la capacidad de dotar de flexibilidad y dinamismo a ciertos procesos y acciones que si debieran encararse desde el ámbito público no tendrían la misma eficacia e impacto que si se los canaliza a través de estas figuras. Sin embargo, la complejidad de su estructura y la diversidad de sistemas normativos aplicables a la misma, tornan necesario para las S.A.P.E.M. el implementar dentro de su estructura organizacional herramientas de autorregulación y autocontrol que funcionen de forma armónica y complementaria con los controles públicos externos implementados por los diversos órganos estatales con los que interactúa. Se estudia entonces la efectividad de las herramientas de *compliance* para suplir las deficiencias de los controles públicos, siendo las mismas hipotéticamente eficaces y de factible implementación dentro de las estructuras de estas sociedades. Queda por delante el desafío de profundizar en los diversos lineamientos y estándares aplicables a estas herramientas de *compliance*, indagar en la casuística y jurisprudencia a fin de determinar su efectividad y concluir si la hipótesis planteada es confirmada o refutada. Será ciertamente un largo camino el que tenemos por delante, el cual esperamos transitar ya con un Norte bien delimitado y las herramientas suficientes para llegar a buen puerto, logrando así contribuir desde nuestro humilde aporte a esta realidad institucional que hoy se encuentra, por así decirlo, bajo la lupa de la comunidad jurídica nacional e internacional.

## **BIBLIOGRAFIA**

CASSAGNE, Juan Carlos “Sociedad y Empresas del Estado” En: Elementos del Derecho Comercial. Cuadernillo N°19. Buenos Aires, 1988.

DURAND, Julio C “Empresas Públicas y DNU N°70/2023. La vexata questio de la intervención del estado en la economía” En: Cassagne Juan Carlos y ots. “Derecho Público y

Decretos de Necesidad y Urgencia. A propósito del DNU N°70/2023” Págs. 457 a 488. Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As. 2024.

DROMI, José Roberto y Kemelmajer de Carlucci, Aída “Sociedades del Estado. Concepto, clases y caracteres” Revista Idearium. Tomo 2. Mendoza, 1976, FCJS, Universidad de Mendoza.

DROMI, José Roberto “Empresas Públicas. De estatales a privadas” Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997. 1 tomo. 1ra. Ed.

GARCÍA, Alejandro W. “El régimen jurídico de la sociedad anónima de capital social estatal” En: Revista Argentina de Derecho Empresario N°15, Buenos Aires, (rescatado de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=8&idedicion=829>) IJ-C1-71. Junio 2015.

GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas” Tomo 9, Primeros manuales, Capítulo XXIII “Las empresas del Estado” 1ª edición, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2014, versión digital y gratuita de acceso público (rescatado de [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo23.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo23.pdf)).

HALPERÍN, Isaac, Sociedades anónimas, Depalma, Buenos Aires, 1974.

JUNYET BAS, Francisco “En torno a la transformación de las empresas y sociedades del Estado en sociedades anónimas regidas por el derecho privado de conformidad al DNU 70.2023” En: EIDial.com Contenidos Jurídicos 29/01/2024 (rescatado de [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo\\_diseno/v2/doctrina\\_a.asp?base=50&id=15304&t=d](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina_a.asp?base=50&id=15304&t=d)).

(elDial.com - DC338D).

MAZZUCCO BARTHE, Edith y PACHECO Ángel Ricardo “Derecho Privado Económico y Derecho Administrativo Económico” Trabajos presentados al XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino. En: Revista del Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba 1986-1 N°51.

ROITMAN, Horacio “Ley General de Sociedades comentada y anotada” 3º edición actualizada y ampliada, Tomo III, Thomson Reuters, Bs. As., 2022.

ROMERO, Fernando E “Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Hacia el bien común por caminos privados” En: Microjuris. Publicación digital. Colección Doctrina, 19/05/2015. Cita: MJ-DOC-7263. MJD 7236. (rescatado de <https://ar.microjuris.com/docDetail?Idx=MJ-DOC-7236->

[AR&links=SOCIED,%20ANONIM,%20PARTICIP,%20ESTAT,%20MAYORIT,%20BIEN,%20COMUN,%20CAMIN,%20PRIV\)](#)

ROTHENBERG, Mónica “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal”, Bs. As. 21/3/2018, publicado en abogados.com (rescatado de <https://abogados.com.ar/lineamientos-de-buen-gobierno-para-empresas-de-participacion-estatal-mayoritaria/21170>).

VERÓN, Alberto V. “Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, derecho de información del accionista, balances falsos o inexactos, e impugnación de los estados contables” En: Doctrina Societaria y Concursal; 2014 no. 314, p. 7-17.

### **1. Webgrafía sobre compliance: Hipervínculos de interés:**

Departamento de Justicia de Estados Unidos de América:

- [Evaluation of Corporate compliance Programs. Update June 2020.](#)
- [A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition – July 2020.](#)

Cámara de Comercio Internacional:

- [Guía de CCI para la lucha contra la corrupción. 2008.](#)
- [Reglas CCI para la lucha contra la corrupción 2011.](#)
- [Compendio sobre integridad en los negocios de 2017](#)

Naciones Unidas:

- [Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para empresas](#)
- [Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial](#)
- [Toolkit for Private Sector](#)

OCDE:

- [Key anticorruption documents](#)
- [Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance](#)
- [Principios de Gobierno Corporativo OCDE/G20](#)

[OEA MESICIC](#)

*Análise da duração do processo trabalhista mendocino na perspectiva da garantia do prazo razoável*

*Análisis de la duración del proceso laboral mendocino desde la perspectiva de la garantía del plazo razonable*

*Analysis of the duration of the Mendoza labor process from the perspective of the guarantee of reasonable term*

**Mauricio Follari Gorra**<sup>153</sup>

**Resumo:** Os processos trabalhistas ordinários na jurisdição trabalhista da Grande Mendoza, Argentina, não cumpriram estruturalmente o padrão internacional de duração dentro de um prazo razoável. No entanto, as recentes reformas processuais reduziram os tempos de processamento e a razoabilidade da duração do processo aumentou consideravelmente, não só do ponto de vista quantitativo, mas também qualitativo.

**Palavras-chave:** Prazo razoável; Processo trabalhista; Província de Mendoza; Duração do processo; Acesso à justiça.

**Resumen:** Los procesos laborales ordinarios en el fuero laboral del Gran Mendoza, Argentina, no han cumplido estructuralmente con el estándar internacional de duración dentro de un plazo razonable. Sin embargo, las reformas procesales recientes han reducido los tiempos de tramitación y se ha incrementado considerablemente la razonabilidad de la duración del proceso, no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino cualitativo.

**Palabras clave:** Plazo razonable; Proceso laboral; Provincia de Mendoza; Duración del proceso; Acceso a la justicia.

**Abstract:** Ordinary labor trials in the Labor Court of the City of Mendoza, Argentina, have not structurally met the international standard of duration within a reasonable time frame. However, recent procedural reforms have reduced processing times and have considerably increased the reasonableness of the duration of the process, not only from a quantitative but also qualitative point of view.

---

<sup>153</sup> Lic. en Sociología. UNCuyo Abogado. UES21, Coordinador del Fuero Laboral Suprema Corte de Justicia de Mendoza JTP Sociología General. FCPyS/UNCuyo.

**Keywords:** Reasonable time; Labor process; Province of Mendoza; Duration of the process; Access to justice.

## **INTRODUCCIÓN: BREVE HISTORIA Y MARCO NORMATIVO CONVENCIONAL DE LA GARANTÍA DEL PLAZO RAZONABLE**

La garantía de la duración dentro de un plazo razonable del proceso judicial integra el bloque de los principios del debido proceso y acceso a la justicia. Su surgimiento y creciente protagonismo en el debate doctrinario y su progresiva adopción en el plano convencional internacional son síntomas del lamentable protagonismo de la morosidad judicial en el desenvolvimiento cotidiano de los dispositivos judiciales de las naciones de occidente en general y de América Latina en particular.

En materias sensibles donde están en juego créditos alimentarios y derechos personalísimos la efectiva tutela judicial implica el respeto irrestricto a las garantías procesales y de acceso a la justicia, pues la inobservancia de estas y de otros institutos define de manera decisiva la aplicación del derecho de fondo. En el caso de la persecución penal quienes suelen sufrir la lentitud del Estado en la investigación y los retrasos en la realización de los debates son las personas que presentan mayor vulnerabilidad desde el punto de vista socioeconómico. En cuanto al derecho del trabajo, los retrasos en la tramitación y resolución de los juicios favorecen a la parte más “fuerte” de la relación sustantiva: el empleador.

La acepción específica del término, es decir, la fórmula de “plazo razonable”, surgió por primera vez en el Convenio Europeo Sobre Derechos Humanos, el cual fue suscripto en Roma el 3 de noviembre de 1950. Este tratado hace referencia a la garantía en dos sentidos: en su artículo 5.3 establece que toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable. Asimismo, en el artículo 6.1 se contempla la duración razonable del proceso judicial en general.

La persecución penal suele ser más gravosa para aquellos sectores más vulnerables de la sociedad, desde el punto de vista socio económico. Ello justifica que la prisión preventiva sea objeto “preferente” de la garantía del plazo razonable.

No obstante, a nivel regional y en lo que se refiere específicamente a los derechos laborales hubo un antecedente más antiguo: la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. En este documento, suscripto en la ciudad de Río de Janeiro en 1947 se estableció que



En cada Estado debe existir una jurisdicción especial del trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida resolución de los conflictos.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, es el instrumento suscripto entre los miembros de la Organización de Estados Americanos en 1969 que se aplica en la Argentina en virtud del art. 75° inc. 22° de la Constitución Nacional. Este convenio adoptó una fórmula similar al Convenio Europeo; por un lado estableció la garantía del plazo razonable para los procesos judiciales en general y por otro, estableció la garantía específicamente para la duración de la prisión preventiva. Ambas se encuentran en los artículos 8.1 y 7.5 respectivamente.

Respecto del tema que nos convoca, es pertinente reproducir lo prescripto por el inciso 1° del artículo 8.1 de la CADH: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los tribunales argentinos, en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han seguido los lineamientos convencionales regionales respecto de la determinación de la duración razonable del proceso judicial. En este sentido, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha fijado las pautas jurisprudenciales a partir de las cuales se puede medir la eventual violación de la garantía. Correlativamente, el alto tribunal interamericano se ha basado en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para analizar los planteos referidos a la violación de la duración, dentro de un plazo razonable, del proceso judicial.

Los primeros fallos referidos a la materia estuvieron circunscriptos a la materia penal para, posteriormente, extenderse a otras ramas del derecho. Esto, como se señaló al principio, no es una buena señal, sino un síntoma de la lentitud de la tramitación de los pleitos judiciales en general.

## **I. DOCTRINAS RESPECTO DE LA APLICACIÓN, DETERMINACIÓN Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE**

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana en materia de plazo razonable se ha basado en la llamada “Doctrina del No Plazo”. Si bien el nombre resulta prima facie paradójico, tiene un contenido y significado específico. Esta mirada concibe la inexistencia de un plazo determinado de duración del proceso judicial. Consecuentemente, el análisis de la violación de la garantía requiere que el proceso finalice, para que luego, aplicándole una serie de criterios, se establezca si el mismo ha durado dentro de un plazo razonable o no.

Si el organismo jurisdiccional pertinente entiende que la duración del proceso no ha sido razonable, la solución que contempla es una indemnización pecuniaria a favor del damnificado y, eventualmente, prescribe la adopción de medidas de no repetición.

Esta posición ha sido objeto de varias críticas. Se pueden señalar dos como las más importantes y relevantes. La primera es que el hecho de atender exclusivamente procesos finalizados implica que un litigio inconcluso que haya durado más allá del tiempo razonablemente previsto deba seguir su curso y prolongar la violación hasta su conclusión para ser analizado y corregido. La segunda, de carácter más genérico, es que no ha tenido mayor efecto ejemplificador y disuasivo sobre los tribunales inferiores. No se ha verificado que la jurisprudencia de los altos tribunales nacionales y regionales haya tenido una consecuencia positiva y verificable en la duración de los procesos tramitados ante los tribunales inferiores.

Esta es la doctrina mayoritaria en la región. Sin embargo, existe otra, circunscripta al derecho penal, definida como la “doctrina del plazo razonable como impedimento procesal”. En esta línea se enrola el reconocido penalista Daniel Pastor.

Esta línea de pensamiento entiende que la extensión irrazonable en el tiempo de un proceso debe implicar la muerte de éste, aun cuando no se encuentre finalizado. Es decir, si la investigación y persecución penal evidencia una extensión violatoria de la garantía, la acción penal y el proceso no pueden continuar y debe procederse a la absolución del imputado.

Esta concepción aparece como mucho más respetuosa del espíritu de la garantía, en tanto evita una violación continuada de la garantía. El problema que presenta es que, lamentablemente, su aplicación ha servido de justificación de una serie de fallos que han contribuido a la impunidad de figuras poderosas en la región latinoamericana. El fallo “Armas” de la Cámara Nacional de Casación Penal de la República Argentina, referido a la absolución de los presuntos responsables de la explosión de la sede de Fabricaciones Militares en la ciudad cordobesa de Río Tercero o la sentencia “Chacón Málaga” del Tribunal Constitucional de la

República del Perú son ejemplos que confirman esta tendencia, donde el poder y las posibilidades de los imputados de entorpecer el proceso y eludir a la justicia terminan por favorecerlos con una absolución basada en el mero transcurso del tiempo.

En materia civil y laboral un instituto que, en cierta forma, recoge esta concepción es la caducidad de instancia. Mediante su invocación y eventual procedencia, el demandado puede solicitar la muerte del proceso por inacción procesal de la contraparte. Sin embargo, no se ajusta totalmente al precepto elaborado por el Dr. Pastor referido al proceso penal.

Estas son las principales posiciones referidas a la garantía del plazo razonable. No obstante es necesario reiterar que la mayoritaria es la primera, aquella denominada del “no plazo”. Para analizar la determinación de la razonabilidad del plazo la jurisprudencia ha construido una serie de criterios rectores, los cuales se han mantenido más o menos incólumes por más de medio siglo.

## **II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE DETERMINACIÓN DE LA RAZONABILIDAD DE LA DURACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE**

Las primeras sentencias que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en materia de determinación del plazo razonable fueron “Wemhoff Vs. Alemania” y “Neumeister Vs. Austria”, las cuales fueron publicadas en el mes de junio del año 1968. La Comisión Europea de Derechos Humanos le presentó al Alto Tribunal de Estrasburgo una teoría de ocho criterios que el organismo jurisdiccional desechó, convirtiéndola en una síntesis de tres criterios. Básicamente, el análisis debe basarse en el comportamiento de las partes, en el desenvolvimiento de las autoridades judiciales y en la complejidad del asunto ventilado en el caso.

Respecto del comportamiento de las partes, debe evaluarse si las mismas no han entorpecido el trámite del juicio, por ejemplo evadiendo la acción de la justicia, evitando aportar elementos probatorios o utilizando recursos e institutos procesales manifiestamente improcedentes con el único objetivo de ralentizar la tramitación del juicio.

La labor y actitud de las autoridades judiciales debe medirse a partir de las medidas que éstas toman en el proceso para impulsar el mismo y llevarlo de manera exitosa a su conclusión. Ello implica utilizar las herramientas procesales a su disposición para obligar a las

partes a estarse a derecho y no entorpecer la resolución del juicio, como así también a destinar los recursos necesarios para que el pleito no se estanque de manera innecesaria.

Finalmente, la complejidad del asunto también es relevante para dilucidar si la duración de un proceso ha sido razonable. En este sentido la cantidad de partes del proceso, la dificultad en la producción de la prueba, la necesidad de involucrar organismos de diferentes jurisdicciones son algunos de los elementos adecuados para poder medir la complejidad del caso y, eventualmente, merituar si la misma es un atenuante de la razonabilidad de la duración del juicio.

Aquí es importante aclarar que la complejidad del caso no es correlativa con la gravedad o la punitividad del caso. Un caso poco grave como una estafa de corte turístico puede ser mucho más complejo de resolver que un asunto resonante como por ejemplo un homicidio.

Estos criterios fueron tomados de manera literal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando debió resolver el caso “Genie Lacayo Vs. Nicaragua” en el mes de enero del año 1997. Esto implicó la adopción plena de la jurisprudencia europea en la materia.

A partir de esta posición el Alto Tribunal Interamericano dictó una serie de otros fallos determinando la inobservancia de la garantía del plazo razonable en el marco de la investigación de graves violaciones a los derechos humanos en la República del Perú. Los fallos “Barrios Altos” del año 2001 y “La Cantuta” de 2006 son ejemplos en este sentido.

Sin embargo, en el año 2008 la Corte Interamericana varió esta posición, añadiendo un cuarto criterio de análisis: la afectación en la situación jurídica de los interesados. En el caso “Valle Jaramillo Vs. Colombia” el tribunal aplicó este criterio, el cual ha sido objeto de varias críticas, en tanto su aplicación ha sido intermitente y fragmentaria.

Estos criterios han sido concebidos para aplicarse a un caso particular que ha sido resuelto. No obstante es posible afirmar que un grupo de litigios tramitados y finalizados ante un determinado fuero en una determinada comunidad respetan o violan la garantía del plazo razonable, en tanto existe la posibilidad de analizarlos estadísticamente a la luz de tipos ideales y modelos procesales que sirven de guía para medir cuanta cercanía o lejanía hay entre los agregados estadísticos y la duración teórica esperada de los juicios considerados.

### **III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LOS PROCESOS LABORALES EN LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA**

El fuero laboral de la Provincia de Mendoza se compone de doce cámaras del trabajo, las cuales están compuestas por tres jueces cada una. Siete de esas doce cámaras se encuentran ubicadas en la Primera Circunscripción Judicial, la cual se integra con los departamentos del Gran Mendoza: Capital, Godoy Cruz, Las Heras, Guaymallén, Lavalle, Maipú y Luján de Cuyo. Estos tribunales, en decir, los que se ubican en el Gran Mendoza, concentran aproximadamente el setenta por ciento de los pleitos del fuero del trabajo tramitado en la provincia.

Estructuralmente la litigiosidad laboral en la Provincia de Mendoza ha sido alta, lo que ha ocasionado grandes demoras en la tramitación y resolución de los juicios. A partir de esa realidad, durante los últimos diez años se han implementado una serie de reformas procesales que han permitido reducir la litigiosidad y acortar los tiempos de duración de los expedientes.

A los efectos de poder comprobar esta afirmación, la primera tarea a realizar es elaborar tipos ideales de procesos ordinarios. Esto significa establecer una medida teórica que permita analizar los resultados del análisis estadístico de los procesos laborales relevados.

Si hablamos de procesos ordinarios circunscribimos la mirada sobre aquellos procesos de conocimiento donde el juez debe expedirse sobre un derecho indeterminado, excluyendo los procesos monitorios como ejecuciones de todo tipo y cobros de pesos. Las materias más comunes de procesos ordinarios son Accidente (tramitación de reclamos por accidentes laborales), Enfermedad Accidente (juicios derivados de enfermedades desarrolladas durante la actividad laboral) y Despido (distractos y finalizaciones de relaciones laborales regladas por la ley 20744)

Una manera plausible de construir estos modelos es considerar todos los actos procesales típicos contemplados en los códigos adjetivos y considerar que el tiempo previsto para su cumplimiento es el período máximo permitido en el Código Procesal Laboral o el Código Procesal Civil, el cual se aplica de manera supletoria al proceso laboral mendocino.

Para poder comparar la situación teórica y fáctica antes y después de las reformas procesales es necesario establecer dos modelos: uno basado en el Código Procesal Laboral vigente hasta el año 2019 (Ley provincial 2144 y modificatorias) y el otro construido a partir de lo establecido en el nuevo Código, aprobado por ley 9109.

El tipo ideal de proceso laboral contemplado en el viejo código procesal laboral es de 180 días hábiles. Dado que la razonabilidad de un proceso no puede medirse en días hábiles, en tanto para el justiciable las carencias y penurias que le ocasiona la indeterminación e incertidumbre sobre sus créditos laborales y alimentarios se mide en días corridos, debe

establecerse una equivalencia con esta última magnitud. En este sentido deben considerarse los feriados, días inhábiles y festivos y fines de semana existentes en cada año para la Provincia de Mendoza. 180 días hábiles equivalen a 313 días corridos en la Provincia de Mendoza.

Aplicando la misma metodología, pero basándonos en el Nuevo Código Procesal Laboral, el cual se encuentra vigente desde el año 2019, el tipo ideal de proceso laboral debe durar 60 días hábiles y 120 días corridos, lo que equivale, en total, a 235 días corridos. Entre los distintos modelos teóricos existe una reducción del 25% aproximadamente.

Una vez que contamos con los modelos teóricos pertinentes para abordar la realidad y poder medir la razonabilidad de la duración de los procesos debe realizar el estudio estadístico. Hay que establecer algunas definiciones para poder hacerlo.

La primera cuestión es explicitar que la duración de los procesos ordinarios laborales tramitados en la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza se calculará restando la fecha de inicio del juicio ante la Mesa de Entradas Central Laboral (MECLA) de la Primera Circunscripción Judicial a la fecha de publicación de la sentencia en el sistema web del Poder Judicial de Mendoza.

Se considerarán 3 tipos de sentencias: contenciosas, homologatorias y monitorias. Las primeras son aquellas mediante las cuales un juez decide sobre el fondo de la cuestión, las segundas son aquellas que le ponen fin al pleito dándole fuerza de sentencia a un convenio suscripto por las partes y las terceras son las que recaen sobre procesos que no son de conocimiento.

Respecto a las materias de los procesos ordinarias serán utilizadas las 3 que ya se han mencionado (accidentes, enfermedades y despidos) Adicionalmente serán relevadas las ejecuciones y los cobros. Todos los demás procesos serán incluidos en la categoría “Otros”.

A partir de estas definiciones, el estudio se basará en dos momentos diferentes: los expedientes tramitados bajo el imperio del viejo Código Procesal Laboral serán relevados mediante el análisis de los procesos finalizados entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 2019, mientras que la duración de los nuevos juicios sustanciados al amparo de la ley 9109 será estudiada mediante la consideración de los pleitos resueltos entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 2023.

El resultado del análisis propuesto nos proporciona los siguientes datos básicos:

**Comparación y variación relativa de los indicadores de causas nuevas, Sentencias y duración de procesos de las Cámaras Laborales de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza entre los primeros semestres de los años 2019 y 2023**

<i>Indicador</i>	<i>Feb / Jun 2019</i>	<i>Feb / Jun 2023</i>	<i>Variación Relativa (%) 2023 / 2019</i>
<b>Sentencias (Cantidad Absoluta)</b>	<b>4623</b>	<b>4817</b>	<b>4,20%</b>
Contenciosas	1235	990	-19,84%
Homologatorias	2727	2862	4,95%
Monitorias	661	965	45,99%
<b>Causas Nuevas Ingresadas (Cantidad Absoluta)</b>	<b>3443</b>	<b>5371</b>	<b>56,00%</b>
Accidentes	1261	1738	37,83%
Enfermedades	325	1492	359,08%
Despidos	829	766	-7,60%
Ejecuciones	418	774	85,17%
Cobros	252	202	-19,84%
Otros	358	399	11,45%
<b>Duración Ideal del Proceso (Días Corridos)</b>	<b>313</b>	<b>235</b>	<b>-24,92%</b>
<b>Promedio de Duración Total (Días Corridos)</b>	<b>1090</b>	<b>853</b>	<b>-21,74%</b>
Promedio de Duración Sent. Contenciosas	1264	1420	12,34%
Promedio de Duración Sent. Homologatorias	1100	780	-29,09%
Promedio de Duración Sent. Monitorias	820	488	-40,49%

Fuente: Elaboración propia en base a datos extraídos del Sistema de Publicación de Listas Diarias SICCOM y SIC-IURIX ADF

## CONCLUSIONES

El estudio muestra que ha habido una reducción de aproximadamente el 22% en la duración de los procesos en general. Si observamos solamente aquellos procesos ordinarios finalizados mediante un convenio, esa reducción asciende al 29%. Este es un dato importante, considerando que las sentencias homologatorias son las más numerosas en lo que respecta a procesos ordinarios laborales.

Desde el punto de vista de los tipos ideales se verifica que la reducción en el tiempo de tramitación es menor a la reducción del tiempo ideal (22% de reducción de la duración y 25% de reducción en el tiempo ideal de tramitación)

Ahora bien, si mutamos la mirada desde una perspectiva cuantitativa a una cualitativa, encontramos un elemento importante respecto a la razonabilidad de la duración de los procesos laborales en el Gran Mendoza. En aquellos procesos finalizados en 2019 aproximadamente el 30% del tiempo el expediente ha permanecido en inactividad procesal total, esperando la realización de la audiencia de vista de causa, mientras que en los juicios finalizados en 2023 no existen períodos extensos de inactividad procesal absoluta. Los retrasos que actualmente se suscitan están relacionados, entre otros factores, a la falta de peritos médicos oficiales en el fuero laboral, lo que ocasiona lentitud en la realización de las pericias médicas en juicios por accidentes laborales y enfermedades profesionales.

La consideración exclusivamente cuantitativa muestra una reducción de los tiempos promedio de tramitación. Aún queda camino por recorrer para alcanzar la plena razonabilidad en esa duración. Este análisis invita a ser optimistas en ese sentido.

Si indagamos sobre las razones de los retrasos en la resolución de los juicios laborales podemos encontrar elementos contundentes que nos muestran un camino progresivo respecto a la mayor razonabilidad en el tiempo de duración de los procesos. El expediente ya no “duerme” años esperando la realización de la audiencia de vista de causa, lo que a todas luces constituida un sinsentido. Aún hay problemas y obstáculos por sortear, pero el análisis expuesto aquí muestra que las reformas han sido positivas y que los juicios laborales cada vez se resuelven más rápido y más razonablemente en el fuero laboral de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.



## **BIBLIOGRAFIA**

ARESE, M. C. (2015). El Acceso a Tutela Judicial Efectiva Laboral. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (21), 237-256.

PASTOR, D. R. (2004). Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. *Revista de Estudios de Justicia* (4), 51-76.

STEINER, C., & URIBE, P. (2014). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung.

WEBER, M., MEDINA ECHAVARRIA, J., & WINCKELMANN, J. (1964). *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

## **Jurisprudencia**

Barrios Altos Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de Marzo de 2001). Recuperado el 1 de Marzo de 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

Chacón Málaga Walter Gaspar, 3509-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional de Perú 19 de Octubre de 2009). Recuperado el 28 de Febrero de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03509-2009-HC.pdf>

Genie Lacayo Vs. Nicaragua, 10792 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Enero de 1997). Recuperado el 9 de Noviembre de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_30\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf)

La Cantuta Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Noviembre de 2006). Recuperado el 1 de Marzo de 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

Menem, Carlos S. y otros s/Casación, 33008830/1997/8/1/CFC2 (Cámara Federal de Casación Penal 4 de Octubre de 2018). Recuperado el 1 de Marzo de 2019, de <http://www.cij.gov.ar/scp/include/showFile.php?acc=showFAR&tipo=fallo&id=218179310&origen=SGU>

Neumeister Vs. Austria, 1936/63 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27 de Junio de 1968). Recuperado el 29 de Octubre de 2018, de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165135>

Valle Jaramillo y Otros Vs. Colombia, 12415 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Noviembre de 2008). Recuperado el 12 de Mayo de 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_192\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf)

Wemhoff Vs. Alemania, 2122/64 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27 de Junio de 1968). Recuperado el 29 de Octubre de 2018, de <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165134>

***O impacto das novas tecnologias no mercado financeiro: Análise jurídica*** Federico

*El impacto de las nuevas tecnologías en el mercado financiero: Análisis jurídico*

*The impact of new technologies on the financial market: Legal analysis*

**Federico Damian Dominguez Espuri<sup>154</sup>**

**Resumo:** Este trabalho realizará uma breve análise do impacto que as tecnologias de informação e comunicação – particularmente Blockchain e Web3 – geram nos mercados financeiros e na sua regulação legal. Tecnologias emergentes como a inteligência artificial (IA), a Internet das Coisas (IoT), o Blockchain, a robótica avançada e a realidade aumentada estão a liderar esta revolução. Otimizando processos e reduzindo custos, e criando novas oportunidades de negócios e modelos de trabalho mais flexíveis e eficientes. Na esfera empresarial, as startups tecnológicas estão a emergir como motores de inovação, com um número crescente de empresas dedicadas ao desenvolvimento de software, Fintech e biotecnologia. A nível governamental, foram implementadas políticas e programas para incentivar a inovação e a adoção tecnológica. A adoção de tecnologias financeiras (Fintech) facilitou a inclusão financeira, permitindo que um maior número de pessoas tenha acesso a serviços bancários e financeiros através de plataformas digitais. O uso do Blockchain no setor financeiro está ganhando terreno. Esta tecnologia permite a criação de registos imutáveis e verificáveis, reduzindo o risco de fraude e aumentando a confiança no sistema financeiro. Além disso, a inteligência artificial está sendo utilizada para melhorar a detecção de fraudes, otimizar a gestão de riscos e personalizar os serviços financeiros através da análise de grandes volumes de dados (Big Data). As plataformas de negociação eletrónica estão a facilitar o acesso ao mercado para investidores não profissionais e profissionais, aumentando a liquidez e a eficiência do mercado. Da mesma forma, a utilização de algoritmos de negociação e análise preditiva permite aos investidores tomar decisões mais informadas e oportunas. Ao mesmo tempo, conceitos relativamente novos são cada vez mais utilizados, como criptomoeda, dinheiro virtual e dinheiro digital, emitidos

---

<sup>154</sup> Abogado, Maestrando de la Maestría en Derecho Empresario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad De Mendoza. E-mail: federico@dominguezespuri.com.ar

pelos seus próprios criadores ou por estados soberanos, dependendo de cada caso. No entanto, a integração destas tecnologias no sistema financeiro enfrenta desafios. Regulamentação e supervisão adequadas são essenciais para garantir a estabilidade e segurança do sistema, evitando riscos associados ao uso indevido de tecnologias avançadas. Em conclusão, no sector financeiro, a adopção de tecnologias avançadas promete melhorar a inclusão, a eficiência e a transparência, embora seja crucial enfrentar os desafios regulamentares e de segurança para garantir o desenvolvimento sustentável. Estas inovações apresentam oportunidades e desafios para os operadores jurídicos e consultores jurídicos, que devem adaptar-se às rápidas mudanças tecnológicas e às suas implicações jurídicas. O objetivo é, então, analisar e compreender as novas tecnologias (blockchain, web3), a sua implicação no mundo financeiro e nos mercados, e a sua relação com o direito.

**Palavras-chave:** Blockchain; Rede; Web3; Fintech; Criptomoedas; Ficha; Dinheiro virtual; Dinheiro digital; Mercados; Financeiro; Certo; Regulamentos; SEC.

**Resumen:** Este trabajo se ocupará de realizar un breve análisis del impacto que la tecnología de la información y la comunicación –particularmente, de la Blockchain y la Web3– genera en los mercados financieros y en su regulación jurídica. Tecnologías emergentes como la inteligencia artificial (IA), el Internet de las Cosas (IoT), la Blockchain, la robótica avanzada y la realidad aumentada están liderando esta revolución. Optimizando procesos y reduciendo costos, y creando nuevas oportunidades de negocios y modelos de trabajo más flexibles y eficientes. En el ámbito empresarial, las startups tecnológicas están emergiendo como motores de innovación, con un creciente número de empresas dedicadas al desarrollo de software, Fintech y biotecnología. A nivel gubernamental, se han implementado políticas y programas para fomentar la innovación y la adopción tecnológica. La adopción de tecnologías financieras (Fintech) ha facilitado la inclusión financiera, permitiendo a un mayor número de personas acceder a servicios bancarios y financieros a través de plataformas digitales. El uso de Blockchain en el sector financiero está ganando terreno. Esta tecnología permite la creación de registros inmutables y verificables, lo que reduce el riesgo de fraude y aumenta la confianza en el sistema financiero. Además, la inteligencia artificial está siendo utilizada para mejorar la detección de fraudes, optimizar la gestión de riesgos y personalizar los servicios financieros a través del análisis de grandes volúmenes de datos (Big Data). Las plataformas de trading electrónico están facilitando el acceso a los mercados a inversores minoristas y profesionales, aumentando la liquidez y la eficiencia del mercado. Asimismo, el uso de algoritmos de trading y análisis predictivo está permitiendo a los inversores tomar decisiones más informadas y oportunas. A su vez, cada vez se utilizan conceptos relativamente nuevos, tales como criptomoneda, dinero virtual y dinero digital, emitidas por sus propios creadores o por estados soberanos según cada caso. Sin embargo, la integración de estas tecnologías en el sistema financiero enfrenta desafíos. La regulación y supervisión adecuadas son esenciales para garantizar la estabilidad y seguridad del sistema, evitando riesgos asociados con el uso indebido de tecnologías avanzadas. En conclusión, en el sector financiero, la adopción de tecnologías avanzadas promete mejorar la inclusión, la eficiencia y la transparencia, aunque es crucial abordar los desafíos regulatorios y de seguridad para asegurar un desarrollo sostenible. Estas

innovaciones presentan tanto oportunidades como desafíos para los operadores jurídicos y asesores legales, quienes deben adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos y sus implicaciones legales. El objetivo es, entonces, analizar y entender las nuevas tecnologías (blockchain, web3), su implicancia en el mundo financiero y en los mercados, y su relación con el derecho.

**Palabras clave:** Blockchain; Web; Web3; Fintech; Criptomonedas; Token; Dinero virtual; Dinero digital; Mercados; Financiero; Derecho; Regulaciones; SEC.

**Abstract:** This paper will briefly analyze the impact that information and communication technology – particularly Blockchain and Web3 – has on financial markets and their legal regulation. Emerging technologies such as artificial intelligence (AI), the Internet of Things (IoT), Blockchain, advanced robotics and augmented reality are leading this revolution, optimizing processes and reducing costs, and creating new business opportunities and more flexible and efficient work models. In the business field, technology startups are emerging as drivers of innovation, with a growing number of companies dedicated to software development, Fintech and biotechnology. At the government level, policies and programs have been implemented to encourage innovation and technological adoption. The adoption of financial technologies (Fintech) has facilitated financial inclusion, allowing a greater number of people to access banking and financial services through digital platforms. The use of Blockchain in the financial sector is gaining ground. This technology enables the creation of immutable and verifiable records, which reduces the risk of fraud and increases confidence in the financial system. In addition, artificial intelligence is being used to improve fraud detection, optimize risk management and personalize financial services through the analysis of large volumes of data (Big Data). Electronic trading platforms are facilitating access to markets for retail and professional investors, increasing liquidity and market efficiency. Likewise, the use of trading algorithms and predictive analysis is allowing investors to make more informed and timely decisions. In turn, relatively new concepts are increasingly being used, such as cryptocurrency, virtual money and digital money, issued by their own creators or by sovereign states as the case may be. However, the integration of these technologies into the financial system faces challenges. Adequate regulation and supervision are essential to ensure the stability and security of the system, avoiding risks associated with the misuse of advanced technologies. In conclusion, in the financial sector, the adoption of advanced technologies promises to improve inclusion, efficiency and transparency, although addressing regulatory and security challenges is crucial to ensure sustainable development. These innovations present both opportunities and challenges for legal practitioners and legal advisors, who must adapt to rapid technological changes and their legal implications. The objective is, then, to analyze and understand new technologies (blockchain, web3), their implication in the financial world and markets, and their relationship with law.

**Keywords:** Blockchain; Web; Web3; Fintech; Cryptocurrencies; Token; Virtual money; Digital money; Markets; Financial; Law; Regulations; SEC.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ocupará de realizar un breve análisis del impacto que la tecnología de la información y la comunicación –particularmente, de la Blockchain y la Web3– genera en los mercados financieros y en su regulación jurídica.

A nivel mundial, la digitalización y la innovación tecnológica están redefiniendo la economía, la educación, la salud, la comunicación y la industria. En especial, tecnologías emergentes como la inteligencia artificial (IA), el Internet de las Cosas (IoT), la Blockchain, la robótica avanzada y la realidad aumentada están liderando esta revolución. Estas tecnologías no solo están optimizando procesos y reduciendo costos, sino que también están creando nuevas oportunidades de negocios y modelos de trabajo más flexibles y eficientes. Por ejemplo, la IA y el machine learning están permitiendo el análisis de grandes volúmenes de datos en tiempo real, lo que se traduce en decisiones más informadas y estrategias más efectivas en sectores como el financiero, el de la salud y el de la seguridad.

En Argentina y Latinoamérica, el impacto de las nuevas tecnologías también es significativo, aunque con desafíos particulares.

La expansión de la infraestructura de telecomunicaciones, incluida la implementación de redes 4G y 5G, ha mejorado la conectividad, lo que a su vez ha impulsado la digitalización de servicios públicos y privados. Sin embargo, la brecha digital persiste como un desafío considerable, especialmente en áreas rurales y comunidades marginadas, donde el acceso a internet y a dispositivos tecnológicos es limitado.

En el ámbito empresarial, las startups tecnológicas están emergiendo como motores de innovación, con un creciente número de empresas dedicadas al desarrollo de software, Fintech y biotecnología.

A nivel gubernamental, se han implementado políticas y programas para fomentar la innovación y la adopción tecnológica.

En el contexto de los sistemas bancarios y mercados financieros, las nuevas tecnologías están desempeñando un papel crucial en la modernización y eficiencia del sector. La adopción de tecnologías financieras (Fintech) ha facilitado la inclusión financiera, permitiendo a un mayor número de personas acceder a servicios bancarios y financieros a través de plataformas digitales. Las Fintech están innovando en áreas como los pagos digitales, el financiamiento colaborativo (crowdfunding), las criptomonedas y la gestión de inversiones,

proporcionando alternativas más accesibles y eficientes en comparación con los bancos tradicionales.

El uso de Blockchain en el sector financiero está ganando terreno. Esta tecnología permite la creación de registros inmutables y verificables, lo que reduce el riesgo de fraude y aumenta la confianza en el sistema financiero.

Además, la inteligencia artificial está siendo utilizada para mejorar la detección de fraudes, optimizar la gestión de riesgos y personalizar los servicios financieros a través del análisis de grandes volúmenes de datos (Big Data).

Las plataformas de trading electrónico están facilitando el acceso a los mercados a inversores minoristas y profesionales, aumentando la liquidez y la eficiencia del mercado. Asimismo, el uso de algoritmos de trading y análisis predictivo está permitiendo a los inversores tomar decisiones más informadas y oportunas.

Sin embargo, la integración de estas tecnologías en el sistema financiero enfrenta desafíos. La regulación y supervisión adecuadas son esenciales para garantizar la estabilidad y seguridad del sistema, evitando riesgos asociados con el uso indebido de tecnologías avanzadas. Además, la ciberseguridad se convierte en una prioridad para proteger la información sensible y garantizar la confianza de los usuarios en los servicios digitales.

En conclusión, las nuevas tecnologías están reconfigurando el panorama global y local, ofreciendo oportunidades significativas para el desarrollo económico y social. En el sector financiero, la adopción de tecnologías avanzadas promete mejorar la inclusión, la eficiencia y la transparencia, aunque es crucial abordar los desafíos regulatorios y de seguridad para asegurar un desarrollo sostenible.

El boom de fenómenos novedosos, como criptomonedas, las finanzas descentralizadas o los tokens no fungibles (NFTs), ha incrementado significativamente el interés y la participación en estos mercados. Las Fintech emergentes, que aplican tecnologías informáticas para revolucionar los servicios financieros, también están transformando el panorama regulatorio y operativo.

Estas innovaciones presentan tanto oportunidades como desafíos para los operadores jurídicos y asesores legales, quienes deben adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos y sus implicaciones legales.

El objetivo es, entonces, analizar y entender las nuevas tecnologías (blockchain, web3), su implicancia en el mundo financiero y en los mercados y su relación con el derecho.

## **I - TRANSFORMACIÓN DIGITAL: UN ANÁLISIS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Resulta claro que un estudio agotado del estado de la cuestión tecnológica es, prácticamente, imposible. Por eso, nos enfocaremos en lo que – según creemos– constituyen los núcleos de interés para el ámbito financiero. Comenzar por la noción de «Web3» permite entender conceptos fundamentales sobre los cuales los juristas tenemos prácticamente nula noción. A su vez, desarrollar este concepto nos permitirá comprender en qué contexto surge la famosa tecnología Blockchain, y por qué es considerada como una auténtica revolución.

### **II DE LA WEB2 A LA WEB3: DE LAS PLATAFORMAS A LOS TOKENS**

Siguiendo el curso evolutivo del fenómeno de Internet, suele considerarse como la primera era el período de tiempo que transcurre desde los años 80 hasta principios de los 2000, en los cuales los servicios de Internet se basaban en protocolos abiertos controlados por la comunidad internauta. Esto significaba que las personas u organizaciones podían aumentar su presencia en Internet con la certeza que las reglas del juego no cambiarían más adelante. En virtud de ello es que durante aquella época se crearon enormes empresas de tecnología, tales como Yahoo, Google, Amazon, Facebook, LinkedIn y YouTube. En un estadio posterior, a mediados de la década de 2000, las empresas tecnológicas –sobre todo Google, Apple, Facebook y Amazon (en adelante, GAFA) – crearon software y servicios que superaron ampliamente las capacidades de los protocolos abiertos. El crecimiento explosivo de los celulares inteligentes – smartphones– aceleró esta tendencia, ya que las aplicaciones se masificaron en su uso. Con el tiempo, los usuarios migraron de los servicios abiertos a estos servicios centralizados más sofisticados. Incluso cuando éstos seguían accediendo a protocolos abiertos como la Web, normalmente lo hacían a través de software y servicios de las GAFA.

Con ello surge lo que ha sido denominado comúnmente como la Web2, o también la «Internet de las Plataformas», que da cuenta de la revolución producida en la forma de interacción de los usuarios, gracias a la existencia de estas plataformas que subyacían como modelo de negocios de las redes sociales y de e-commerce.

Estas grandes empresas tenían monopolizado el flujo de datos de los usuarios de



internet mediante el almacenamiento de la información en servidores centralizados. En consecuencia, la relación y el acceso del usuario a sus datos se encontraba intermediado por servidores e Interfaces de Programación de Aplicaciones –Application Programming Interfaces– (en adelante, APIs), es decir, el cliente o usuario no tenían el control directo sobre sus datos, ya que éstos eran almacenados por el proveedor de servicios.

Luego irrumpe la denominada Web3 (término acuñado en el año 2014 por Gavin Wood, uno de los creadores de Ethereum) que contiene un nuevo paradigma en la forma de gestión de los datos de manera colectiva y descentralizada, de modo tal que ya no resulta necesario depender de un intermediario que almacene, gestione y monetice los datos de los usuarios. Así, la descentralización en el contexto de la Web3 implica que la información dentro de una red de Blockchain está almacenada en muchos nodos de manera simultánea y global o, puesto en otros términos, que los datos están almacenados en una red par a par –peer to peer– de computadoras, y no en un único servidor de una empresa o institución. Esta modificación en la forma de gestionar los datos permite que la Internet pueda tener lo que se denomina «estado», esto es, una forma propia de determinar hacia adentro de la Internet quién es cada uno, quién es dueño de qué, y qué derechos tiene y puede ejercer.

Aquí es donde tiene lugar la irrupción de la Blockchain y el cambio de paradigma que implicó que la Web3 se basara en ella.

La Blockchain es una tecnología de registro distribuido –Distributed Ledger Technology– (en adelante, DLT). Un registro distribuido es una forma de base de datos digital que es actualizada y mantenida por cada miembro de manera independiente en un gran espacio de red. En este tipo de registros, comúnmente llamados de «libro mayor», no hay ninguna autoridad central para transmitir los registros a cada miembro, sino que todos los nodos mantienen y construyen de forma independiente este libro mayor. A partir de la transferencia de atributos característicos de la Blockchain a la Web3 se configura un entorno digital en el que la propiedad y el control vuelven a los usuarios.

Esta nueva forma se distingue por el desarrollo de tokens y criptomonedas, ya que la actividad desplegada en la web por los usuarios se transforma en instrumentos financieros capaces de reeditar utilidades. A ello se suma la ausencia, en principio, del control centralizado tradicional, lo que implicaría que la información puede evitar los procesos de censura que suelen aplicarse en las plataformas tradicionales.

No podemos dejar de mencionar que la Blockchain o cadena de bloques ha posibilitado

el surgimiento de nuevas tecnologías o servicios vinculados con el ecosistema cripto, tales como las Organizaciones Autónomas Descentralizadas –Decentralized Autonomous Organizations– (en adelante, DAOs), los Tokens no fungibles –Non Fungible Tokens– (en adelante, NFTs), así como la «tokenización» de diversos activos, desde comunidades hasta propiedades inmobiliarias, o los contratos inteligentes –Smart Contracts–, entre otros, tal como veremos.

Esta descentralización –que, de las concepciones aportadas se erige con claridad como la característica principal de la Web3– es el eje vertebral de este nuevo ecosistema digital. Vitalik Buterin explica que existen tres ejes distintos de centralización/descentralización, que suelen resultar independientes entre sí. Así, por un lado, encontramos la (des)centralización «arquitectónica», referida a los elementos que componen el sistema –¿de cuántos ordenadores físicos se compone un sistema?, ¿cuántos de esos ordenadores pueden tolerar que se averíen en un momento dado?–. Además, existe la (des)centralización «política», que alude a los sistemas de control –¿cuántas personas u organizaciones controlan en última instancia los ordenadores que componen el sistema?–. Finalmente, está la (des)centralización «lógica»: ¿la interfaz y las estructuras de datos que el sistema presenta y mantiene se parecen más a un único objeto monolítico o a un enjambre amorfo?, si se corta el sistema por la mitad, ¿seguirán ambas mitades –proveedores y usuarios– funcionando plenamente como unidades independientes?.

Veamos con un ejemplo de qué modo los distintos tipos de descentralización pueden coexistir en una tecnología dada. El propio Buterin expresa que las Blockchains están políticamente descentralizadas (nadie las controla) y arquitectónicamente descentralizadas (no hay un punto central de falla de infraestructura), pero están lógicamente centralizadas (hay un estado comúnmente acordado y el sistema se comporta como una sola computadora).

## **II.2 DLTS, BLOCKCHAIN Y LA ECONOMÍA DEL TOKEN**

Tal como explicamos en el apartado anterior, la Web3 representó una modificación en la forma de gestión de la información, y a la par de su evolución, se masificó la utilización de términos como «Blockchain», «Bitcoin», «criptomoneda», «criptoactivo», «token», «criptoeconomía», entre otros, que a menudo se emplean como sinónimos. Para comprenderlos adecuadamente, analizaremos las relaciones de género-especie que existen entre algunos de ellos o, también, como elementos integrantes de un ecosistema más amplio.

## II. 2. A. TOKENS CRIPTOGRÁFICOS Y CRIPTO-ACTIVOS

Comenzaremos por precisar el sentido de la palabra «token» ya que es la que, a nuestro juicio, más equívocos suscita. Se trata de una palabra de origen anglosajón, que alude a la idea de «representación».

Su objetivo es ser un medio para representar cosas del mundo real. Pero el empleo de esta palabra cambió con la aparición de Bitcoin, y la tecnología que la hacía funcionar –la Blockchain– al abrir las puertas para la creación de un token digital, seguro, transparente, privado, resistente a la censura y pseudo anónimo: los tokens digitales «criptográficos».

Pero ¿qué es la criptografía? Podemos definirla como el conjunto de técnicas –métodos de encriptación– que protege comunicaciones frente a la presencia potencial de terceros observadores, sean gobiernos, empresas o personas. Tales métodos de encriptación permiten mantener tanto la confidencialidad de la comunicación como demostrar su autenticidad.

Por lo tanto, en la Web3, un token se define como una representación digital y encriptada de un activo que puede o no tener contenido económico registrada como datos en una DLT. Es una entrada de datos –data input– en una red de registro distribuido (DLT) que utiliza criptografía para identificar, autenticar, iniciar y provocar «cambios de estado» en el registro compartido.

La primera gran clasificación de los tokens criptográficos resulta de aquellos que efectivamente califican como criptoactivos de los que no lo son.

Tomaremos como referencia el marco conceptual que nos brindan las Normas Internacionales de Información Financiera –International Financial Reporting Standards (IFRS, por sus siglas en inglés)–. Siguiendo este enfoque, un criptoactivo es cualquier token criptográfico cuya representación digital otorgue derechos al controlador y que tenga la capacidad de generarle beneficios económicos. No obstante, no todos los usos de tokens criptográficos representarán un «activo» –en el sentido económico– para el controlador o usuario, especialmente los que se vinculan con la tecnología gubernamental – GovTech–.

Dentro de los criptoactivos, encontramos la siguiente taxonomía, desarrollada por la Autoridad Supervisora de los Mercados Financieros de Suiza (en adelante, FINMA). Este regulador diseñó una categorización basada en la función eco-nómica de los tokens, a saber:

- i) Tokens de pago –payment tokens–, llamados comúnmente criptomonedas.

ii) Tokens de utilidad –utility tokens–, aquellos que buscan proveer acceso a una aplicación o servicio provisto mediante una infraestructura basada en la tecnología Blockchain. En caso de contar con un propósito adicional o exclusivo de inversión al momento de ser emitidos podrían ser tratados como valores negociables, al igual que los tokens de activos.

iii) Tokens de activos –security tokens– que representan deuda o participaciones de algún tipo en relación con el emisor. Estos son análogos a las obligaciones negociables, acciones o derivados financieros (en caso de que su valor dependa de un activo subyacente), y podrían verse alcanzados bajo la órbita del regulador.

Sobre esta última clasificación, sostiene autorizada doctrina, que ninguna categoría es excluyente de otra. Un token puede ser tanto de utilidad como de seguridad, y también de pago, siendo así un token híbrido. Es decir, un activo considerado un valor negociable –y, por lo tanto, sujeto a la órbita del regulador– puede funcionar, a la vez, como un token de utilidad y de pago.

Este universo donde se crean e intercambian valores, bienes y servicios útiles y escasos, que trasciende a la economía en un sentido puramente venal, y abarca otros aspectos tales como la seguridad y la circulación del valor mediante el manejo de claves encriptadas en protocolos digitales de registro distribuido ha dado lugar al nacimiento de la llamada criptoconomía, definida como «el estudio de los sistemas económicos basados en la tecnología Blockchain, que permite la creación y el intercambio de activos digitales descentralizados, como las criptomonedas».

## **II. 2 .B LAS DLTS: DIFERENCIAS CON OTROS SISTEMAS**

Desde un enfoque técnico, una DLT o tecnología de registro o libro distribuido es un sistema electrónico o base de datos para registrar información que no está ejecutada por una sola entidad, lo que posibilita la descentralización –esto es, que los datos puedan ser almacenados en varios lugares– y la distribución –la conexión y comunicación entre sí–.

A su vez, las DLTs y la Blockchain comparten un origen conceptual común: ambas son libros de registro digitalizados y descentralizados, en una relación de género a especie. La DLT se configura como una base de datos gestionada por varios participantes, sin una autoridad central que ejerza de árbitro y verificador. Como consecuencia, aumenta su transparencia, lo que dificulta el fraude y la manipulación.

De lo hasta aquí expresado podemos concluir que la Blockchain es una especie dentro del género de las DLTs, con características peculiares: i) es una base de datos o registro compartida, ii) las transacciones son registradas en lotes de datos llamados «bloques» que forman una cadena, iii) los bloques se cierran con una especie de firma criptográfica llamada «hash», de manera que el siguiente bloque se abre con ese «hash», a modo de sello lacrado. Así, se certifica que la información encriptada no se ha manipulado ni se puede manipular.

La Blockchain ha sido definida como una base de datos distribuida, compartida y encriptada, que sirve de repositorio público irreversible de información. Permite, por primera vez, que personas no relacionadas entre sí lleguen a un consenso sobre la existencia de una determinada transacción o evento sin necesidad de una autoridad de control. Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo afirma que es «un registro compartido e inmutable que facilita el proceso de registro de transacciones y seguimiento de activos en una red de negocio. Prácticamente cualquier cosa de valor puede ser rastreada y comercializada, reduciendo el riesgo y los costos para los involucrados».

Cada nueva transacción que va a registrarse se agrupa junto con otras nuevas transacciones en un «bloque», que se añade como último eslabón a una larga «cadena» de transacciones históricas. Esta cadena forma el libro contable de la cadena de bloques que tienen todos los usuarios. Para incluir nuevas transacciones, se utilizan técnicas para validar que la transacción es posible y correcta. Estas cadenas de bloques se califican como «sin permiso», porque no hay una autoridad especial que pueda denegar el permiso para participar en la comprobación y adición de transacciones. También es posible crear cadenas de bloques «con permiso», donde un limitado grupo de actores conservan el poder de acceso, comprobación y adición de transacciones al libro contable. Puede advertirse cómo la definición brindada por el Parlamento Europeo introduce una de las clasificaciones existentes en materia de tecnología Blockchain, que desarrollaremos en profundidad en el próximo apartado.

Brevemente diremos que cada participante en la cadena de bloques posee una llave privada, que se mantiene en secreto y sólo es conocida por su propietario, y una llave pública, que es visible para todos los demás participantes en la red. Cuando se inicia una transacción, el futuro receptor de un activo digital proporciona su llave pública al actual propietario del activo. Este último lo transferirá al nuevo propietario al firmar digitalmente la transacción con su llave privada, la que funciona como una firma digital encriptada o hasheada. Asimismo, agrega que las direcciones de las llaves públicas de todos los participantes son generadas mediante

criptografía y están almacenadas en la cadena de bloques, lo que permite a cualquier persona verlas. Cada activo digital está vinculado a una llave pública, y en la criptoconomía, una transacción implica la transferencia de activos entre llaves públicas, que actúan como direcciones virtuales. Todas las transacciones son rastreables debido a que las transferencias entre llaves públicas quedan registradas en la cadena de bloques, la identidad detrás de una llave pública no puede ser determinada a menos que se tenga acceso a información adicional.

Una de las cuestiones de mayor complejidad en el ámbito de los sistemas distribuidos radica en la búsqueda de mecanismos que permitan a los nodos participantes alcanzar consenso sobre la veracidad de eventos específicos sin depender de una autoridad central externa para validar la información. Dada la vulnerabilidad inherente que supone la presencia de terceros en la validación de datos, que están expuestos a posibles manipulaciones por parte de agentes con intenciones maliciosas, podemos preguntarnos cómo una red distribuida puede establecer un consenso respecto a la veracidad de los datos o la autenticidad de los procesos, considerando una configuración inicial basada en la desconfianza entre los nodos participantes. Los llamados «protocolos de consenso» son los que vienen a resolver este problema, entendido como un proceso por medio del cual una red de nodos ordena las transacciones y valida los bloques que las contienen antes de ser incorporados a la cadena. Cualquier protocolo de consenso debe confirmar la corrección de todas las transacciones propuestas en un bloque, de acuerdo con las reglas de consenso estipuladas. No nos vamos a detener aquí, solo mencionar que existen distintas formas de alcanzar el consenso, las más conocidas son llamadas Proof of Work (en adelante, PoW) y Proof of Stake (en adelante, PoS).

## **II.2. C SMART CONTRACTS**

Diremos brevemente que han sido definidos como “un protocolo de transacción informatizado que ejecuta los términos de un contrato” y “un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, dentro del cual las partes cumplen estas promesas”. Esta definición ha sido fuertemente criticada por los detractores de los contratos inteligentes, como Eliza Mik, quien explica que en realidad no son contratos en el sentido legal, lo que ha causado mucha confusión en este ámbito. Argumenta que son simplemente programas que se ejecutan en la Blockchain, por lo que resulta esencial distinguir entre los Smart Contracts desde una perspectiva tecnológica y desde una perspectiva legal. En términos jurídicos, se trata más bien de mecanismos de ejecución de contratos.

Resulta interesante también, la conceptualización que hace la Cámara de Comercio Digital de Estados Unidos, que los define como «un código de computadora que, dado el acaecimiento de una o unas condiciones especificadas, es capaz de autoejecutarse automáticamente según una serie de funciones predeterminadas. El código se puede almacenar y ejecutar en un registro distribuido y puede dejar registrado en éste cualquier cambio resultante».

Por su parte, el Observatorio y Foro de Blockchain de la Unión Europea los describe como «un código de computación que está almacenado en una cadena de bloques y que puede ser accedido por una o más partes».

A partir de estas definiciones podemos concluir que los Smart Contracts son programas informáticos, apalancados en la tecnología Blockchain, concebidos para realizar las acciones de un contrato basándose en una serie de instrucciones programadas, es decir, que tienen la capacidad de autoejecutarse y producir efectos jurídicos.

Ante la confusión generalizada a partir del concepto de Smart Contract, según Heredia Querro se ha generalizado la utilización del concepto de contrato legal inteligente o Smart Legal Contracts, para distinguirlos de los Smart Contracts con implicancias legales. En este sentido, el Observatorio y Foro de Blockchain de la Unión Europea expresa que los Smart Legal Contracts son contratos inteligentes plasmados en una cadena de bloques que representan un contrato en el sentido legal del término.

Este tipo de contratos plantea ciertos interrogantes en cuanto a la legalidad, tales como los requisitos formales establecidos por la ley para que un acuerdo sea jurídicamente vinculante, si tiene firma o no y cómo se ha plasmado, si pueden ser modificados, eventuales errores en los códigos de programación, situación jurídica, efectos y aplicabilidad de estos contratos inteligentes; cuestiones todas que deberían ser analizadas a la luz de las legislaciones correspondientes, aunque ello excede ampliamente los fines de este trabajo.

Por su parte, el Foro de la Unión Europea los distingue de los contratos inteligentes con implicancias legales, que son construcciones o artefactos basados en tecnología inteligente que tienen implicancias jurídicas, es decir, que los contratos inteligentes, en el sentido más amplio de programas autoejecutables pueden utilizarse para otras cosas además de acuerdos entre partes, por ejemplo, para representar activos en forma digital, crear organizaciones autónomas descentralizadas, etc.

Amén de lo controvertido que puede resultar la conceptualización y naturaleza jurídica

de los Smart Contracts, son innegables sus atributos innovadores, aunque también los riesgos potenciales que entrañan; en particular, en lo relativo a la ejecución automática y la inmutabilidad de la Blockchain que plantean numerosos desafíos para las partes involucradas en este tipo de acuerdos.

### **III. DINÁMICAS EN ENTORNOS BANCARIOS Y MERCADOS DE CAPITAL**

El sistema financiero constituye un componente vital en la estructura de los Estados dado el papel que desempeña tanto en la canalización de recursos financieros como en el impulso del desarrollo económico.

Resulta importante destacar que nos encontramos inmersos en momentos de reconfiguración de este ámbito, no sólo en el contexto argentino, sino a nivel global. Factores como la digitalización, la innovación tecnológica y la emergencia de nuevas formas de financiamiento rediseñan el panorama económico y financiero continuamente.

Existen numerosas definiciones de que es un sistema financiero, entre ellas podemos mencionar que ha sido definido como «el conjunto de instituciones y mercados que cumplen el rol de acumular ahorro de las familias, las empresas y el gobierno y prestarlo para diversos fines: consumo, inversión reproductiva e inmobiliaria». En efecto, en el seno del sistema financiero se identifican unidades económicas que poseen excedentes y déficits, ahorradores e inversores, respectivamente, que pueden ser entidades tanto del ámbito privado como del público, y se congregan en organizaciones financieras, así como en entidades gubernamentales. Además de estas unidades, encontramos los intermediarios financieros y los organismos reguladores y de supervisión. Por lo tanto, advertimos que el sistema se configura a partir de instituciones financieras, autoridades monetarias y financieras pertinentes, activos financieros y mercados en los que se llevan a cabo las operaciones.

Al efecto de una mejor comprensión, podemos desagregar los componentes fundamentales del sistema financiero en tres grandes categorías: las entidades financieras, los intermediarios financieros no bancarios y las Fintech. Este conjunto diverso de elementos colabora en la configuración y funcionamiento del sistema financiero, influyendo de manera significativa en la asignación eficiente de recursos y en el dinamismo de la economía en su conjunto.

A continuación, hablaremos de la primera de estas categorías: las entidades financieras. Se trata de aquellas instituciones que, en Argentina, operan bajo la regulación



establecida por la Ley 21.526 del año 1977, la «Ley de entidades financieras». El artículo 1 establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: «Quedan comprendidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros». Cabe destacar que la enumeración de entidades alcanzadas que realiza el artículo 2 no es taxativa, y por ello pueden incorporarse otras siempre que su objeto sea el descripto anteriormente.

La supervisión y regulación de las actividades de las entidades financieras es responsabilidad de dos instituciones: el BCRA y la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias. Existe una relación particular entre estos dos entes a la luz de la Carta Orgánica del BCRA –Ley 24.144 del año 1992– y la Ley de Entidades Financieras. Señala Humar que el órgano supervisor será siempre el BCRA, quien vigilará el buen funcionamiento del mercado financiero, y aplicará las normas contenidas en la Ley de Entidades Financieras. La Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias es un órgano de tipo administrativo a través del cual el BCRA ejercerá la supervisión del sector. Es decir que media entre ambas instituciones una relación de dependencia.

Dentro del segundo grupo, encontramos aquellas entidades y actividades financieras que, total o parcialmente, están fuera del sistema bancario tradicional u operan como instancia de intermediación crediticia no bancaria. Se las conoce como Shadow Banking o «banca paralela». Este grupo heterogéneo, conformado en su mayoría por cooperativas de crédito y ahorro, instituciones microfinancieras, uniones de crédito, compañías financieras y organizaciones no gubernamentales, juega un rol cada vez más importante a la hora de proveer servicios financieros a hogares y pequeñas y medianas empresas. Según un informe del Fondo Monetario Internacional (FMI) del año 2011, el rápido crecimiento y la creciente interconexión de estas entidades con el resto del sistema financiero, especialmente con los bancos, sumado a un marco regulatorio insuficiente y una supervisión y capacidad de instrumentación muy limitada, podría tener efectos adversos significativos en la estabilidad financiera de las economías. Esto se debe, entre otras razones, a que estas entidades no se encuentran autorizadas por el BCRA para operar como una entidad financiera, razón por el que los fondos depositados en las cuentas de entidades no financieras no constituyen depósitos con las garantías previstas por el BCRA, a pesar de que puedan llevar a cabo todas las actividades, tales como otorgamiento de créditos, capitalización, entre otros.

Un informe elaborado por el Ministerio de Hacienda de la Nación Argentina titulado Estrategia Nacional de Inclusión Financiera, ilustra la composición del sistema financiero argentino. Muestra que, conforme los datos recabados al mes de noviembre del año 2018, el sistema estaba conformado por 78 entidades financieras, de las cuales 63 eran bancos –13 públicos y 50 privados–. Al mes de enero del año 2019, existían, además, 124 emisoras de tarjetas de crédito y/o compra y 237 proveedores no financieros de crédito registrados. Además, relevó otras entidades no registradas entre las que se encuentran algunas microfinancieras, mutuales y cooperativas, y entidades dedicadas al crédito comercial con fines de lucro. Por su parte, la participación en los activos del sistema financiero de las compañías financieras y las cajas de crédito cooperativas resulta pequeña, alcanzado tan sólo el 1,7% del total. Asimismo, las compañías de seguros, supervisadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, registran una tasa de participación del 11,2%.

Finalmente, para completar el panorama, encontramos a las Fintech, que no necesariamente deben ser entidades financieras. Según el informe Finnovista Fintech Radar Argentina 2023, el término Fintech, en el sentido empleado por el Financial Stability Board, hace alusión a la «innovación tecnológica aplicada a los servicios financieros que puede resultar en nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos asociados a un efecto relevante en la prestación de servicios».

Conforme los datos relevados en el informe, para el año 2023 se identificaron en el Ecosistema Fintech argentino 343 empresas que se ajustan a la definición propuesta por el Radar; es decir, que son de origen nacional – establecidas en el país o fundadas por equipos argentinos–, operan en Argentina y cuentan con la capacidad de ofrecer una experiencia digital completa para el cliente –customer journey–.

A partir de esta visión general, podemos advertir que el sistema financiero argentino está dominado casi en su mayoría por el sector bancario, en tanto que la participación de los intermediarios financieros no bancarios representa un activo total pequeño. Por su parte, el ecosistema Fintech evidencia un notable progreso hacia la madurez, reflejado en un crecimiento anual compuesto del 11,5% en el número de proyectos desde el informe del año 2021, aumentando de 276 a 343 empresas Fintech locales operativas en Argentina.

### **III. 1. ARQUITECTURA LEGAL DEL SISTEMA FINANCIERO EN ARGENTINA**

- a) Ley 21.526: Ley de Entidades Financieras: La Ley de Entidades Financieras argentina constituye el marco normativo que regula el funcionamiento de las instituciones financieras en el país. Esta legislación aborda aspectos fundamentales relacionados con la creación, operación, supervisión y liquidación de entidades financieras, englobando una amplia gama de instituciones como bancos, casas de cambio y otras entidades financieras no bancarias
- b) El Banco Central de la República Argentina: El BCRA se erige como una institución central en la economía argentina, encargada de regular y supervisar el sistema financiero nacional, así como de establecer y ejecutar la política monetaria del país. Fundado en 1935, se ha constituido como el órgano rector de la política económica, desempeñando un rol crucial en la estabilidad macroeconómica y en la salvaguarda del valor de la moneda. Entre sus funciones y facultades principales destacan cuestiones tales como la formulación y ejecución de la política monetaria, la regulación y supervisión del sistema financiero, la emisión de moneda, la gestión de las reservas internacionales y otras funciones económicas y financieras de importancia para la estabilidad y el desarrollo económico del país.
- c) El mercado de capitales argentino, regulado principalmente por la Ley 26.831 y sus modificatorias.

### **III.2. EL MERCADO DE CAPITALES**

Entrando en un breve análisis del mercado de capitales, encontramos también varias definiciones y categorizaciones, a los efectos de este trabajo seguiremos la clasificación formulada conforme el tipo de activo que se comercialice, según la cual los mercados pueden clasificarse en las siguientes categorías: mercado monetario –con el mercado de créditos y el mercado de valores como componentes–, mercado de divisas y mercado accionario o de capitales. Respecto a este último, es donde los instrumentos primarios de transacción –bonos y acciones– están orientados hacia la financiación a mediano y largo plazo. En Argentina, estas transacciones se llevan a cabo mediante los agentes de bolsa en el ámbito bursátil y los agentes extrabursátiles en distintos mercados. Los más importantes son BYMA (Bolsas y Mercados

Argentinos), MATBA ROFEX, MAV (Mercado Argentino de Valores) y MAE (Mercado Abierto Electrónico). Los principales instrumentos financieros que se negocian en este mercado incluyen los títulos públicos emitidos por la Nación, provincias, municipios o entidades autárquicas; títulos privados como obligaciones negociables, títulos de deuda y certificados de participación en fideicomisos financieros; acciones, entre otros. Así, también, se observa un mayor desarrollo de otros instrumentos financieros en estos mercados, como el de las cédulas hipotecarias y otros vinculados a actividades productivas específicas.

En Argentina, durante los años sesenta, se promulgó una legislación bastante avanzada para su tiempo que abordaba aspectos vinculados a los sistemas contemporáneos de los mercados financieros: la Ley 17.811 sobre el Régimen de Bolsas y Mercados de Valores. Sancionada en el año 1968, regulaba de manera integral todo lo referente a la oferta pública de títulos valores, organización y funcionamiento de las bolsas de comercio y mercados de valores y la actuación de las personas dedicadas al comercio de aquellos.

Luego, en el año 2012 se promulgó la Ley 26.831 (reglamentada por el Decreto Reglamentario 1023/2013) que abrogó la antigua Ley 17.811. La reforma reemplazó al sistema vigente, basado en la autorregulación, por uno de fiscalización estatal. Además, incorporó otros ajustes como la desmutualización de los agentes de valores, la obligatoriedad de la interconexión de los sistemas de negociación de los diversos mercados, la introducción de nuevas categorías de agentes, un nuevo régimen de calificación de riesgo, un mayor control sobre las sociedades emisoras, medidas adicionales para proteger a los inversores y el fortalecimiento del rol de contralor de la Comisión Nacional de Valores. Sin embargo, la normativa también incluyó disposiciones que otorgaban una serie de atribuciones al regulador –entre las que se destaca el artículo 20– y que han sido objeto de críticas por algunos participantes de la industria. De ello hablaremos más adelante.

Por otra parte, en el año 2018 se sancionó y promulgó la Ley 27.440 llamada Ley de Financiamiento Productivo con el objeto de modernizar y expandir el sistema de mercado de capitales local. Esta ley introdujo cambios sustanciales en dieciocho leyes, reemplazando múltiples disposiciones de la Ley de Mercado de Capitales. Su objetivo principal fue agilizar los procesos, fortalecer la protección del inversor, promover la estabilidad del mercado e incluir nuevos productos financieros que facilitaran la financiación, especialmente para las pequeñas y medianas empresas.

Entre las instituciones que conforman el mercado de capitales en la Argentina está la

CNV como principal organismo encargado de la promoción, supervisión y control del mercado de capitales, con competencia en toda la República Argentina. La Comisión de Valores data del año 1937, cuando fue instituida como un organismo dependiente del BCRA, con funciones meramente consultivas. Bajo este régimen perduró hasta la promulgación de la Ley 17.811 la cual reguló de manera integral el mercado de capitales. Se estableció la creación de la CNV como una entidad autárquica nacional, de carácter técnico y con competencia en todo el territorio nacional. Esta regulación abarcó aspectos como la oferta pública de valores, la organización y operatividad de las instituciones bursátiles, así como la conducta de los agentes bursátiles y otros sujetos dedicados al comercio de títulos valores.

#### **IV. FINANZAS DESCENTRALIZADAS Y CRIPTOMONEDAS: EL NUEVO PARADIGMA DE LA INTERMEDIACIÓN**

Las diversas formas de intermediación en los criptomercados constituyen un fenómeno de estudio relevante en el ámbito financiero. En este contexto, mientras algunas modalidades de cripto-intermediación poseen equivalencias directas con prácticas tradicionales de intermediación financiera, otras representan innovaciones sustanciales y experimentan un aumento notable en su adopción. Un ejemplo de ello son las llamadas Finanzas Descentralizadas, conocidas como DeFi por su acrónimo en inglés –Decentralized Finance–. Si bien la DeFi posee el potencial suficiente para complementar las actividades financieras tradicionales, también presenta ciertas vulnerabilidades que requieren atención y análisis crítico.

Las DeFi hacen referencia al uso de la Blockchain y activos digitales o criptoactivos para la prestación de servicios financieros. En realidad, DeFi es un concepto amplio que engloba una variedad de actividades y relaciones comerciales. Conforme enseña The Wharton Blockchain and Digital Asset Project, podemos identificar seis principales categorías de servicios DeFi: monedas estables o stablecoins, plataformas de intercambio o exchanges, créditos, operaciones con derivados, provisión de seguros y gestión de activos, junto con servicios complementarios como billeteras digitales o wallets y los llamados oráculos, entre otros.

En definitiva, las DeFi se caracterizan por ofrecer servicios financieros sin depender de intermediarios centralizados, operando a través de protocolos automatizados en Blockchains. Es decir, se trata de aplicaciones financieras que funcionan mediante contratos inteligentes o

Smart Contracts en una cadena de bloques, generalmente de tipo pública o no permissionada.

En este marco las stablecoins surgen como una alternativa frente a la volatilidad de los criptomercados, ya que, en principio son activos intrínsecamente estables, que mantienen su valor vinculándose a una moneda fiat específica, como el dólar estadounidense, o a un activo tangible, como el oro, de modo que el precio permanece fijo. Para mantener esta vinculación suelen emplearse diversos mecanismos, entre los cuales se incluyen el respaldo con moneda fiat, con criptomonedas, el respaldo de materias primas y el respaldo de algoritmos o híbridas.

Frente a la inestabilidad frecuentemente observada en el mercado cripto, los inversionistas están explorando alternativas que ofrezcan una mayor resistencia a la volatilidad característica de criptomonedas tradicionales como Bitcoin y Ethereum. Para ilustrar lo dicho, nos remontamos al «criptoinvierno» que atravesó el sector de las criptomonedas en el año 2022, en el que activos digitales como Bitcoin y Ethereum perdieron hasta un 75% de su valor. En paralelo, las acciones de las empresas tecnológicas en Wall Street, reflejadas en el índice Nasdaq, también descendieron, mostrando una correlación con la caída del Bitcoin.

Frente a este panorama, en particular en economías de mercados emergentes y en desarrollo, las stablecoins han sido vistas como una alternativa atractiva para reservar valor y protegerse contra la inflación y la devaluación de la moneda local. Desde la perspectiva de los usuarios, esta llamada «criptoización» proporciona un mecanismo para salvaguardar los intereses financieros frente a las presiones macroeconómicas y las instituciones financieras frágiles.

Sin embargo, observamos que tampoco en el mundo de las stablecoins resulta que todas ellas le hagan honor al nombre, es decir, mantengan su valor de manera constante. De hecho, la mayoría de las stablecoins experimentan fluctuaciones en su valor; algunas pueden desviarse significativamente del valor que pretenden mantener. El caso paradigmático es el de las stablecoins algorítmicas, tokens que intentan estabilizar su valor mediante algoritmos que regulan la emisión en función de la oferta y la demanda, a veces respaldándose en criptoactivos no garantizados, y que incluso pueden desvincularse del valor de referencia en caso de producirse un evento de impacto significativo que se perpetúe automáticamente una vez iniciado, como fue el caso del colapso de TerraUSD en el año 2022.

A su vez, los exchanges resultan esenciales para la expansión sostenida de las DeFi. Mediante la provisión de interfaces de usuario intuitivas, sistemas de custodia seguros y una infraestructura robusta de emparejamiento de órdenes, facilitan el flujo de capital hacia y desde

las aplicaciones DeFi, fomentando la eficiencia y la democratización del acceso a servicios financieros. Por un lado, desempeñan un papel crucial como intermediarios al facilitar el intercambio de tokens entre diferentes Blockchains. Brindan a los tenedores de diversos tokens una plataforma compartida donde pueden realizar transacciones de manera automatizada. En este sentido, los exchanges actúan como «marketplaces». Además de esta función de intermediación, funcionan como «market makers», en tanto tienen la capacidad de establecer precios de compra y venta para los tokens que se negocian en sus plataformas, aglutinando tokens de diversas Blockchains. En este doble rol de intermediador, cada exchange ejerce su prerrogativa para seleccionar qué tokens pueden ser agregados a su plataforma de intercambio y cuáles no, así como quiénes pueden acceder al mercado y quiénes no, rompiendo, en parte, con el principio fundamental de descentralización.

#### **IV. 1. REGULACIÓN FINANCIERA DE TOKENS Y CRIPTOMONEDAS EN ARGENTINA**

Para dar cuenta de la regulación actual de las tecnologías financieras vanguardistas, es necesario previamente revisar brevemente la idea que tenemos del dinero. La aparición del dinero con su triple función como depósito de valor, instrumento de medida y medio para realizar transacciones, marcó una notable revolución hace milenios, sustituyendo al sistema de trueque o permuta que dominaba en las sociedades antiguas. Este hito permitió la emergencia de formas de comercio más elaboradas y sofisticadas, facilitando así las transacciones económicas entre individuos y comunidades. Hoy no hay dudas que el futuro del dinero será mayormente digital. Las personas y las organizaciones, debido a la irrupción de las TICs, empiezan a tener a su disposición herramientas para crear entornos de intercambio seguros, rápidos, baratos y fiables. La tecnología Blockchain nos muestra que para tener confianza en el dinero no necesitamos exclusivamente al Estado, sino que, por medio de la criptografía, algunos tokens creados en plataformas Blockchain, y emitidos y ofrecidos al público a través de las Initial Coin Offerings (ICOs), parecerían cumplir con las tres funciones del dinero mencionadas anteriormente.

##### **IV. 1 A. CRIPTOMONEDAS, DINERO VIRTUAL Y DINERO DIGITAL**

Vimos que existen en dos categorías principales de token criptográfico: criptoactivos y no criptoactivos. Entre los casos de uso de los tokens criptográficos que no representan activos encontramos, por ejemplo, al GovTech. Mientras que, desde la óptica de los activos, se destacan los criptoactivos con finalidad de pago y sin mecanismos de estabilidad en su valor, como Bitcoin, que se convirtió en dinero electrónico cuya definición dejaremos para otro trabajo; las stablecoins –como vimos, criptoactivos con finalidad de pago cuyo valor no sea volátil por estar anclado al de una moneda fiat– y los criptoactivos emitidos por Estados Soberanos – Central Bank Digital Currencies o CBDC–, donde el valor estable deriva del Estado emisor.

Además, siguiendo la taxonomía propuesta por FINMA, tal como adelantáramos, se realizó una subdivisión adicional, identificando tres tipos de tokens: tokens de pago –payment tokens–, conocidos tradicionalmente como criptomonedas, tokens de utilidad –utility tokens– y tokens de activos –security tokens–. Ahora bien, ¿qué se entiende por moneda virtual y cuál es la diferencia con el concepto de moneda digital?

El Banco Central Europeo define al dinero virtual como «moneda digital no regulada, emitida normalmente por sus propios creadores y generalmente utilizada entre los miembros de una comunidad virtual».

En igual sentido, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o Financial Action Task Force (FATF por sus siglas en inglés) define a la moneda virtual en los siguientes términos: «Una representación digital de valor que facilita el intercambio digital y funciona como un medio de cambio, una unidad de cuenta y un depósito de valor, y no tiene curso legal en ninguna jurisdicción. No es emitida ni garantizada por ninguna jurisdicción, y cumple las funciones antes mencionadas únicamente por acuerdo dentro de la comunidad de usuarios de la moneda virtual».

Asimismo, el GAFI define a la moneda digital como «la representación digital de la moneda fiduciaria utilizada para transferir electrónicamente valor. El dinero electrónico es un mecanismo de transferencia digital de moneda fiduciaria, es decir, que transfiere electrónicamente valor de curso legal». Añade que la moneda digital puede ser una representación digital de moneda virtual (no fiduciaria) o de dinero electrónico (fiduciaria), por lo que suele utilizarse indistintamente el término genérico de «moneda virtual».

En la legislación argentina, el primer inconveniente es la carencia de una definición del concepto moneda digital. Fue recién con la reforma tributaria implementada por la Ley 27.430, con vigencia desde 2018, que se introdujo la expresión moneda digital en el marco



normativo argentino. La reforma tributaria modificó la Ley de Impuesto a las Ganancias incorporando en el objeto del impuesto la gravabilidad de los beneficios derivados de la enajenación de monedas digitales; no obstante, ni el nuevo texto de la Ley de Impuesto a las Ganancias ni la modificación del Decreto 19 Reglamentario, ni ninguna Resolución General emitida por la AFIP han abordado hasta la fecha la definición de moneda digital.

A modo de conclusión, podemos destacar las diferencias existentes entre las categorías de dinero, específicamente entre las monedas virtuales y las monedas electrónicas o digitales, y en particular, en relación con las monedas tradicionales o dinero fiat. Entonces, advertimos que las monedas virtuales representan una forma particular de dinero electrónico que realiza las mismas funciones que el dinero fiduciario, a pesar de no tener, en algunos países, curso legal. Asimismo, está directamente vinculado y regulado en las mismas unidades de cuenta que las monedas tradicionales. En contraste, las monedas virtuales establecen su propia unidad de cuenta, creada por sus usuarios.

En segundo lugar, también se destacan discrepancias en cuanto a la aceptación por parte de las entidades de cada tipo de moneda. Las monedas digitales son generalmente aceptadas por una variedad de entidades distintas al emisor, en tanto se encuentran sujetas a regulaciones, mientras que las monedas virtuales tienden a utilizarse principalmente dentro de la comunidad que las genera y carecen de regulación en su totalidad, salvo por algunos aspectos específicos que comienzan a ser objeto de legislación.

En cuanto a la emisión, el dinero electrónico –la moneda digital– es emitido por entidades legalmente establecidas, mientras que el dinero virtual puede ser emitido por los propios usuarios de la comunidad, que generalmente tienen un carácter privado. Además, la oferta de moneda en el caso del dinero electrónico está fijada y determinada por el regulador, mientras que en el caso del dinero virtual es variable y está sujeta a las decisiones de los usuarios de la comunidad, siendo un sistema descentralizado.

En los últimos tiempos, la terminología moneda digital ha despertado interés debido a la implementación que están experimentando las llamadas Central Bank Digital Currencies (CBDC, por sus siglas en inglés) respaldadas por una institución emisora central. Tomaremos la definición brindada por el Banco de Inglaterra en un informe publicado en el año 2020, que caracteriza a las CBDC como una forma electrónica de dinero emitido por el Banco Central disponible para su uso por parte de hogares (minorista) y empresas (mayorista) en transacciones de pago y almacenamiento de valor. Añade que estas monedas pueden ser concebidas como una

nueva forma de dinero que coexiste con el efectivo y los depósitos bancarios, en lugar de reemplazarlos, y que se encuentra denominada en la misma moneda que los billetes, asegurando la equivalencia de valor.

El Banco Central, al emitir moneda electrónica, puede optar entre dos sistemas para registrar y validar las transacciones monetarias: un sistema centralizado, lo que implicaría que el banco controla la información, pero al mismo tiempo requiere una gran capacidad de procesamiento. Por otro lado, puede optar por un sistema basado en DLTs, que aseguraría la descentralización de la información y disminuye, en parte, su vulnerabilidad.

Las CBDC se distinguen de las criptomonedas ya que estas últimas no están respaldadas por una entidad central y no cumplen con las funciones esenciales del dinero debido a su volatilidad y falta de aceptación generalizada. En contraste, la emisión de las CBDC está centralizada en el Banco Central, y es de curso legal y forzoso, garantizando así su estabilidad y respaldo. En cuanto a las stablecoins, si bien ambas ofrecen los beneficios de las monedas digitales sin las fluctuaciones asociadas a las criptomonedas, la doctrina estima que las CBDC podrían en el corto plazo desbancar a las stablecoins, al brindar una forma de dinero digital segura, accesible y eficiente.

En la actualidad, varios estados y entes supranacionales están analizando y desarrollando proyectos a los efectos de emitir moneda digitales o CBDC, especial énfasis merece el caso de China y de la Unión Europea, casos que merecen un estudio específico y profundo.

En definitiva, la emisión de una moneda digital por parte de los bancos centrales podría transformar el panorama financiero, generando nuevas dinámicas de competencia y regulación. Si el Banco Central distribuye esta moneda directamente a través de billeteras digitales, competiría con las ofrecidas por otras entidades financieras, gracias a la mayor eficiencia del sistema oficial y la percepción de mayor confiabilidad en las billeteras respaldadas por él. Sin embargo, la integración de una CBDC con las operaciones de bancos y Fintechs también implicaría una mayor presencia estatal en la competencia financiera, incrementando así la capacidad de control y regulación del sistema, así como también el poder de vigilancia y conocimiento de las transacciones entre individuos y empresas, lo que despierta las más variadas y enfrentadas interpretaciones, tanto en favor como en contra.

#### **IV.1. B. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS**

Se pueden identificar tres enfoques respecto a la «naturaleza jurídica» de las criptomonedas. En primer lugar, pueden ser tratadas como valores mobiliarios. En segundo lugar, hay quienes entienden que las criptomonedas constituyen bienes muebles digitales. Por último, se plantea la opción de categorizar las criptomonedas como medios de pago. Una comprensión precisa de la clasificación jurídica de las criptomonedas puede promover un entorno regulatorio propicio para fomentar la innovación financiera y el desarrollo tecnológico en el sector. Además, permite abordar aspectos relacionados con su tratamiento fiscal, incluyendo cómo se gravan las transacciones y las ganancias asociadas, así como proporcionar medidas de protección a los usuarios, prevenir el lavado de dinero, combatir el fraude y garantizar la estabilidad financiera.

Si consideramos a las criptomonedas como valores mobiliarios, entendemos que son un título electrónico que reconoce a su poseedor el derecho a percibir una determinada cantidad de dinero. Este posicionamiento es el que sostiene la SEC, que se articula alrededor del concepto de security –valores negociables o valores tokenizados–. Categoría que es definida en la legislación norteamericana, entre otros, a partir del concepto de contrato de inversión, así cualquier actividad relacionada con la emisión, oferta, venta y distribución de activos digitales dentro de los Estados Unidos puede estar sujeta a las leyes federales que rigen la oferta pública. Esto implica que estas operaciones deben, o registrarse en la SEC, o no registrarse si es que están exentas de registro según las regulaciones aplicables. Para determinar si una venta requiere registro, se debe evaluar si el activo digital en cuestión se considera una security. Entre las diversas categorías analizadas, la normativa recurre al concepto de contrato de inversión, el cual fue definido jurisprudencialmente en el caso «SEC vs Howey» de 1946 de la siguiente manera: «contrato, transacción o esquema mediante el cual una persona invierte su dinero en un emprendimiento común y espera recibir ganancias exclusivamente de los esfuerzos del promotor o una tercera parte».

A partir de este antecedente, la jurisprudencia comenzó a definir cuatro elementos fundamentales para determinar si un activo se considera una security:

i) una inversión de dinero, ii) un emprendimiento común, iii) una expectativa de ganancia económica, y iv) que dicha expectativa sea principalmente el resultado de los esfuerzos

de terceros. Este enfoque fue denominado como el «test de Howey». La primera vez que este test se aplicó a las ICOs fue en el caso «The Dao». En este caso, aunque los tokens eran criptoactivos que otorgaban derechos a sus tenedores para influir en las decisiones de la organización emisora, conocidos como tokens de gobernanza, la SEC enfatizó que la denominación como tokens de gobernanza no los eximía de la supervisión de la SEC, ya que «el énfasis debe ponerse en la realidad económica que subyace a una transacción, y no en el nombre que se le agregue». Esto refleja el papel activo que la SEC buscaba ejercer en la regulación de las ICOs.

La situación con los tokens emitidos es que su naturaleza jurídica no puede ser generalizada. Es importante examinar individualmente cada tipo de token para determinar si deben estar sujetos al control del regulador.

En cuanto a la segunda postura, esta interpretación sostiene que las criptomonedas constituyen bienes muebles digitales, es decir, que son objetos susceptibles de apropiación, que pueden ser transportados sin afectar el bien inmueble al que están vinculado, que pueden ser utilizados sin ser consumidos, por ende son no fungibles, y que pertenecen a individuos o grupos de manera privada.

Finalmente, encontramos la postura que entiende que las criptomonedas pueden desempeñar roles similares a los del dinero, ya que actúan como divisas o medios de pago. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respaldó esta postura en una sentencia del año 2015.

#### **IV. 1. C. GRAVABILIDAD DE LAS CRIPTOMONEDAS**

En el ámbito tributario, el Dictamen 2/22 de la AFIP establece que las criptomonedas son consideradas activos financieros, por consiguiente, están sujetas a gravámenes por Bienes Personales. En este sentido, el Dictamen 2/22 revisa la posición previamente adoptada en 2019 y la rectifica, teniendo en consideración el cambio de criterio que viene produciéndose en la fiscalidad internacional de los criptoactivos, respaldándose en diversos antecedentes tanto internacionales como nacionales, tales como:

i) A nivel internacional, la OCDE está desarrollando un marco de transparencia para el intercambio de información de criptoactivos –Crypto Asset Reporting Frameworks and Amendments (CARF por sus siglas en inglés–) que se centra en el uso de la tecnología Blockchain y aborda principalmente a aquellos activos que se pueden mantener y transferir de

manera descentralizada, sin la intervención de intermediarios financieros tradicionales;

ii) A nivel local, el Poder Ejecutivo había presentado un proyecto de reforma de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, alineado con el estándar internacional del GAFI, que actualmente es ley, tal como analizaremos al final de este trabajo;

iii) En materia tributaria local, con la reforma de la Ley de Impuesto a las Ganancias del año 2018, se estableció la gravabilidad de los resultados derivados de la enajenación de monedas digitales. Asimismo, en la órbita del impuesto sobre los créditos y débitos y otras operatorias bancarias, se eliminaron las exenciones aplicables a los movimientos de fondos vinculados con operaciones de criptoactivos, criptomonedas, monedas digitales o instrumentos similares. Estas modificaciones, sostiene la AFIP, revelan la intención del legislador de establecer como presupuesto generador de la obligación tributaria a los criptoactivos, por ser hechos reveladores de capacidad contributiva;

iv) El CCyCN, en su artículo 1820, autoriza la libertad de creación de títulos valores en el ámbito de la oferta pública y dispone que cualquier persona pueda crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija, siempre que se destinen a la oferta pública. Ello permite incluir en el concepto de título valor a cualquier instrumento que posea un derecho incorporado. En tal sentido, cita cierta doctrina sosteniendo que los criptoactivos se tratarían de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero y, dado que no tiene el respaldo de ningún banco central, se tratarían de títulos de valor impropio;

v) La Ley de Mercado de Capitales hace referencia a la definición de valores negociables, concluyendo que la expresión valor negociable abarca a todos aquellos activos que, siendo la representación de un valor o derecho de crédito homogéneo y fungible, se encuentre incluido en un registro de anotaciones que permita su negociación y tráfico generalizado; entre los que se encuentran los criptoactivos.

Basándose en estos argumentos, la AFIP concluyó que las criptomonedas no son bienes inmateriales, sino una nueva clase de activo financiero basado en la tecnología Blockchain. Se caracterizan como títulos valores, ya que comparten características similares, como la representación en un registro de anotaciones, su homogeneidad y fungibilidad.

En cuanto al Impuesto a las Ganancias, fue la Ley 27.430 la que incluyó la tributación de las ganancias obtenidas por la venta de monedas digitales dentro del objeto impositivo. Zócaro enfatiza que todas las utilidades derivadas de la enajenación de criptomonedas están

sujetas a gravamen. Sin embargo, plantea algunos interrogantes, tales como la carencia de una definición del concepto «moneda digital», la determinación de la fuente de la ganancia, lo que afecta la forma de calcular el impuesto, el cálculo del costo cuando la moneda digital es minada, entre otros.

Desde el punto de vista del control financiero, conforme la Resolución N° 300/14 de la UIF, la AFIP dictó la Resolución 4614/2019 mediante la cual establece un régimen informativo que deben cumplir los sujetos que administran, gestionan, controlan o procesan movimientos de activos a través de plataformas de gestión electrónicas o digitales, por cuenta y orden de personas humanas y jurídicas residentes en el país, quedando incluidas así las conocidas exchanges, teniendo la responsabilidad de reportar los montos de las criptomonedas que el usuario posee en su plataforma, expresados en moneda de curso legal. Este cálculo se efectúa utilizando el último valor de cotización de compra asociado a cada criptomoneda en cuestión.

A pesar de que ya existían regulaciones específicas que abordaban el tema de las criptomonedas como las mencionadas anteriormente, en el mes de marzo del corriente año, la Cámara de Senadores de la Nación, en votación unánime, aprobó la Ley 27.739, con el fin adaptar nuestro marco normativo de acuerdo con las exigencias mínimas del GAFI, que había establecido el día 26 de marzo de 2024 como plazo límite para fijar los parámetros de control con las empresas que operan con criptomonedas.

En primer lugar, la Ley 27.739 brinda el significado de activo virtual y de Proveedor de servicios de activos virtuales (artículo 4 bis) y dispone la creación de un Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (artículos 37- 39).

En efecto, el art. 4 bis de la mencionada norma, dispone que a los fines de la ley y sus disposiciones reglamentarias, se establecen las siguientes definiciones: “Activos virtuales: es la representación digital de valor que se puede comercializar y/o transferir digitalmente y utilizar para pagos o inversiones. En ningún caso se entenderá como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional y las monedas emitidas por otros países o jurisdicciones (moneda fiduciaria). Proveedor de servicios de activos virtuales: Cualquier persona humana o jurídica que, como negocio, realiza una o más de las siguientes actividades u operaciones para o en nombre de otra persona humana o jurídica: i) Intercambio entre activos virtuales y monedas de curso legal (monedas fiduciarias); ii) Intercambio entre una o más formas de activos virtuales; iii) Transferencia de activos virtuales; iv) Custodia y/o administración de activos virtuales o instrumentos que permitan el control sobre los mismos; y

v) Participación y provisión de servicios financieros relacionados con la oferta de un emisor y/o venta de un activo virtual”.

Asimismo, en su artículo 14, sustituye al artículo 20 de la Ley 25.246 y sus modificatorias, y redefine los sujetos obligados a informar ante la UIF, incorporando a los proveedores de servicios de activos virtuales. Es decir, que incluye a las plataformas de intercambio, como los exchanges de criptomonedas, y las billeteras o wallets, como sujetos obligados con el objeto de dar más transparencia a los procedimientos. En este sentido, se establece que el sujeto obligado deberá implementar un Sistema de Prevención contra el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FP) con un enfoque basado en riesgo, que contendrá todas las políticas, procedimientos y controles a los fines de identificar, evaluar, monitorear, administrar y mitigar eficazmente los riesgos de LA/FT/FP a los que se encuentra expuesto y cumplir con las obligaciones exigidas por la normativa vigente.

Asimismo, se establece que los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (PSAV) están obligados a presentar un Reporte de Operación Sospechosa (ROS) al detectar cualquier movimiento que carezca de una justificación adecuada o no esté respaldado por documentación que explique el origen de los fondos. Estos informes deben contener «todos los detalles y documentos pertinentes que permitan a la UIF utilizar la información de manera efectiva» y deben ser entregados en un plazo máximo de 24 horas desde que se identifica la causa de la sospecha.

Así también, señala la normativa que la CNV será el ente encargado de supervisar el Registro de proveedores de servicios de activos virtuales, por lo que se transforma en un instrumento crucial para garantizar el adecuado funcionamiento de los PSAV. Esta responsabilidad implica que la CNV desempeñará un rol esencial frente a la UIF.

En la Resolución General N°994/2024 emitida por la CNV mediante la cual se incorporaron en su legislación el Registro de Proveedores de Servicios de Activos y los requisitos para la inscripción en el mismo, se estableció la delegación de facultades en la Gerencia de Registro y Control. Es relevante destacar que esta delegación de facultades es temporal y no implica la creación de nuevas áreas dentro de la organización, de modo que el Directorio de la CNV continúa siendo el responsable final de las decisiones.

En este aspecto, la discusión se centra en si la CNV es la entidad adecuada para regular esta industria, ya que hay quienes entienden que la mayoría de las criptomonedas no superan el

«test de Howey» por lo tanto no estamos ante un valor desde el punto de vista bursátil, con lo cual el objeto a regular escaparía de la órbita de la CNV.

## **BREVE CONCLUSIÓN**

En definitiva, la implementación de la normativa regulatoria en el ámbito de los activos virtuales ha generado diversas opiniones y percepciones en la comunidad financiera y entre los usuarios finales. Por un lado, se destaca una percepción positiva por parte de los clientes corporativos, quienes valoran la seguridad y la transparencia que ofrecen las empresas reguladas. Sin embargo, se plantea una mirada más crítica al considerar la reacción de los usuarios finales quienes, caracterizados por su inclinación hacia la autonomía financiera y su desconfianza hacia la intervención estatal, podrían mostrar escepticismo hacia este nuevo control regulatorio.