



# NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



# NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2014

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**  
Volume 34.2 — jul./dez. 2014

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Editor Assistente**

Álison José Maia Melo

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



## SOBRE OS AUTORES

---

### Adrian Sgarbi

Professor de Teoria do Direito da Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-Rio. Doutor e Pós-Doutor pela USP. Pesquisador da Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, Espanha.

### Adriana Freitas Antunes Camatta

Advogada. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara — ESCHC — (Belo Horizonte).

### Alexandre de Castro Coura

Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto (licenciado) da graduação em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do programa de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

### Antônio Carlos dos Santos

Doutor em Direito. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do SOCIUS / Instituto Superior de Economia e Gestão e do Gabinete da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. Membro do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa. Jurisconsulto.

### Bruno Marzullo Zaroni

Professor de Direito Processual Civil da Universidade Positivo. Doutorando e Mestre em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo Pesquisa História, Direito e Subjetividade e do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado, ambos do PPGD/UFPR. Advogado.

### Bruno Taufner Zanotti

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Associação Espírito Santense do Ministério Público.

Professor da Academia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

Celso Barberato

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto — UNAERP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca — UNIFRAN. Advogado.

Danilo Pereira Lima

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Bolsista Capes/Prosup. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. Membro do Grupo “*Dasein* — Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (Unisinos).

Denise Almeida de Andrade

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, bolsista CAPES-PROSUP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do Instituto Mirá. Professora Universitária.

Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro dos cursos de graduação e pós-graduação - UFC. Líder do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental (GTA-UFC). Procuradora da Fazenda Nacional.

Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da UNIFOR. Integrante do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental (GTA-UFC). Auditora Fiscal Jurídica da Receita Estadual.

Fernando Hoffmam

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista PROSUP/CAPES, Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ, Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Santiago,RS), Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias Informacionais e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, vinculado à UNIFRA e ao CNPQ.

Henrique Porto de Arruda

Advogado. Mestrando em Direito Internacional Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília.

Janaina da Silva Rabelo

Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), especialista em Direitos Humanos pela Universidade

Estadual do Rio Grande do Norte (UERN); atualmente exerce atividade de pesquisa.

João Luis Nogueira Matias

Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2009).

Julia Mattei

Doutoranda em Direito pela University of Cologne.

Juliete Ruana Mafra

Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em *Stricto Sensu* da UNIVALI, sob a orientação da Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Maria Claudia S. Antunes de Souza. Bolsista do PROSUP-CAPES. Advogada. Bacharel em direito pelo Curso de Direito da UNIVALI.

Julio Cesar de Aguiar

Mestre em Filosofia, Doutor e PhD em Direito, Professor do Mestrado da Universidade Católica de Brasília, Procurador da Fazenda Nacional.

Lenio Luiz Streck

Doutor em Direito (UFSC); Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Professor Visitante das Universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT); Membro Catedrático da ABDCONST — Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do IHJ — Instituto de Hermenêutica Jurídica; Ex-Procurador de Justiça (RS); Advogado.

Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza

Advogada. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara — ESCHC — (Belo Horizonte).

Marcelo Dias Varella

Professor do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Márcia Dieguez Leuzinger

Professora do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Doutor em Direito (SMU - EUA), Mestre em Direito Público (UnB).; Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Presidente da 1ª Seção do CARF.

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante — Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”.

Maurin Almeida Falcão

Professeur à l’Université Catholique de Brasília, membre de l’Institut International de Sciences Fiscales et Chercheur-visiteur du Groupement Européen de Recherches en Finances Publiques de l’Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne. Processo CAPES n° 9571/11-6.

Natália Zampieri

Doutoranda em Direito Público, Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do Centro Universitário de Araraquara, São Paulo. Advogada.

Norbert Fouquier

Professeur à l’Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Codirecteur du SERDEAUT.

Pedro Arruda Júnior

Advogado. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara — ESCHC — (Belo Horizonte).

Roberta Laena Costa Jucá

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Universitária. Analista do TRE. Membro do Instituto Mirá.

Romana Missiane Diógenes Lima

Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); atualmente exerce atividade de pesquisa.

Samira Macêdo Pinheiro de Amorim

Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP); atualmente exerce atividade de pesquisa.

Zaiden Geraige Neto

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado Universidade de Ribeirão Preto/SP — UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP — Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e Diretor de Relações Institucionais do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado.





## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

NOTAS SOBRE O PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN

*Adrian Sgarbi* ..... 15

A INEFICIÊNCIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO QUE TANGE AO PAPEL DOS ESTADOS NA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS SELVAGENS EM RAZÃO DA DIMINUIÇÃO CONSTANTE DAS ESPÉCIES

*Adriana Freitas Antunes Camatta*

*Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza*

*Pedro Arruda Júnior* ..... 29

(PÓS)POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

*Alexandre de Castro Coura*

*Bruno Taufner Zanotti* ..... 53

A CULTURA JURÍDICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: UMA ANÁLISE À LUZ DAS OBRAS DE FRANCISCO DE PAULA BATISTA E JOAQUIM IGNÁCIO RAMALHO

*Bruno Marzullo Zaroni* ..... 71

O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Celso Barberato*

*Zaiden Geraige Neto* ..... 107

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E RESPOSTA CORRETA: A TEORIA DA DECISÃO EM TEMPOS DE PÓS-POSITIVISMO

*Danilo Pereira Lima* ..... 127

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE JUNHO A SETEMBRO DE 2013 A PARTIR DA PROPOSTA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

*Denise Almeida de Andrade*

*Roberta Laena Costa Jucá* ..... 149

A EFETIVAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO ICMS: INCENTIVOS FISCAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMAS DE LOGÍSTICA REVERSA

*Denise Lucena Cavalcante*

*Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba* ..... 165

A NECESSÁRIA (RE)ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO RISCO E À COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Fernando Hoffmam* ..... 185

A ESTRUTURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAL <i>Janaina da Silva Rabelo</i> <i>Romana Missiane Diógenes Lima</i> <i>Samira Macêdo Pinheiro de Amorim</i> .....	207
ASPECTOS COMPARATIVOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA <i>João Luis Nogueira Matias</i> <i>Julia Mattei</i> .....	227
ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO: UMA ABORDAGEM DO DIREITO COMO CIÊNCIA DO COMPORTAMENTO HUMANO APLICADA <i>Julio Cesar de Aguiar</i> .....	245
SUPERANDO OS DIVERSOS TIPOS DE POSITIVISMO: PORQUE HERMENÊUTICA É <i>APPLICATIO</i> ? <i>Lenio Luiz Streck</i> .....	275
O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: AVANÇOS OU RETROCESSOS (1988 A 2014)? <i>Márcia Dieguez Leuzinger</i> <i>Marcelo Dias Varella</i> .....	299
DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRIVACIDADE, INTIMIDADE, SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL, E O CONSENSO INTERNACIONAL <i>Marcos Aurélio Pereira Valadão</i> <i>Henrique Porto de Arruda</i> .....	315
A SUSTENTABILIDADE E O CICLO DO BEM ESTAR: O EQUILÍBRIO DIMENSIONAL E A FERRAMENTA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA <i>Maria Claudia da Silva Antunes de Souza</i> <i>Juliete Ruana Mafra</i> .....	345
CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA <i>Natália Zampieri</i> .....	367
<b>DOCTRINA ESTRANGEIRA</b>	
A REVOLUÇÃO FISCAL PSD-CDS: REGRESSIVIDADE E REDISTRIBUIÇÃO INVERSA <i>António Carlos dos Santos</i> .....	397
L'INCIDENCE DE L'ÉLITE SUR L'INTERVENTIONNISME DE L'ÉTAT ET SUR LA TYPOLOGIE DU SYSTEME FISCAL: UNE APPROCHE A PARTIR DU CHANGEMENT SOCIAL DU POST-RÉVOLUTION INDUSTRIELLE <i>Maurin Almeida Falcão</i> .....	407
COMMENT CARACTERISER LE DROIT DE L'URBANISME FRANÇAIS APRES LA LOI SRU. UNE ANALYSE HISTORIQUE DU DROIT CONTEMPORAIN DE L'URBANISME <i>Norbert Foulquier</i> .....	437

---

DOUTRINA NACIONAL

---





# NOTAS SOBRE O PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN

*Adrian Sgarbi\**

## **Resumo**

Sabe-se que o ano de 1942 foi importante para Kelsen: depois de ter proferido palestras na Universidade de Harvard em 1941, consegue, enfim, na Universidade da Califórnia, em Berkeley, fixar-se como docente, iniciando seu período estadunidense. O departamento com o qual se manteve vinculado foi o de Ciência Política. Nele, dedicou-se a inúmeros cursos, dentre os quais muitos de direito internacional, teoria do Estado e política. Entretanto, seus estudos sobre esses temas não têm, propriamente, início naquela década. De fato, a respeito do recorte que está a nos interessar, grande parte dos escritos políticos data da década de 20. Alguns deles, inclusive, resultam de posicionamentos e reflexões defendidas quando da elaboração da Constituição austríaca. Nesses termos, o objetivo deste ensaio é oferecer lineamentos do pensamento político de Kelsen. Como o campo é consideravelmente extenso, daremo-nos por satisfeitos focando a temática da democracia como a “chave” que possibilita relacionar a análise jurídica e a sua teoria política. Assim, temas importantes como a clássica contraposição entre liberdade positiva e negativa, princípio da maioria, disputa de valores, e demais aspectos constitucionais serão referidos no quanto servirem para firmar o ponto proposto. Dessa forma, a democracia é analisada em seu aspecto procedimental. Ao fim, reservaremos espaço para breve síntese conclusiva.

## **Palavras-chave**

Hans Kelsen. Democracia. Liberdade positiva e liberdade negativa.

## **Abstract**

It is a known fact that 1942 was an important year for Kelsen. After having lectured at Harvard University in 1941, he finally managed to establish himself as a full professor at the University of California, Berkeley, thereby marking the beginning his American period. He was attached to the Department of Political Science, wherein he devoted himself to numerous courses, many of them in international law, theory of the state, and politics. His studies on these topics, however, did not actually begin in that decade. In fact, in relation to the perspective that interests us, much of the political writings date back to the '20s. Some of them even result from the positions and reflections advocated during the drafting of the Austrian Constitution. Accordingly, the purpose of this essay is to provide guidelines for Kelsen's political theory. As the field is considerably extensive, we will be focusing on the theme of democracy as the "key" that allows us to link legal analysis and Kelsen's political theory. Thus, important issues such as the classic antithesis between positive and negative liberty, the majority principle, moral disputes, and other constitutional matters will be referred to when they serve to establish the points of the

---

\* Professor de Teoria do Direito da Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-Rio. Doutor e Pós-Doutor pela USP. Pesquisador da Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, Espanha. E-mail: asgarbi@puc-rio.br

proposed argumentative fabric. Democracy is therefore analyzed in its procedural aspect. Finally, we will leave space for a brief conclusive summary.

### **Keywords**

Hans Kelsen. Democracy. Positive and negative liberty

## 1. PALAVRAS INICIAIS

Sabe-se que o ano de 1942 foi importante para Kelsen: após escapar da ascensão nazista que o perseguiu dada sua origem judaica, e depois de ter proferido palestras na Universidade de Harvard em 1941, consegue, enfim, na Universidade da Califórnia, em Berkeley, fixar-se como docente, iniciando seu período estadunidense. O departamento com o qual se manteve vinculado foi o de Ciência Política. Nele, empreendeu inúmeros cursos, dentre os quais muitos de direito internacional, teoria do Estado e política.

Entretanto, seus estudos sobre esses temas não têm, propriamente, início naquela década. De fato, grande parte dos escritos políticos data da década de 20. Alguns deles, inclusive, resultam de posicionamentos e reflexões defendidas quando da elaboração da Constituição austríaca.

O objetivo deste ensaio é oferecer algumas notas sobre o pensamento político de Kelsen. Como o campo é consideravelmente extenso, manterei o foco na temática da democracia como a “chave” que possibilita relacionar a análise jurídica e a teoria política de Kelsen. Dessa forma, temas importantes como a clássica contraposição entre liberdade positiva e negativa, princípio da maioria, disputa de valores, e demais aspectos constitucionais serão tratados apenas no quanto servirem para cumprir essa promessa.

Assim, na Seção 2, a democracia é abordada em seu aspecto procedimental. Com isso, na Seção 3, será dada ênfase ao aspecto formal deste processo técnico de decisão. Isso será o suficiente para, na Seção 4, centrar a atenção no povo como ator de destaque do modelo. Nas Seções 5 e 6 particularidades do tema encontrarão desenvolvimento de modo a complementar os pontos precedentes. Ao fim, reservo espaço para breve síntese conclusiva (Seção 7).

## 2. O DIREITO E O TRATAMENTO DOS VALORES

Stanley Paulson, atento para a empresa teórico-política de Kelsen, divide suas preocupações com a política em quatro temas: primeiro, a teoria da democracia; segundo, as instituições jurídicas e políticas fundamentais (incluindo reforma eleitoral, parlamentarismo, federalismo, e controle da constitucionalidade); terceiro, a crítica a toda ideologia, direcionada em particular para as teorias da justiça e do direito natural; quarto e último, mas não me-

nos importante, a crítica ao austro-marxismo, em particular (PAULSON, p. 81-82.).

De tudo isso, gostaria de me deter agora na relação entre a ideia de liberdade política e o arranjo procedimental democrático em Kelsen. Esta a justificativa: em clara conexão com sua metodologia jurídica, Kelsen elabora uma teoria da democracia que, a um só tempo, fornece continuidade à sua tarefa desmistificadora e serve de parâmetro explicativo para o tratamento dos valores.

Aliás, essa peculiaridade da obra de Kelsen é de extrema importância, pois evidencia o processo de legitimação da ordem jurídica. Ademais, permite visualizar a posição teórica e político-liberal de Kelsen, bem como o assentamento da lógica das imputações através de uma compreensão procedimental da democracia como um processo de racionalização dos valores em conflito com vistas à formulação das normas. Porque aí está a principal diferença entre Kelsen e HOBBS: se é a fisiológica *insecuritas* decorrente de uma conflituosidade endêmica que os aproxima, a *conservatio vitae* em Kelsen encontrará, demais da força da espada, a democracia na sintaxe de sua política, com o que Jean-Jacques ROUSSEAU passa a ser sua referência, no particular, mais próximo na resolução do problema da liberdade, embora possuam importantes discordâncias.

Nesse sentido, a configuração da relação entre o jurídico-normativo e o político-normativo passa a ser o centro de preocupação.

### 3. DEMOCRACIA E HETERONOMIA

Para Kelsen, “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa” (KELSEN, 1945, p. 405). Esta afirmação conclui sua crítica à formulação descritivo-numérica que desde o período da Antiguidade vem sendo explicada do seguinte modo: diz-se que a constituição ou o governo é monárquico quando o poder soberano de uma comunidade pertence a um; quando pertence a vários, diz-se ser republicana. Uma república ou é uma aristocracia ou uma democracia, dependendo de o poder soberano pertencer a uma minoria ou a uma maioria do povo.

Tudo isso é insuficiente para Kelsen; se o poder do Estado é a validade e a eficácia da ordem jurídica, relevante é o modo como a constituição regulamentada a criação da ordem jurídica. Vale dizer, a questão fundamental é se há uma democracia ou uma autocracia, se há participação dos cidadãos na formulação normativa ou exclusão (KELSEN, 1945, p. 406).

Portanto, para Kelsen, a determinação de um regime democrático e de um regime autocrático não se resolve afirmando que são métodos para organizar apenas a forma de Estado, pois também são manifestações de convic-

ções filosóficas acerca do mundo e de sua realidade: se se vê o outro como um “idêntico” agente político ou não; porque a democracia implica a igualdade na liberdade política (KELSEN, 1948, p. 350-353). Assim, a única opção que possibilita uma teoria satisfatória é a democracia, pois a forma autocrática de governo não é nada mais que um protótipo de deificação do Estado, a projeção de nossas inseguranças numa metafísica quase irresistível ao homem.

Assim, pode-se dizer que, para Kelsen, o projeto de uma fundação racional da política, que é a origem das prescrições normativas, apenas pode ser alcançado através da referência do relativismo dos valores; isso, mediante total afastamento dos pressupostos metafísicos.

Kelsen, desse modo, passa a se ocupar da liberdade política de um homem senhor da natureza; de alguém que a explica e dela se separa como dono de seu futuro.

A este respeito, a teoria de Kelsen mantém um referente ético, mesmo seja ele consagrado para assentar seu formalismo. “Tolerância” e “igualdade” são seus pontos elementares porque sem aceitar o outro em suas ideias e divergências, bem como tê-lo como um igual nas decisões coletivas, se inviabiliza o processo deliberativo de determinação das regras de convivência.

Com efeito, as vontades individuais são neutralizadas no contexto das aspirações de elaboração das prescrições que, nos termos da ordem jurídica, reduzem-se a um “poder normativo”, o exercício de uma “atribuição de competência”.

Entretanto, é impensável um homem livre e igual nessas condições, sem limites ou sem controle. Qual a solução? Conceber ambos os termos de um outro modo, identificando a liberdade com certo sentido de lei, e a igualdade com certa posição diante dela (KELSEN, 1926, p. 20-21).

Desde o ponto de vista da classificação dos conhecimentos, para que a sociedade seja possível como um sistema separado da natureza, há que existir junto das leis naturais, outra lei específica de caráter social (KELSEN, 1920, p. 18).

Dessa forma, para conservar a liberdade numa organização social, deve-se substituir a ideia de liberdade natural pela de liberdade social, isto é, certa concepção de “liberdade transformada”, a “liberdade política”, ou seja, uma liberdade em “coletividade”.

Em termos pontuais, pode-se dizer que a liberdade como autonomia reproduz a célebre e dicotômica distinção kantiana entre autonomia e heteronomia. Entre a lei com a qual quem a põe e quem a recebe são a mesma pessoa (autonomia) e a lei com a qual quem a põe é uma pessoa diversa de quem a recebe (heteronomia). Assim, enquanto a liberdade (ideal) expressa

uma oposição às vontades estranhas, a igualdade (ideal) concretiza a situação de nenhum homem poder dominar o outro.

Como as normas são postas pelo Estado, para Kelsen apenas em um Estado livre o indivíduo é livre, e tão-somente onde há esta liberdade há democracia. Portanto, o critério decisivo para a definição da democracia revela-se na relação entre sujeito e a sua participação na criação das normas jurídicas postas pelo Estado.

É exatamente sobre isso que se ocupa Kelsen no estudo “Essência e Valor da Democracia”, ano de 1929. Nele, Kelsen reforça não apenas a noção da necessidade da presença do Estado para a existência da sociedade (KELSEN, 1920, p. 28), mas também que “a liberdade da anarquia deve ser transformada na liberdade da democracia” (KELSEN, 1920, p. 29).

Qual o ponto?

Em virtude de haver a necessidade de sermos governados, a questão que põe Kelsen é como podemos ser governados por nós mesmos.<sup>1</sup> Ou seja, como se estabelece uma “vontade objetiva de ordem” dos sujeitos. Porque a passagem da situação da liberdade individual para a liberdade social deve ser regida por um critério que resolva a restrição da primeira frente à segunda sem destruí-la. Kelsen, assim, afirma a necessidade de se fazer uma opção racional para uma existência social possível (GAVAZZI, 1981, p. 351). Isso significa que a passagem da liberdade individual para a liberdade coletiva implica um aspecto que lhe é muito caro: a fixação da vontade que deverá prevalecer (KELSEN, 1920, p. 31).

Ciente da impossibilidade de uma concordância total entre a liberdade dos indivíduos, encontrará Kelsen na deliberação da maioria a resposta para a necessária objetivação das vontades plurais. É exatamente esta “metamorfose da ideia de liberdade” (KELSEN, 1945, p. 407) que conduzirá à realidade da democracia. Entretanto, esta realidade objetiva requer mais amplo esclarecimento sobre aqueles que compõem a vontade majoritária, a compreensão do “povo em sua unidade”.

#### 4. POVO, COMPROMISSO E “DIKTAT”

“Povo” é nome que se dá àqueles que são os sujeitos do poder numa democracia, afirma Kelsen (KELSEN, 1920, p. 36-37). Isto é, a democracia caracteriza uma forma de Estado ou de sociedade cuja vontade coletiva resulta de sujeitos com poder jurídico (agentes competentes juridicamente) e

---

<sup>1</sup> Pense-se aqui, como ilustração, ao menos em Rousseau e em seu *Contrato Social*, Livro I, Capítulo I, embora se deva assinalar que o objetivo rousseauiano é o de retomar a liberdade de um “estado de natureza”, coisa impensável para Kelsen.

que recebem o nome de povo. Portanto, “povo” é vocábulo que exprime uma unidade e como unidade deve ser entendido.

Mas que tipo de unidade?

Unidade “normativa” e não de “vontades pessoais” (KELSEN, 1920, p. 37). E apenas pode ser uma unidade normativa porque imaginar uma unidade de pensamentos, sentimentos e vontades ou mesmo como solidariedade de interesses é o mesmo que retornar à concepção primitiva e fantasiosa, um salto contra a razão, contra a única saída admissível: ser a democracia processo de racionalização das ações singulares diferentes que possibilita uma unidade fundada na divisão do trabalho, conquanto estabeleça a calculabilidade das ações, a subordinação do homem a uma ordem humanamente formada a partir da inclusão na equação da diversidade de valores e, não, os negando com mera ideologia de uma irmanação inexistente, como se houvesse harmonia e unanimidade nos árbitros.

Enfim, é preciso racionalizar metodologicamente as emoções, os ímpetos, os desejos. Isto o que pontua Kelsen em um estudo de 1933, “Formas de Governo e Concepções de Mundo”: “... em sua essência mais profunda o homem não é racional em suas ações, muito menos lógico...” (KELSEN, 1933, p. 42.)

Recuperando o binômio “autonomia vs. heteronomia”, Kelsen conclui que crer na vontade unânime como solução para as decisões coletivas é algo difícil dada a sua instabilidade. Porque, por hipótese, acaso ocorresse a situação de unanimidade (pura autonomia), bastaria um único sujeito mudar de opinião para ela deixar de existir; e, entende Kelsen, esta atitude em nada é estranha ao ser humano.

Portanto, este é o objetivo da democracia para Kelsen: do maior grau de liberdade, que é o da liberdade anárquica, passar para o menor grau possível de não-liberdade, a sujeição às decisões majoritárias através de uma técnica de racionalização das diferenças; porque, democracia, implica “discussão”, “compromisso”, não “diktat” (KELSEN, 1920, p. 67-69; *Id.*, 1933, p. 46-47).

A racionalidade da democracia surge particularmente clara na sua tendência de construir o ordenamento estatal como um sistema de normas gerais, frequentemente escritas, consignadas em precisas estatuições mediante as quais vêm determinadas amplamente, possibilitando a calculabilidade dos atos individuais de jurisdição e de administração. A democracia tende a evidenciar a importância das funções estatais com respeito à legislação, a fazer surgir um Estado de leis. O ideal da legalidade é decisivo para os atos estatais e individuais, pois com ele — na sua legitimidade — esses atos encontram justificção racional (KELSEN, 1933, p. 48).

Com efeito, a “unidade do povo” será somente uma realidade jurídica se for uma “unidade normativa”, uma unidade promovida pela “razão do método”. Daí que “povo” não se iguala a um conglomerado humano, mas a um conjunto de atos individuais regidos pela ordenação jurídica do Estado (KELSEN, 1920, p. 36). Assim, o que fundamentalmente distancia o “povo-massa”, essa simples ficção, e o “povo-função”, essa realidade substancial da democracia, é a capacidade deste último influir na elaboração das normas.

Todavia, como, segundo Giovanni Sartori (1997, p. 141-142), nem em uma “democracia radical” se admite pensar que todos os do povo possuem direitos políticos, Kelsen admitirá ser comum existirem limites ou restrições a esse poder jurídico, tais como: idade, capacidade mental, moral etc.

Com a redução da liberdade natural a uma autonomia política por decisão majoritária e da noção ideal de povo ao número ainda mais restrito de titulares dos direitos políticos que se valem desses seus direitos não assinala ainda o termo das limitações que a idéia democrática deve sofrer na realidade social. De fato, apenas na democracia direta (que dadas as dimensões do Estado moderno e a multiplicidade dos seus deveres, não representa mais uma forma possível de democracia) a ordem social é realmente criada pela decisão da maioria dos titulares dos direitos políticos, que exercem seu direito na assembléia do povo. A democracia do estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos (KELSEN, 1920, p. 43).

Em poucas palavras, aspecto decisivo para a definição de democracia é o da relação dos “sujeitos” com a “criação das normas” pelo Estado (KELSEN, 1911, p. 519 e ss). A este respeito, ainda algumas notas vêm a propósito.

Em primeiro lugar, deve-se observar que Kelsen forja oposição entre, por um lado, a formação artificial e racional das decisões juridicamente constituídas e conformadas normativamente, e, por outro, a formação de regras constituídas apenas psicologicamente. Portanto, surge aqui uma oposição entre o racional/objetivo e o irracional/fantasiioso.

Em segundo lugar, se da democracia resulta a forma que menos contradiz a razão, quê fazer com o embate entre a vontade coletiva e a vontade particular dos indivíduos?

Aqui, o problema reside, para Kelsen, especificamente no “como” ou “de que modo” são constituídas as formas de dominação, isto é, nas relações entre quem obedece e quem comanda. No específico, pode-se dizer ser esta a sua resposta: numa democracia é o maior número de participantes possível que irá dimensionar este seu *status* de forma jurídico-democrática. É dizer, a democracia de Kelsen é eminentemente procedimentalista e relativista quan-

to aos valores, pois o maior número possível de participantes na formação da vontade coletiva é que fornece sua dimensão, resguardada a proteção das minorias.

O princípio de que os juízos de valor possuem apenas validade relativa, um dos princípios fundamentais do relativismo filosófico, pressupõe que juízos de valor antagônicos não são lógicos ou moralmente impossíveis. Um dos princípios fundamentais da democracia é o fato de que cada um deve respeitar a opinião política dos demais, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar num sistema político baseado na crença em valores absolutos. Esta crença invariavelmente conduz — e sempre conduziu — a uma situação em que aquele que afirma possuir o segredo do bem absoluto arroga-se o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estão enganados (...). Este o verdadeiro significado do sistema político que chamamos de democracia, e que podemos opor ao absolutismo político apenas por ser um relativismo político (KELSEN, 1948, p. 354-355).

Com isso, sem surpresas, Kelsen defende o desenvolvimento de técnicas como a técnica do referendo e a da iniciativa popular legislativa (KELSEN, 1920, p. 13 e ss).

Ademais, segundo Kelsen, o princípio da maioria não é, de modo algum, idêntico ao domínio absoluto da maioria, à ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, pela própria definição, a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria. O princípio de maioria em uma democracia é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático, por ser contrário ao princípio da maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão for decidida pela própria maioria.

Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim, é possível impedir, até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é o elemento característico da democracia (KELSEN, 1945, p. 411).

Em terceiro lugar, ao menos quatro pontos estão a explicar a postura de Kelsen com respeito à necessária unidade da vontade do povo e à afirmação de, com isso, compor-se a objetividade necessária para a forma democrática.

Vamos a eles.

O primeiro ponto concerne à busca que faz da caracterização da democracia. É que o positivismo implica refutação de toda metafísica.

O segundo ponto, que, aliás, mantém vínculos com o primeiro, diz respeito ao aspecto do relativismo diante dos valores. Os valores importam em irracionalidade (numa mudança irracional constante) com o que é impossível apreender objetivamente seu significado. Evitando a confusão de um “exame científico” e dos “julgamentos de valor”, aceita Kelsen a fórmula “Wertfreiheit” de Weber (uma liberdade analítica diante dos valores).

E se a primeira ideia aqui lançada implicou na segunda, esta segunda auxilia na compreensão da terceira. Como terceiro ponto, está preservado o dualismo entre “ser” e “dever” que Kelsen largamente faz uso em suas obras. Porque Kelsen, em nenhum momento, esteve preocupado em descrever o que é (“ser”), mas sim preocupado com os julgamentos de dever normativo (“dever”) tendo em vista que procura entender como o homem engajado deve se portar para haver democracia.

Com isso, sua preocupação não é a de entender como habitualmente a democracia é tratada nos manuais ou como é utilizada na linguagem comum. Ele procura determinar o objeto da democracia ou como ela deve ser concebida. E a democracia, em síntese, é técnica de produção de normas.

O quarto e último ponto a ser posto em destaque é o seguinte: se Kelsen analisa o problema da democracia no interior da problemática do método de criação normativa, tal posição pode ser analisada, perfeitamente, sob o viés do “sistema dinâmico”, ou seja, nos termos da atribuição de um poder a uma autoridade legisladora ou de uma regra que determina como devem ser as normas criadas. Consequentemente, Kelsen chega à forma que se opõe à democracia: a forma autocrática de governar, com o que é dualista com respeito às formas de governo.

## 5. AUTOCRACIA COMO DOMINAÇÃO IDEOLÓGICA

É neste plano de considerações que Kelsen entende que “autocracia” é sinônimo de dominação ideológica. É por isso que um escrito de 1913, “Concepção Política do Mundo e Educação”, possui tanta importância.

Conforme acentua Kelsen no trabalho referido, quem comanda autocraticamente governa sozinho, é absoluto em suas posições e tutela a sociedade (KELSEN, 1913, p. 47). Por isso, a autocracia não tolera oposição, ela simplesmente impõe. É forma concentracionária de governar, pois não corresponde à gestão coletiva, mas sim pessoal.

Lamenta, assim, o fato de constatar a surpreendente evolução da cultura técnica em relação a uma perigosa posição de atraso no desenvolvimento da cultura política. Porque para a formação de valores como a tolerância, a

secular ambição política sem medidas deve criticamente ser refletida num compromisso cada vez maior com uma educação política e para a política a partir da qual o individualismo ceda ao coletivo (KELSEN, 1913, p. 58-59).

Com efeito, em uma autocracia, os mínimos movimentos do aparato estatal são identificáveis com o detentor do poder; ele, aliás, cria quantas exceções considera convenientes aos seus interesses, dado o seu poder ilimitado. E se a democracia tem como característica a publicidade dos atos, na autocracia a característica é a ocultação. De fato, se quisermos seguir um tanto mais além nas considerações de Kelsen, a postura do Estado numa “autocracia” frente à esfera internacional apenas poderá ser imperialista, contrapondo-se à do Estado “democrático”, cujo ideal é pacifista.

Portanto, na conversão do estado de liberdade natural para o estado de liberdade política, “autocrático” será o governo que excluir a coletividade como ente de decisão, concentrando o poder e a vontade coletiva na esfera absoluta de um dirigente; e “democrático” será o governo que, de um modo crítico-racionalista mantiver certa postura anti-ideológica — ou, ao menos, pouco favorável a ideologias autocráticas — porque racionalmente estruturado numa concepção objetiva da vontade real do povo feito maioria no parlamento.

## 6. MAIS TRÊS ACRÉSCIMOS

De modo complementar, algo ainda pode ser acrescentado ao que foi dito até agora, com o objetivo de se afastar o excesso de simplificação do quanto foi exposto.

Foi visto que a teoria da democracia de Kelsen é essencialmente procedimentalista. E, nestes termos, o teor político da legitimidade das normas encontra sentido e se reduz às regras que estatuem o aumento de participação na elaboração da normatividade, minimizando o impacto de sua heteronomia. Mas essa compreensão, e é o que importa destacar agora, compõe uma tríade.

Embora Kelsen tenha se preocupado propriamente com a) o caráter jurídico-político da democracia, duas instâncias o auxiliaram nessa delimitação: b) uma de natureza filosófica que envolveu praticamente uma teoria das visões de mundo como igualmente uma outra, de natureza c) sociológica.

Com respeito a essa última, foi visto que Kelsen identifica, nos regimes autocráticos, forte influência ideológica, demais da presença de resquício do pensamento “primitivo”. Por essa razão, em dado momento inclui em suas considerações a educação, o que rapidamente mereceu aqui referência quando foi trazido o ensaio “Concepção Política do Mundo e Educação”. Há, todavia, outro ensaio particularmente relevante.

Em 1926, portanto, três anos antes de “Essência e Valor da Democracia”, Kelsen publica o ensaio “Sociologia da Democracia” com a clara finalidade de enfatizar que “a realidade social não é outra coisa que domínio e comando” e que o problema é o de “como se resolve essa questão” (KELSEN, 1926, p. 33-34).

Assim, a realidade da democracia é uma realidade de método, de organização, de técnica, que, enfim, torna possível compreender o complexo das normas estatais através do conhecimento objetivo e seguro da procedimentalização, pois, nela, todos se encontram no mesmo patamar de igualdade política.

Portanto, a procedimentalização democrática permite a análise das mobilizações que resultam em prescrições, que vence a irracionalidade das valorações sem medida, direcionando-as, através da conformação das regras que possibilitam a tomada de decisões. Daí que a gestão do governo, numa democracia, é temporalmente restrita; pois não se deve dar margem para o desvario de se confundir mito e realidade. Diz Kelsen:

Na democracia a eleição dos chefes encontra-se no centro das considerações racionais, o comando não representa um valor absoluto, mas somente um valor relativo, o chefe vale somente por um certo tempo e somente em certas direções como tal, sendo, no mais, um igual a todos os demais, e sujeito a críticas. (KELSEN, 1926, p. 35).

Em síntese, se na peculiar ideologia democrática as eleições são idealizadas como transferência da vontade dos eleitores aos eleitos, isso não passa, para Kelsen, de uma conservação e defesa tolas da ficção da liberdade, um romantismo, enfim. Porque a substancial distinção entre “democracia” e “autocracia” encontra-se, justamente, na exigência de separação técnica entre eleitores e eleitos para que não se possibilite que o governante converta um pretenso comando em uma vontade que rompa as regras da própria democracia, divinizando-se.

## 7.. CONCLUSÕES

1. Para Kelsen a democracia é uma técnica de governo, uma maneira de se dimensionar e gerir normativamente liberdades;
2. As palavras fortes de Kelsen a este respeito são “funcionamento”, “operacionalidade” e “decisão coletiva objetiva” diante de uma percepção de um “Eu” relativo, que percebe existencialmente o “outro”, o “Tu” em suas potencialidades como um ser que também possui opiniões;

3. A democracia constitui instrumento contra a agressiva aspiração pelo poder, porque o regula;
4. Na democracia o que mais importa é a certeza do direito, a legitimidade e a calculabilidade das funções estatais que são criadas e controladas pelas leis, de modo que a “burocratização” igualmente mantém a democracia;
5. A democracia é meio e forma para se encontrar soluções para a convivência humana e ensinar aos pósteros a relevância de se saber lidar com as diferenças, um método de gestão da vida social;
6. É através da democracia que a irracionalidade dos valores se vê regulada e direcionada com vistas a se viabilizar decisões políticas; isso, sem ceder às mistificações absolutizantes, pois é forma de emancipação do homem da natureza;
7. Kelsen assenta uma série de observações para firmar um entendimento da realidade democrática que, em última análise, é, no seu entendimento, um método, uma técnica: certa compreensão de “povo reduzido” aos direitos políticos; um princípio de “racionalização das decisões” que é o princípio majoritário; a proteção das minorias; a limitação temporal dos mandatos.

## REFERÊNCIAS

GAVAZZI G. **Kelsen: dalla libertà anarchica alle libertà democratiche**, Il Politico, Rivista Italiana di Scienze Politiche), Università di Pavia, no 3, settembre, 1981.

HOBBS, Tho. Philosophical rudiments concerning government and society. Trad.: R. Janine Ribeiro, **Do Cidadão**, Martins Fontes: São Paulo, 1998.

KELSEN, Hans [1911]. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, J.C.B. Mohr, Tübingen. Trad.: A. Carrino, **Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico**, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

\_\_\_\_\_[1913]. Politische Weltanschauung und Erziehung, in “Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung. Trad.: A. Carrino, Concezione politica del mondo ed educazione. In: **Dio e Stato (La giurisprudenza come scienza dello spirito)**, Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 1988.

\_\_\_\_\_[1920]. **EVD**-Von Wesen und Wert der Demokratie, Arkiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd 47. Trad.: A. Carrino, Essenza e valore della democrazia. In: **Dottrina dello Stato**, Edizioni Schientifiche Italiane, Torino, 1994.

\_\_\_\_\_[1926]. Demokratie, in Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie. Trad.: Carmelo Geraci, La democrazia. In: **Il primato del parlamento**, Milano: Giuffrè Editore, 1982.

\_\_\_\_\_[1926]. Zur Soziologie der Democrazie, in “Der österreichische Volkswirt”. Trad.: Agostino Carrino, Sociologia Della democrazia. In: **Sociologia della democrazia**, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

\_\_\_\_\_[1933]. CM-Staatsform und Weltanschauung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Trad.: C. Geraci, Forme di governo e concezioni del mondo. In: **Il primato del parlamento**, Giuffrè: Milano, 1982.

\_\_\_\_\_[1945]. TGDE-General Theory od Law and State, Hans Kelsen Institute, Viena. Trad.: L. Carlos Borges, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Martins Fontes: São Paulo , 1998.

\_\_\_\_\_[1948]. Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics. Trad.: J.L. Camargo/M.B. Cipolla, Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: **A Democracia**, Martins Fontes: São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_[1953]. Was ist die reine Rechtslehre? Trad.: Ernesto Garzón Valdés. **¿Qué es la Teoría Pura del derecho?**, México: BÉFDP, 2002.

PAULSON, Stanley L. Kelsen as political theorist. In: Simone Goyard-Fabre (AA.VV). **La pensée politique de Hans Kelsen**, Caen: Cahiers de philosophie politique et juridique, no 17, Publications de l’Université de Caen, 1990.

SARTORI, Giovanni. **Democrazia (Cosa è)**, Milano: Rizzoli, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tecniche decisionali**. In: **Elementi di teoria politica**, Bologna: Il Mulino, 1995.





# A INEFICIÊNCIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO QUE TANGE AO PAPEL DOS ESTADOS NA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS SELVAGENS EM RAZÃO DA DIMINUIÇÃO CONSTANTE DAS ESPÉCIES<sup>Δ</sup>

---

*Adriana Freitas Antunes Camatta\**  
*Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza\*\**  
*Pedro Arruda Júnior\*\*\**

## **Resumo**

Este artigo objetiva demonstrar a necessidade de proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies. O desenvolvimento econômico dos países afeta consideravelmente toda a biodiversidade do planeta. Assim, as atividades antrópicas no meio ambiente impactam em todo o entorno, incluindo o ambiente marinho e terrestre (fauna e flora), seja em virtude da industrialização ou do comércio, seja em virtude da caça predatória. Com o intuito de preservar as espécies da vida selvagem que sofrem risco de serem extintas, demonstra-se a importância em destacar importantes e expressivas convenções internacionais para esse intento. Dessa forma, tais convenções aliadas à Declaração Universal dos Direitos dos Animais, surgem para minimizar o enfoque econômico embutido na estrutura de muitas espécies animais, que por vezes são exterminadas apenas para a concretização do lucro. Contudo, ainda existe um caminho a percorrer no que tange à eficiência das regras, pois animais continuam morrendo e nenhum responsável penalizado.

## **Palavras-chave**

Convenções internacionais. Direito dos animais. Proteção.

---

<sup>Δ</sup> Este artigo faz parte do projeto de Pesquisa apresentado ao programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara — Belo Horizonte — MG, intitulado “Direito dos Animais e Desafios da Proteção Internacional sob a orientação do Líder, Professor Dr. Kiwonghi Bizawu.

\* Advogada. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESHC — (Belo Horizonte). Email: afacamatta@yahoo.com.br

\*\* Advogada. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESHC — (Belo Horizonte). Email: liviamaria\_cg@hotmail.com

\*\*\* Advogado. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESHC — (Belo Horizonte). Email: pedroarrudajuni-or@yahoo.com.br

## Abstract

This article aims to demonstrate the need for wildlife protection due to the steady decline of the species. The economic development of countries considerably affects the entire planet's biodiversity. Thus, human activities impact on the environment throughout the environment, including the marine and the terrestrial environment (fauna and flora), whether as a result of industrialization and trade. Aiming to preserve the wildlife species that are at risk of being extinct, demonstrates the importance in highlighting important and significant international conventions for this purpose. Thus, these conventions allied to the Universal Declaration of Animal Rights, arise to minimize the economic approach that is embedded in the structure of many animal species, which are sometimes exterminated just to achieve profit. However there is still a way to go in terms of efficiency rules because animals are still dying and no responsibility penalized.

## Keywords

International conventions. Right of animals. Protection.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico é importante para o crescimento de um país. Contudo, esse processo pode afetar direta ou indiretamente toda a biodiversidade planetária.

Diretamente, ocorre por meio dos resultados advindos das atividades humanas aliadas ao processo industrial. Neste caso há uma utilização exacerbada dos recursos naturais, desconsiderando a capacidade de resiliência do Planeta.

De certa forma, o viés econômico está embutido na estrutura de muitas espécies animais, que por vezes são exterminadas para a concretização do lucro. Prova disso é o abate de elefantes para a obtenção do marfim que possui um preço de venda elevado, ou a matança de baleias para extração de óleo.

No mesmo sentido, as atividades antrópicas, seja por industrialização ou por caça predatória, acabam afetando todo o entorno, incluindo neste o ambiente marinho e terrestre.

Indiretamente, esses mesmos fatores podem causar alteração climática como, por exemplo, a elevação dos gases de efeito estufa, gerando o aquecimento global e a chuva ácida no caso do processo industrial. Logo, todo o ecossistema local e regional é afetado, principalmente o habitat e o processo reprodutivo dos animais.

Assim, o objeto dessa pesquisa é identificar as principais convenções internacionais que abarcam a importância da proteção dos animais selvagens em razão da diminuição constante das espécies.

Indaga-se, portanto, qual o papel dessas convenções diante da ameaça de extinção e das atrocidades causadas a certos grupos de animais.

Nesse sentido, assim dispõe Simone Shizue da Costa Hoshi (2012, p.43) sobre direitos positivos e direitos morais:

Os direitos morais são mergulhados em valores universais, ao passo que o direito positivo estabelece, enumera, pontua e textualiza quais os direitos são salvaguardados. Sendo assim, se o direito positivo estabelece e textualiza que seres não humanos têm direitos, cria-se em verdade — querendo ou não — um ou vários conflitos de interesses face aos dos humanos. Isto porque a motivação antropocêntrica é ainda latente e padece de motivações cotidianas aceleradas: desenvolvimento industrial, consumo e crescimento populacional.

Diante disso, um dos objetivos é analisar a existência ou não de responsabilidade Estatal por parte dos tratados.

Nesse caminho, o artigo busca esclarecer a história de três Convenções e uma Declaração, consideradas de maior importância no contexto internacional no que tange à proteção dos animais selvagens. Além de apontar a contribuição de que cada uma teve para evitar crimes a esses grupos, foi considerada a imposição de políticas ambientais e de planejamentos governamentais.

A primeira convenção em destaque é a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos seus Recursos Naturais, primeira organização voltada para a proteção da biodiversidade.

Outra convenção é a de Bonn que trata da Conservação de Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem. Nesta há uma preocupação com a proteção não só das espécies em si, mas com a proteção de seus *habitats*.

A terceira é a convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora Silvestre, que tem como finalidade a vigilância sobre o comércio internacional de animais e plantas silvestres, para que ele não seja um óbice à sobrevivência dessas espécies.

E por fim, o último documento importante em questão é a Declaração Universal dos Direitos dos animais proclamada em Bruxelas em 1978, que reconhece os direitos dos animais e o respeito que o homem deve ter por eles. Considerar-se á, nesse caso, os genocídios que já ocorreram e que podem vir a ocorrer se nada for feito.

## 2. UNIÃO INTERNACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DOS SEUS RECURSOS — UICN

O Brasil, país de diversidade natural de grande porte possui 20% da biodiversidade existente na Terra (SANTILLI, 2005, p. 104). Diante de tama-

nha imensidão de recursos naturais, uma gama imensurável de cunho econômico circunda o referido país.

Édis Milaré (Direito ao ambiente. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 323) ensina que, além do cunho econômico a biodiversidade:

Ainda pode revestir-se de um caráter quase mítico e religioso, incentivar os sentidos poético, estético e científico. Enfim, assume a devida importância cultural, econômica e social, identificando-se com a Terra e com o nosso destino

Diante de tamanho valor, os Estados buscam mecanismos diversos de proteção da biodiversidade, como elaboração de tratados, encontros acadêmicos e criação de organismos.

Nesse caminhar surgiu a União Internacional para a Conservação da Natureza, fundada em meados de 1948, que possui como principal missão a conservação da biodiversidade do planeta, sendo a pioneira no formato de organização ambiental global.

Os idealizadores do projeto foram Julian Huxley e Max Nicholson e possui sede em Glan na Suíça.

A referida organização em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e com o *World Resources Institute*, elaborou uma estratégia global de biodiversidade, a qual inspira os planos de conservação de muitos Estados, sendo referencial para cumprimento de metas.

Além deste planejamento, os apoiadores diretos da UICN também administram os parques nacionais britânicos.

Ela é uma das maiores autoridades sobre o ambiente e o desenvolvimento sustentável, sendo composta por mais de mil e duzentas organizações-membro, incluindo novecentas Organizações não Governamentais, onze mil cientistas (voluntários e especialistas) em quarenta e cinco escritórios divididos por todo o globo; um fórum neutro para os governos, as ONGs, os cientistas, empresas e comunidades locais para se encontrarem e buscar soluções práticas para os desafios de conservação e desenvolvimento; milhares de projetos de campo e atividades ao redor do mundo; governança por um Conselho eleito pelas organizações membros a cada quatro anos no Congresso Mundial de Conservação da UICN; financiada por governos, agências, fundações, organizações membros bilaterais e multilaterais e corporações; e, por fim, possui estatuto de observador oficial na Assembléia Geral das Nações Unidas (UICN).

A conservação da biodiversidade é fundamental para a missão da UICN. Para entregar a conservação e a sustentabilidade, tanto a nível global e local, a UICN se baseia em seus pontos fortes, em três grandes áreas, a saber: Ciência — onze mil especialistas estabelecem normas mundiais em suas

áreas, como por exemplo, o padrão internacional definitivo para o risco de extinção de espécies — a Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas da UICN.

Por seu turno, a Ação reúne centenas de projetos de conservação de todo o mundo a partir do nível local até os que envolvem vários países, tudo visando a gestão sustentável da biodiversidade e dos recursos naturais.

E, concluindo a tríade do trabalho da UICN, tem-se a Influência — através da qual tem o fim de encontrar uma força coletiva das organizações governamentais e não-governamentais membro, influenciando convenções ambientais internacionais, políticas e leis.

O funcionamento dos projetos da UICN se dá a cada quatro anos, estando em vigência o período 2012-2016, quando as organizações membro aprovam-no, sendo coordenado pela Secretaria;

Diante dos dados apresentados acima, percebe-se que a UICN pode ser tida como uma organização extremamente importante que, além de promover reuniões a cada quatro anos em várias regiões do mundo, elabora encontros temáticos periódicos e destaca-se por sua ampla influência nos rumos das políticas públicas e ações destinadas à conservação da biodiversidade.

Uma das publicações mais importantes da referida Organização é a “Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas”, a qual é referência para que governos, ONGs e empresas conscientizem-se e busquem ações dinâmicas de redução de danos ou atividades menos nocivas aos mais variados ecossistemas.

No Brasil, a UICN tem sede em Brasília/DF desde agosto de 2010. Já no ano de 2012, o país recebeu um dos maiores eventos ambientais, a Rio+20, sendo que diversos líderes governamentais se fizeram presentes. Os resultados demonstraram que a vontade coletiva é bastante frágil e urgente se faz a necessidade de se organizar a ideia da governança. A ausência de um processo de governança ambiental efetiva, com metas bem delimitadas é um dos sinais mais relevantes do momento pelo qual o mundo passa atualmente.

Em recente matéria (11 de abril de 2014) a IUCN solicita reforço na cooperação internacional para combater o crime contra animais selvagens:

Wildlife crime, including poaching, illegal harvesting and other illegal cross-border trade in biological resources taken from the wild, has reached worrying levels and become a serious transnationally organised criminal business, now representing the four the largest illegal activity in the world after drug trafficking, counterfeiting and human trafficking. This can have potentially disastrous implications for the conservation of the trafficked species.

Wildlife crime put entire eco systems at risk, and international intelligence, policy and enforcement efforts have to be urgently strengthened, in particular to address the role of international crime in driving illegal activities. We need to be better organized than the organised crime. The EU now has to play a crucial role to help convened different stakeholders internationally, and take a lead in strengthen efforts on its own territory and also in supporting countries from which trafficked wild life originates," said Luc Bas, Director of IUCN's EU Representative Office, on the occasion of a Conference on the EU Approach Against Wildlife Trafficking organized by the European Commission, which took place on 10 April 2014 in Brussels.

It is equally important to remember that not all activities harmful and illegal. Indeed, many species can be legally and sustainably collected and traded in ways that not only support human livelihoods and provide essential benefits to local communities, but can also contribute to conservation and reducing wildlife trafficking," added Dena Cator, IUCN Programme Officer for Network Support at the IUCN Species Programme.<sup>1</sup>

Gerben-Jan Gerbrandy, membro do Parlamento Europeu, lembrou que o tráfico internacional de animais silvestres não atinge somente espécies tidas como referenciais como elefantes e rinocerontes, mas também outras espécies como pangolim, corais órgão de tubos, muitos tipos de aves, répteis e espécies aquáticas.

---

<sup>1</sup> Crime Naturais, incluindo a caça ilegal, abate ilegal e de outro comércio transfronteiriço ilegal de recursos biológicos capturados na natureza, atingiu níveis preocupantes e se tornou um negócio criminoso transnacional organizado sério, agora representando a quarta maior atividade ilegal do mundo, depois do tráfico de drogas, contrafacção e tráfico de seres humanos. Isto pode ter implicações potencialmente desastrosas para a conservação das espécies traficadas.

"Crime Wildlife coloca em risco ecossistemas inteiros, e os esforços de inteligência, de política e de execução internacionais têm de ser urgentemente reforçada, em particular, para abordar o papel de crime internacional na condução de atividades ilegais. Precisamos ser mais bem organizado do que o crime organizado. A UE tem agora de desempenhar um papel crucial para ajudar a reunir as diferentes partes interessadas a nível internacional, e tomar a iniciativa de reforçar os esforços no seu próprio território e também em países de onde traficadas origina da vida selvagem de apoio", disse Luc Bas, diretor do Escritório de Representação da UE da IUCN, por ocasião de uma conferência sobre a abordagem da UE contra o Tráfico da Vida Selvagem, organizado pela Comissão Europeia, que teve lugar em 10 de Abril de 2014 no Bruxelas.

"É igualmente importante lembrar que nem toda a atividade é ilegal e lesivo. De fato, muitas espécies podem ser legalmente e de forma sustentável coletados e comercializados de forma que não só apoiam a subsistência humana e fornecem benefícios essenciais para as comunidades locais, mas também pode contribuir para a conservação e para a redução do tráfico da vida selvagem", acrescentou Dena Cator, IUCN Oficial de Programa para a Rede Apoio ao Programa de Espécies da IUCN. Tradução Nossa.

A Conferência da União Europeia (EU) destinada a identificar medidas e ações a serem empreendidas pela UE a nível nacional e internacional para reforçar a sua abordagem contra o tráfico de animais selvagens, reúne participantes de 26 Estados-Membros, bem como de fonte e de mercado países da África, Ásia e Américas.

Com base nos resultados da consulta e os resultados da conferência de peritos realizada em 10 de Abril de 2014, a Comissão Europeia irá propor para o próximo Comissário do Ambiente a revisão das políticas e medidas em vigor relativamente ao tráfico de animais selvagens na União Europeia. Tal atitude torna-se necessária para permitir que os Estados-Membros da UE reajam de forma mais eficaz à atual crise dos crimes com os animais silvestres.

Diante dos fatos e dados apresentados anteriormente, não há como se falar em sustentabilidade sem vir à tona a questão desta organização que é a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos seus recursos, não somente por ser uma das mais antigas na governança global, mas pela estrutura que detém hoje, sendo instrumento de influência das políticas legislativas regionais e internacionais.

### 3. CONVENÇÃO DE BONN

Trata-se de uma convenção sobre a Conservação de Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem. Existia à época de sua criação, uma preocupação com a proteção e o *habitat* das espécies silvestres de uma forma geral.

Em 1979 na cidade de Bonn, Alemanha, sete anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano em Estocolmo, já existia uma atenção voltada para a proteção legal sobre o meio ambiente, pois, existia nesse local a sede do *Environmental Law Centre (ELC)*. Um escritório voltado para toda legislação ambiental, interligado à União Internacional de Conservação da Natureza (UICN).

A UICN como já mencionada foi fundada em 1948, pós-segunda Guerra Mundial, e é reconhecida como a organização em matéria ambiental mais antiga do mundo. Seu trabalho é demonstrar a fundamental importância da proteção da biodiversidade, pois ela interfere nas alterações climáticas, no desenvolvimento sustentável e no suprimento alimentar.

Foi em 1974, quando a Alemanha ocupou o conselho de administração do Programa das Nações Unidas para Meio Ambiente (PNUMA ou UNEP), que ela anunciou que se dedicaria a preparação de uma convenção que trataria especificamente da conservação das espécies migratórias. Nesse trabalho

teve o apoio da UICN, a qual ficou com a responsabilidade de elaborar o projeto inicial.

A Declaração da ONU sobre Meio Ambiente (Estocolmo) trazia em seu bojo a importância da conservação das espécies que migravam de um país a outro e que deveriam ser reconhecidas pela legislação internacional. Nesse sentido a convenção sobre Conservação das Espécies Migratórias (CMS), tentou adaptar a recomendação de 1972 de número 32, de tal modo que ocorresse realmente a conservação e proteção de tais espécies selvagens.

Com isso surge uma nova perspectiva conservacionista. Entretanto, alguns países defendiam a preservação das espécies ameaçadas como aquelas existentes na região Antártica, mas excluía as espécies marinhas dessa proteção, pois afetaria o interesse econômico desses Estados no tocante ao comércio de peixes.

As negociações, a princípio, foram tensas, mas chegou-se a conclusão de que a vida selvagem é um todo que deve ser reconhecido como um patrimônio comum conservado e gerenciado conforme o interesse comum de toda a humanidade. Dentro desse patrimônio comum estariam as espécies migratórias.

Após o período de turbulência das negociações, todos os consentimentos foram dados e em 01 de novembro de 1983 foi assinada a convenção sobre conservação de espécies migratórias pertencentes à fauna selvagem. Até 2014 constavam 120 integrantes originários da América do Sul, América Central, Ásia, África, Oceania e Europa, dados da própria convenção.

Dentre as ações propostas no acordo para conservação das espécies migratória pode-se citar o Acordo para conservação de Albatrozes e Petréis (aves), o qual busca a conservação das espécies e a restauração do seu *habitat*, além de gerenciar os impactos das atividades humanas nessas populações, bem como o Acordo sobre a conservação dos cetáceos do Mar Negro, Mar Mediterrâneo e áreas contíguas do Atlântico. A intenção é fazer com que os países adotem a proteção na legislação nacional. Além disso, busca avaliar e gerir a interação humana nos *habitats* dos cetáceos buscando a proteção destes. Essa gestão e avaliação podem ser feita por meio de capacitação e treinamento, pesquisa, monitoramento e coleta de informação.<sup>2</sup>

Há de ressaltar também o Acordo sobre a conservação dos pequenos cetáceos do Mar Báltico, região nordeste do Atlântico, Mar do Norte e Irlanda que obriga as partes a se comprometerem com a conservação e desenvolvimento do *habitat* dos mamíferos, buscando entre outras coisas uma maior informação ao público e também a diminuição das causas de poluição. Com

---

<sup>2</sup> (Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, Disponível em <http://www.cms.int/publications/index.htm>).

isso estimularia a consciência das pessoas para que também aderissem à conservação das espécies e optassem por alternativas menos agressivas na pesca.

Destaca-se, do outro lado, o plano de Jastarnia que visa à proteção e conservação de um tipo de boto denominado *Phocoenaphocoena* encontrado no Norte do Atlântico e Norte do Pacífico e em águas do Mar Negro e Mar Báltico. Essa espécie diminuiu consideravelmente não só por razões de degradação ambiental como também pela pesca predatória clandestina. Os objetivos além da conservação da espécie é a diminuição da pesca predatória e da captura acidental. Além de conscientizar a população sobre tais práticas.

Faz-se necessário salientar o Acordo sobre a conservação das populações de Morcegos Europeus, o qual busca amparo legal, pesquisa e monitoramento das espécies, alimentação e conscientização das populações, tendo por intuito traçar diretrizes para melhor proteção desses seres e o Acordo sobre a conservação das aves aquáticas da Eurásia e África.

Não se pode olvidar o Acordo denominado Voando Sobre Áreas Úmidas que visa conservar as áreas necessárias para migração de aves aquáticas, abrangendo as regiões da África, Europa, Oriente Médio, Ásia Central, Groelândia e Arquipélago Canadense. Devido sua abrangência busca uma cooperação entre os Estados para conservação e proteção das espécies.

Na mesma oportunidade, selou-se o Acordo sobre a conservação das focas do Mar de Wadden. Devido à poluição marinha e degradação ambiental pela atividade humana, estima-se que a população de focas diminuiu mais de cinquenta por cento do ano de 1988 até 2002. Em razão disto o acordo busca a conservação da espécie para proteger a reprodução natural e as taxas de sobrevivência.

Observa-se, também, o Acordo sobre a Conservação dos Gorilas e seus *habitat* que protege todas as espécies de gorilas. Os países partes são República da África Central, República do Congo, República Democrática do Congo, Gabão, Nigéria e Ruanda. O projeto abrange educação da população, pesquisa, conservação e proteção das florestas. Nesse sentido busca uma cooperação entre os países envolvidos, juntamente com as agências da ONU e de Organizações não governamentais.

Importante mencionar os Memorandos, tais quais, o Memorando sobre a conservação do Maçarico-de-bico-Fino, o Memorando de entendimento sobre a Conservação e Gestão das populações de abertada-comum do Leste Europeu, o Memorando sobre a conservação da espécie de veado Bukhara, o Memorando sobre medidas de conservação para as populações de Elefante da África Ocidental.

Há de lembrar que a destruição da área utilizada para seu *habitat* e a caça ilegal fez com que houvesse uma diminuição significativa das espécies dos elefantes. A criação de estradas e ferrovias também contribuíram para essa diminuição uma vez que isolam pequenas populações facilitando o extermínio. Nesse sentido busca-se uma cooperação entre os signatários do acordo para que haja uma melhor conservação da espécie e do seu *habitat*.

Convém destacar o Memorando sobre a conservação e gestão das Tartarugas Marinhas se seus *habitats* na Região do Oceano Índico e Sudeste da Ásia. A poluição, a pesca predatória e a degradação do ambiente contribuem para o abatimento dessa espécie. Este acordo visa à recomposição do ambiente, reposição das populações diminuídas, cooperação entre os Estados, assim como informação às pessoas, para que haja maior conscientização.

Nesse contexto, nota-se o Memorando sobre a conservação e gestão das Tartarugas Marinhas se seus *habitat* na Região da Costa Atlântica a África, bem como o Memorando de Entendimento sobre Conservação, Restauração e Uso Sustentável do antílope Saiga. Com a caça e a destruição do seu *habitat* ocorreu uma diminuição de noventa por cento da população mencionada segundo a CMS. Para uma melhor proteção e conservação é necessário que os países envolvidos estabeleçam metas de diminuição da caça, fornecendo meios substitutivos para que isso seja eficaz, assim como promover maior conscientização das pessoas à respeito do tema.

Nesse sentido, menciona-se também o Memorando de entendimento sobre medidas de Conservação sobre a Felosa- Aquática e o Plano de ação do antílope SaheloSahara, o Memorando de entendimento sobre medidas de conservação da Siberian Garça Branca, o Memorando de Entendimento para a conservação dos cetáceos e dos seus *habitats* nas ilhas do Pacífico. Esse acordo protege tanto as baleias como golfinhos, busca a recuperação das espécies que foram destruídas em razão da caça. Por isso há uma preocupação entre os países para que haja uma maior proteção e conservação da espécie. Além disso, objetiva-se uma maior sensibilização das pessoas no tocante a ameaça ao meio ambiente marinho, por meio da poluição.

No mesmo diapasão, citam-se o Memorando de entendimento sobre conservação das aves migratórias da América do Sul, o Memorando de entendimento entre a Argentina e Chile para conservação do Ganso Cabeça Vermelha, o Memorando de entendimento sobre conservação da Foca-Monge do mar Mediterrâneo. Esta espécie está em estado crítico de sobrevivência, cujo objetivo do acordo primeiramente é diminuir o declínio e depois recuperar a espécie.

Entende-se, ainda, o Memorando de Entendimento sobre a conservação e gestão dos Dugongos e seus *habitats*. São espécies que estão em perigo não só pela degradação ambiental do seu *habitat*, como também por serem

vítimas de caça predatória devido à carne e a gordura e por serem atropelados por barcos. Todos estes motivos têm levado à morte e tem diminuído consideravelmente a espécie. Devido a isto os Estados signatários se propuseram a cooperar com a restauração do *habitat* e a recuperação das espécies.

E por derradeiro, tem-se o Memorando de Entendimento sobre a conservação do peixe-boi e Pequenos Cetáceos da África Ocidental e da Macaronesia (grupo de ilhas do Atlântico Norte), o Memorando de Entendimento sobre a Conservação das Aves Migratórias de Rapina na África e Eurásia e o Memorando de Entendimento sobre a Conservação da Alta Andina Flamingos e dos seus *habitats*.

A CMS objetiva a conservação de espécies migratórias, marinhas, terrestres como também aviárias. Por ser um tratado intergovernamental acordou-se, sobre o amparo do PNUMA, que a proteção e conservação das espécies se dariam em toda a área de sua distribuição. Considerando assim como uma escala mundial de proteção à vida e ao *habitat* desses seres.

Em vários acordos e memorandos da convenção se percebe a afetação da vida silvestre em razão das alterações climáticas. A convenção sobre Conservação das espécies migratórias é o documento que reconhece essa importância e por isso defende uma política de renovação. As mudanças climáticas afetam as aves migratórias, mas não somente, pois de uma forma menos intensa alcança todos os animais porque diz respeito à alteração da sua sobrevivência no que tange alimentação e reprodução.

Nesse sentido, sendo a Conferência das Partes o órgão de decisão da referida Convenção, cabe-lhe propor diretrizes, recomendações e fazer revisões dos programas já implantados, de tal modo que a proteção e conservação das espécies seja a mais abrangente possível, como se verifica no artigo VII da CMS.

Pelos estudos, a primeira Conferência das Partes a tratar do assunto foi a sexta. Ela trazia consigo o reconhecimento das obrigações de toda comunidade internacional no tocante à preservação dos recursos naturais por meio do desenvolvimento sustentável, defendido pela Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e o Acordo sobre a conservação e desenvolvimento de populações de peixes migradores entre outros.

No entanto, em Nairobi (Quênia) em 2005, na Conferência das Partes 8 (COP 8) com a edição da resolução 8.13 denominada de *Mudanças Climáticas e Espécies Migratórias* que se conseguiu inserir os dois assuntos de uma forma mais intensa. Assim solicitou-se que o conselho científico daquela conferência identificasse a relação das ameaças das espécies com as alterações climáticas.

Além disso, o conselho ficou incumbido de verificar as áreas de distribuição das espécies migratórias e se essa distribuição estava relacionada com mudanças do clima.

Já em 2008, na nona Conferência, editou-se a resolução 9.7 a qual ratificava os dizeres da última no que diz respeito à relação das mudanças climáticas com as espécies migratórias e convidava às partes a tomada de decisão imediata, mesmo cientes que ainda não existia um estudo exato que comprovasse a relação da extinção das espécies com as alterações climáticas.

Nesta conferência também se discutiu a necessidade de uma atuação mais presente pois, embora já existisse uma redução dos impactos negativos da pesca, a pesca acessória continuava sendo a causa da maior mortalidade entre as espécies migratórias.

A Convenção sobre Conservação das Espécies Migratórias equipara a fauna selvagem a um elemento insubstituível tamanha a sua importância. Além do mais, deixa clara a sua vinculação ao bem da humanidade, como se percebe no texto da própria convenção, “Reconhecendo que a fauna selvagem, nas suas inúmeras formas, constitui um elemento insubstituível dos sistemas naturais da Terra, que deve ser conservado para o bem da humanidade”.

Nesse sentido o papel dos Estados é de protetor das espécies migratórias e cooperador para a conservação delas. Sendo parte integrante da Convenção, tem competência não só para negociar como também para aplicar as regras acordadas.

Percebe-se que a convenção explora a proteção das espécies prejudicadas como também aquelas que estão em risco.

Assim, os Estados Partes têm um dever de observação maior se o seu território for área de distribuição de determinada espécie. Esta área significa, segundo a própria Convenção, “o conjunto das superfícies terrestres ou aquáticas que uma espécie migratória habita, frequenta temporariamente, atravessa ou sobrevoa em qualquer momento do seu itinerário de migração habitual”.

Com todos os esforços despendidos para a proteção e conservação das espécies migratórias a CMS apenas, como a maioria delas, propõe diretrizes, metas e recomendações.

Nota-se que não há uma punição para aquele que não cumpre tais proposições, do mesmo modo não pode ser motivo de entrave a outras convenções internacionais.

XII- 1. Nenhuma disposição da presente convenção pode prejudicar a codificação e a elaboração do direito marítimo pela Conferência das Nações Unidas sobre o Direito Marítimo, convoca-

da nos termos da Resolução 2750 C (XXV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, nem as reivindicações e posições jurídicas, presentes ou futuras, de qualquer Estado, relativas ao direito marítimo bem como à natureza e extensão da sua competência costeira ou à competência por ele exercida sobre os navios que hasteiam a sua bandeira.

2. As disposições da presente convenção não afetarão de modo algum os direitos e obrigações das partes, decorrentes de qualquer tratado, convenção ou acordos existentes. (BONN, 1979).

No entanto, pelo acordo de 1979, aquele Estado que queira ser mais rigoroso na proteção e conservação das espécies migratórias, não será impedido. Podendo implantar no ordenamento interno legislações mais rigorosas.

3. As disposições da presente convenção não afetam o direito das partes de adotarem medidas internas mais rigorosas relativamente à conservação de espécies migratórias referidas nos Anexos I e II, bem como medidas internas relativas à conservação de espécies que não figurem nos Anexos I e II. (BONN, 1979).

Por outro lado, quando houver alguma divergência quanto à interpretação e aplicação da Convenção sobre Espécies Migratórias e não chegando a nenhum acordo entre as partes divergentes, o Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia será o responsável pela solução da inconsonância.

A função da Corte Permanente de Arbitragem é dirimir controvérsias que afetem a comunidade internacional. Ela foi criada em 1899 com o objetivo de prevenir o uso da força entre os Estados estimulando a resolução pacífica dos conflitos, principalmente nos casos referentes à interpretação e aplicação de convenções internacionais.

Percebe-se com isso que, de certo modo, uma esperança brotou ao final da década de 70 e foi ganhando força com o passar dos tempos. No entanto, necessita-se ainda de maior interesse por parte dos países e uma conscientização planetária mais intensa sobre os riscos que afetam as espécies e a seus efeitos na biodiversidade, no clima e na própria sustentabilidade.

A Convenção sobre conservação das espécies migratórias de animais silvestres, com todo seu esforço para proteção e conservação das espécies é omissa quanto à punição dos Estados, em caso de matanças dessas espécies, e também não aponta um órgão competente para tal função. Dessa forma, ela restringe a proteção e conservação das espécies e seus *habitats*.

#### 4. CONVENÇÃO SOBRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ESPÉCIES AMEAÇADAS DA FAUNA E FLORA SILVESTRE

A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora Silvestre é um acordo internacional ajustado entre os governos de vários Estados. Este acordo tem como finalidade precípua a vigilância sobre o comércio internacional de animais e plantas silvestres, para que ele não constitua uma ameaça para a sobrevivência dessas espécies. Assim proceder-se-á a uma análise compilativa e interpretativa dessa Convenção<sup>3</sup>.

Atualmente, a informação sobre o perigo de extinção de muitas espécies simbólicas de animais como o tigre, o elefante, o urso polar, o gorila, dentre outras é muito ampla. Outrora, as circunstâncias não ocorriam dessa maneira. Por isso, tal fato por si só considerado poderia levar à conclusão evidente da necessidade de elaboração de uma Convenção em moldes internacionais.

Não obstante, quando foram esboçadas pela primeira vez as idéias da CITES, na década de 60, o debate internacional sobre a regulamentação do comércio de vida silvestre em favor da preservação era algo relativamente inovador.

Posteriormente, a necessidade desta Convenção se tornou inegável. Estima-se que, anualmente, o comércio internacional de vida silvestre se eleve a milhões de dólares e tal fator afeta diretamente milhares de espécies de animais e plantas.

Nesse sentido, o comércio internacional de vida silvestre torna-se muito tentador e muito diversificado, incluindo desde espécies de animais e plantas vivas a uma gama de produtos derivados como os alimentícios, os artigos de couro de animais exóticos, instrumentos musicais fabricados com madeira, a própria madeira, artigos de decoração para turistas e aqueles destinados às promessas medicinais.

Assim, os níveis de exploração de alguns animais e plantas são muito elevados e o seu comércio, junto com outros fatores como a destruição do *habitat* são capazes de prejudicar consideravelmente suas populações e fazer com que algumas espécies fiquem à beira da extinção.

Cumpre salientar que algumas espécies objeto de comércio desta Convenção não estão em perigo, o que não significa que não deva existir um acordo destinado a garantir a sustentabilidade comercial. Tal medida se torna essencial uma vez que o que se almeja é a preservação desses recursos para as gerações vindouras.

---

<sup>3</sup> Vide [www.cites.org](http://www.cites.org)

Tendo em conta que o comércio de animais e plantas silvestres ultrapassa as fronteiras entre os países, sua regulamentação requer a cooperação internacional, a fim de proteger determinadas espécies da exploração excessiva.

Portanto, a CITES foi elaborada em meio a um espírito de solidariedade e cooperação. Hodiernamente, a Convenção oferece diversos tipos de proteção incluindo mais de 35.000 espécies de animais e plantas, bem como o comércio de espécies vivas e bens que são comercializados como os casacos de pele ou ervas secas.

Ela foi o resultado de uma resolução aprovada em uma reunião dos membros da UICN (União Mundial para a Natureza), celebrada em 1963. O texto da Convenção foi finalmente acordado em uma reunião em que participaram representantes de 80 países, realizada em Washington DC, Estados Unidos, em 03 de março de 1973 e entrou em vigor em 01 de julho de 1975.

Assim os Estados que aderiram voluntariamente ao Acordo foram denominados de Partes. Uma vez concretizada a adesão, a CITES se torna vinculante e passa a ser aplicada aos países, mas não por isso supera as legislações nacionais.

Ao contrário, a Convenção se torna um referencial a ser respeitado pela legislação interna de cada país, na qual cada Parte deverá promulgar sua própria legislação, com o objetivo de garantir sua aplicabilidade em nível nacional.

Dessa forma, a CITES tem sido uma referência, durante alguns anos, entre os acordos ambientais que contam com um maior número de membros e que, até o momento, se compõem de 179 países.

Para melhor esclarecer o funcionamento da Convenção, cumpre ressaltar que ela submete o comércio internacional de determinadas espécies a certos controles. Toda importação, exportação ou introdução proveniente do mar de espécies amparadas por seus termos, devem ser autorizadas mediante um sistema de concessão de licenças.

Nesse raciocínio, cada Parte-membro da Convenção deve designar uma autoridade administrativa que ficará responsável por gerenciar o sistema de concessão de licenças e uma autoridade científica que prestará assessoramento adequado acerca dos efeitos do comércio sobre a situação das espécies.

Dessa forma, as espécies amparadas pela CITES estão incluídas em três apêndices que são divididos segundo o grau de proteção de que necessitam.

No Apêndice I estão incluídas todas as espécies em real perigo de extinção. Assim, o comércio dessas espécies somente se justifica em circunstân-

cias excepcionais. Já no Apêndice II estão incluídas as espécies que não se encontram necessariamente em perigo, mas nas quais o comércio deve ser controlado, a fim de que seja evitada uma utilização incompatível.

E no Apêndice III estão incluídas as espécies que estão protegidas ao menos em um país, e que este país tenha solicitado a assistência a outras Partes integrantes da CITES para controlar o seu comércio.

Portanto, somente poderão ser importadas ou exportadas determinadas espécies incluídas nos Apêndices descritos acima, se as Partes obtiverem um documento próprio e que o apresentem ao despacho da aduana em um porto de entrada e saída.

Embora os requisitos exigidos entre os países possam variar, torna-se aconselhável consultar as legislações nacionais de algum deles, que podem ser mais restritas.

Quanto às espécies constantes na CITES, pode-se considerar que cerca de 5.000 espécies de animais e 28.000 espécies de plantas estão amparadas por sua proteção, contra a exploração excessiva do comércio internacional.

Em algumas circunstâncias são incluídos nessa proteção grupos inteiros como os primatas, os cetáceos (baleias, golfinhos e botos), tartarugas marinhas, papagaios, corais, cactos e orquídeas.

Em outros casos, somente são incluídas uma subespécie ou uma população geograficamente isolada de uma espécie. No entanto, é importante destacar que qualquer espécie de animal ou planta silvestre pode ser incluída na lista de espécies protegidas pela CITES. Nesse sentido, incluem-se desde sanguessugas e leões a pinheiros e plantas carnívoras.

Embora certas criaturas mais carismáticas como os ursos e as baleias sejam as espécies mais conhecidas, a maioria dos grupos protegidos compreende animais e plantas bem menos populares. A base de dados sobre essas espécies podem ser consultadas no PNUMA-WCMC.

Para melhor compreensão da importância dessa legislação, torna-se importante esclarecer como a CITES determina a sua estrutura, quais são os seus objetivos e seus instrumentos de atuação e fiscalização.

A CITES é composta pela Conferência das Partes, pelo Comitê Permanente, por uma Secretaria vinculada ao PNUMA e pelos Comitês de Flora e Fauna.

A Conferência das Partes (COP) é o órgão supremo na adoção das decisões da Convenção. Ela está integrada por todos os Estados membros que se denominam coletivamente por esse termo. A cada dois ou três anos, a Conferência das Partes se reúne para analisar a aplicação da Convenção. Essas reuniões são denominadas COPs e oferecem uma oportunidade às

Partes para examinar os progressos realizados na conservação das espécies, analisar documentos e informes apresentados e recomendar medidas para melhorar a eficácia da Convenção.<sup>4</sup>

O Comitê Permanente proporciona orientação política para a Secretaria no tocante à aplicação da Convenção, supervisiona e coordena o trabalho dos comitês e grupos de trabalho. A Secretaria, que é administrada pelo PNUMA, desempenha inúmeras funções técnico-administrativas que são cruciais para a estruturação da Convenção e os Comitês de Fauna e de Flora são órgãos de assessoramento.

Uma vez explicitado o processo organizacional, percebe-se que todos os órgãos da CITIES se comunicam e se integram por meio de relatórios que são apresentados e discutidos em reuniões.

Dessa forma, essas reuniões se tornam uma excelente ocasião para que os participantes iniciem e renovem suas relações e examinem os problemas coletados e os êxitos obtidos.

Nesse sentido, os Estados Partes se comprometem a formular uma declaração para acatar as disposições da CITES. Embora todo esforço realizado na cooperação para um bem comum que é a proteção à biodiversidade, os instrumentos internacionais ainda carecem de eficácia.

Em virtude de seus dispositivos não possuírem força cogente, a CITIES ainda fica no campo da diplomacia ambiental como fonte orientadora, no qual seus representantes demonstram a necessidade de uma cooperação global em prol do planeta.

Assim explicita Edson Ricardo Saleme (2004. p.206/207), à respeito da eficácia jurídica dos tratados internacionais:

A dificuldade de se firmar o Direito Ambiental Internacional é a mesma do Direito Internacional, qual seja, a de conter dispositivos denominados *soft law*, ou seja, sem poder vinculante (*non-binding*). Trata-se mais especificamente de uma orientação que propriamente uma imposição, revestida de forma jurídica que se afasta do tradicional binômio infração-sanção e da necessidade de convertê-lo em conjunto de normas a serem revestidas de penas sancionadoras pelos Estados.

Diante de todo o arcabouço demonstrado, percebe-se que certos direitos para serem implementados necessitam do estabelecimento de uma série de medidas e de agentes que exerçam a força política e jurídica suficiente para dar efetividade às disposições pactuadas em nível internacional.

---

<sup>4</sup> Vide [www.cities.org](http://www.cities.org).

A simples existência de uma legislação pertinente e adequação técnico-jurídica das disposições não são capazes de satisfazer os objetivos determinados. No mesmo sentido, o reconhecimento desses direitos pela comunidade internacional não é suficiente para solucionar todos os problemas, mas é um grande passo.

Apesar de todo esforço para uma sistematização jurídica internacional, ela ainda não ocorre de forma estruturada, cogente e autodeterminável.

Portanto, analisar a efetividade dessas disposições é tarefa complexa e envolve muitos outros fatores, dentre eles os econômicos e sociais. Por isso, a aplicabilidade e a exigibilidade dessas convenções ainda se encontram comprometidas, muitas das vezes por entraves burocráticos e políticos. Mas, na atualidade, são de suma importância como ferramentas de diálogo e conscientização entre os Estados.

## 5. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

A interação do ser humano com o animal existe há muito tempo, seja por meio da pesquisa onde o homem buscava conheceras semelhanças entre eles, seja por meio da caça para alimentação, seja por meio da religiosidade que passa a conceber os animais como seres vivos criado por Deus ou como a própria Divindade.

Fato é que a busca pelo conhecimento científico foi aumentando cada vez mais e os animais passaram a ser utilizados como instrumentos meios para se alcançar tal fim. Contudo, tal prática começou a ser questionada, por submeter os animais a situações degradantes principalmente no que tange os testes feitos pelas indústrias de cosméticos na década de 40.

Para a realização do Draize Test os coelhos são colocados em uma estrutura que mantém suas cabeças imobilizadas e as substâncias em teste são colocadas em seus olhos. Os pesquisadores aguardam de algumas horas até alguns dias para avaliar a irritabilidade das substâncias testadas analisando a aparência dos olhos dos coelhos. (RAIMUNDO, 2002).

Naquele tempo, procedimentos vivisseccionistas difundiam-se pela Europa tornando-se referenciais no meio científico. Tal pensamento obtuso acenava para matança oficial de milhares de animais: cães, coelhos, porcos, rãs, macacos, cavalos, etc. Aliás, o animal mais utilizado nas práticas invasivas era o cão, proveniente dos canis públicos ou dos depósitos de animais errantes capturados nas ruas de Paris. (LEVAI, 2010).

Dessa forma, os estudos de fisiologia, no afã de investigar e compreender o fenômeno da vida, tinham como pressuposto o fato de que para se

conhecer o organismo era necessário invadi-lo, lesioná-lo, seccioná-lo e dissecá-lo. (LEVAI, 2010).

Assim, um importante episódio estabeleceu-se para demarcar os limites à utilização de animais em experimentação. Um fato conhecido foi o que envolveu a esposa e a filha de um grande fisiologista francês chamado Claude Bernard. Ele utilizou, nos anos de 1860, o cachorro de estimação da sua filha para dar aula aos seus alunos.

Aterrorizada, em resposta a este ato, sua esposa Fanny Bernard fundou a primeira associação para a defesa dos animais de laboratório. Claude Bernard apesar de ter deixado inúmeros textos de grande importância para o meio científico, dizia que sobre a ética para com os pacientes, fazia parte da postura do cientista ser indiferente ao sofrimento dos animais de laboratório. (LEVAI, 2010).

Dessa forma, dados históricos apontam que Fanny Bernard foi uma mulher pioneira que, em pleno século XIX, teve a coragem de renunciar ao casamento a fim de resguardar seus princípios éticos. Ela que, pelo amor aos animais, não suportou a idéia de vê-los ser torturados todos os dias, ainda que as justificativas fossem as prerrogativas científicas de alegada relevância social para a época.

A importância desse relato histórico juntamente com as atitudes tomadas por essa personagem Fanny Bernard redundou em uma atitude política capaz de reivindicar publicamente os direitos dos animais, contribuindo, assim, para a difusão de um ativismo que se firmaria apenas no século seguinte, com a difusão do movimento animalista. (LEVAI, 2010).

Cumprе ressaltar que tais práticas tiveram efeitos sociais importantes para a proteção dos animais. Manifestações contrárias a tais experimentos foram tomando proporção e passaram a exigir um posicionamento dos Estados a respeito do tema.

Foi então que em 1978 a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) que aconteceu a proclamação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

A partir de então a maioria dos países do mundo passaram a reconhecer que os animais são seres possuidores de direitos. Isto deu embasamento para que os países instituíssem dentro do ordenamento jurídico interno medidas protetoras nesse sentido.

Ocorre que, antes desta Declaração dos Direitos Universais dos Animais de 1978, existiu uma anterior, proclamada no mesmo ano pela própria UNESCO. Foi a denominada Declaração dos Pequenos amigos dos animais, evidenciando a importância do animal.

Do mesmo modo, há um reconhecimento que os animais não só tem o direito a vida, mas que são passíveis de sofrimento, logo não devem ser maltratados ou abandonados. Além disso, outro ponto que chama atenção é a caracterização de crime quando ocorressem maus tratos, como também a caracterização do cárcere no caso dos zoológicos e dos circos.

É possível perceber que a tímida declaração já apontava uma preocupação com a proteção da natureza, pois atribuía aos animais a incumbência de ensinar aos seres humanos a lidar com o meio natural, como se percebe da leitura de um trecho da declaração primária.

1. Todos os animais têm, como eu, direito à vida e a felicidade.
2. Não abandonarei o animal que vive em minha companhia, assim como não desejaria que meus pais me abandonassem.
3. Não maltratarei os animais; eles sofrem como a gente.
4. Não matarei animais. Matar por divertimento ou por dinheiro é crime.
5. Os animais têm, como eu, direito a viverem liberdade. Os circos e os jardins zoológicos são prisões de animais.
6. Aprenderei a observar, a compreender os animais e a gostar deles. Os animais me ensinarão a respeitar a natureza e a vida. (ANDRADE, 1978)

Logo em seguida como mencionado surge a Declaração Universal dos Direitos dos Animais que trás em seu preâmbulo:

Considerando que todo o animal possui direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza; Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo; Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros; Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante; Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais. ( Declaração Universal de Direitos dos Animais, 1978.)

Por ela, além de reconhecer que os animais são detentores de direitos principalmente o direito à vida, abre caminho para que a proteção implique também na melhoria de condições da própria vida deles.

Nestas perspectivas as convenções internacionais deveriam pautar seus compromissos. Visando assim, uma real proteção dos animais selvagens,

no que tange a efetividade das regras firmadas e na responsabilização dos culpados por crimes a eles cometidos.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda argumentação acima mencionada, algumas considerações devem ser apresentadas.

Inicialmente cumpre destacar que a evolução econômico-social contemporânea pode afetar diretamente a biodiversidade planetária, direta ou indiretamente.

Imperioso ressaltar que este aspecto econômico pode estar, em alguns casos, unificado com a própria espécie animal.

Com a industrialização e o capitalismo desenfreado a Terra está prestes a sofrer um colapso, considerando que o desequilíbrio nas espécies animais pode gerar um abalo na cadeia alimentar. Além disso, mesmo causando estes danos no íntimo da biodiversidade, a evolução da indústria também é fator que gera um aquecimento global, considerando os poluentes lançados diretamente no meio.

Não há outro planeta com vida humana. Logo, a resiliência, capacidade do planeta se regenerar sozinho, não é fator determinante. A atividade de controle deve ser no homem, ou seja, antropocêntrica.

A preocupação global ambiental se fez como uma das maiores nas recentes décadas, ocasionando a celebração de inúmeros instrumentos em defesa do ambiente e dos animais propriamente ditos.

O pacto internacional como explicitado em linhas anteriores não possui força cogente, ou seja, não há como fixar metas progressivas de proteção sem que o Estado tenha interesse em ratificar o instrumento internacional. Este talvez (eficácia dos tratados) seja um dos maiores obstáculos para se proteger a biota.

Com foco nos direitos dos animais, quatro grandes convenções foram apresentadas, quais sejam: União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais; Convenção de Bonn (Conservação de Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem); Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora Silvestre; e, por fim a Declaração Universal dos Direitos dos animais proclamada em Bruxelas em 1978.

Por seu turno, seriam os animais sujeitos de direito? Este questionamento deve ser analisado diante da ótica constitucional de cada Estado e exteriorizado no âmbito global (tratados) levando-se em conta o interesse de grande parte da população.

Diante das dificuldades de ratificação dos acordos internacionais, o papel atuante do Estado se faz de suma importância, uma vez que os dispositivos internacionais só ganham força cogente quando internalizados nas legislações pátrias de cada país.

Dessa forma, os Estados passam a exercer maior controle sobre sua legislação, pois passam a atuar em âmbito local proporcionando de perto maior proteção a biota e maior segurança jurídica de seus atos.

Caminhos devem ser trilhados em prol da efetividade dos tratados, em especial os de direito ambiental, considerando que meio ambiente é vida e que não há permanência de espécies na Terra sem a biota completa e segura e, por derradeiro, dar ênfase para os diplomas alienígenas com escopo animal, visto que muitas espécies correm risco de se extinguírem e não se sabe ao certo o impacto que tal dano pode gerar para a presente e as futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Conheça e Divulgue os Direitos do Animal**. *Jornal do Brasil*, 21/10/1978. In: *Tribunal Animal*. Disponível em: [http://www.tribunaanimal.com/artigos\\_protecao\\_16.htm](http://www.tribunaanimal.com/artigos_protecao_16.htm). Acesso em 07/05/2014.

CITES. Disponível em: <http://www.cites.org/>. Acessado em 07/03/2014.

**Corte Permanente de Arbitraje**. In: Início. Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1303](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303). Acesso em: 07/03/2014.

**Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals**. In: *Publicações News*. Disponível em <http://www.cms.int/publications/index.htm>. Acesso em: 07/03/2014.

**Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals**. In: [http://www.cms.int/documents/convtxt/cms\\_convtxt\\_portuguese.pdf](http://www.cms.int/documents/convtxt/cms_convtxt_portuguese.pdf). Acesso em: 07/03/2014.

**Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. In: *Urca*. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em 07/05/2014.

**Environmental Law Centre**. In: *About IUCN*. Atualizado em 29 de Abril de 2013. Disponível em: [http://www.iucn.org/about/work/programmes/environmental\\_law/elp\\_work/elc/](http://www.iucn.org/about/work/programmes/environmental_law/elp_work/elc/). Acesso em 06/03/2014.

GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Marcia Mocellin. **Aspectos Históricos da Pesquisa com Animais**. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/animhist.htm>. Acessado em 10/05/2014.

GOMES, Rosângela M<sup>a</sup>. A.; CHALFUN, Mery. **Direito dos animais** — um novo e fundamental Direito. In: CONPEDI. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mery\\_chalfun.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mery_chalfun.pdf) acesso em 07/052014 p. 847- 866.

HOSHI, Simone Shizue da Costa. **A carta da terra e o princípio da integridade ecológica**. In: revista Veredas do Direito, 2012 — v.9 — n.17, p.31-60. Jan/jun de 2012.

**INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE -IUCN- What is IUCN?** In: About IUCN. Atualizado em 08 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.iucn.org/about> acesso em: 06/03/2014.

LEVAI, Laerte Fernando. **Fanny Bernard: uma voz antivitivisseccionista no século XIX**. Disponível em: <http://www.pensataanimal.net/arquivos-da-pensata/46-laertelevai/368-fanny-bernard-uma-voz-antivitivisseccionista-no-seculo-xix>. Acessado em 07/03/2014.

MATOS. Marcos Paulo Santa Rosa. **O problema da Força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8933](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8933). Acessado em 10/05/2014.

RAIMUNDO, Marcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. **Ética da pesquisa em modelos animais**. In: revista Bioética, 2002 — vol. 10- n<sup>o</sup>1. Disponível em: [http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/196/199](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/196/199). Acesso em: 07/05/2014.

SALEME, Edson Ricardo. **Normas e Políticas Públicas no Direito Ambiental Internacional**. In: revista Hileia — Revista de direito ambiental da Amazônia, 2004 — ano 2 —

n.<sup>o</sup> 2, jan/jun. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2004/2.pdf>. Acesso em 21/05/2014.

**SISTEMA CONSULAR INTEGRADO**. In: Sistemas Atos Internacionais; Convenção sobre a conservação das espécies Migratórias de animais Silvestres. Disponível em: [http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-sobre-a-conservacao-das-especies-migratorias-de-animais-silvestres-cms/at\\_download/arquivo](http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-sobre-a-conservacao-das-especies-migratorias-de-animais-silvestres-cms/at_download/arquivo). Acessado em: 07/03/2014.





# (PÓS)POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

*Alexandre de Castro Coura\**  
*Bruno Taufner Zanotti\*\**

## Resumo

É comum, na doutrina brasileira, uma preocupação com o que foi decidido nos tribunais, ou seja, com o próprio mérito da sentença ou acórdão. As teorias subjacentes ao que foi decidido não são levadas em consideração pela grande maioria dos manuais de Direito no Brasil. É nesse contexto que se insere a proposta do presente artigo e o estudo busca responder ao seguinte problema: Existe incompatibilidade teórica na aplicação do Direito por alguns magistrados brasileiros em face das premissas de um Estado Democrático de Direito? A resposta passa, necessariamente, pelos seguintes questionamentos secundários: Quais os fundamentos teóricos utilizados por alguns magistrados brasileiros ao aplicarem o Direito? Qual o papel da doutrina, da jurisprudência e da hermenêutica nesse complexo romance? Enfim, a partir desse contexto, o que é o Direito? Após a utilização do método dedutivo, concluiu-se que o positivismo jurídico, mesmo em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se encontra enraizado no paradigma jurídico de alguns magistrados, motivo pelo qual se faz necessária a libertação dessa visão ultrapassada do que compõe o próprio conceito do Direito. Propôs-se, a partir de Dworkin, a utilização do Direito como integridade e o abandono de padrões extrajurídicos utilizados nos casos limítrofes. E mais, propôs-se a abertura do Direito a uma visão principiológica que se volta tanto para o passado quanto para o futuro, capaz de guardar coerência com o ordenamento jurídico vigente e mostrar o Direito sob uma melhor luz.

## Palavras-chave

Positivismo jurídico. Convencionalismo. Direito como integridade. Estado Democrático de Direito.

---

\* Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto (licenciado) da graduação em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do programa de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

\*\* Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Associação Espírito Santense do Ministério Público. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

## Abstract

It is common in the Brazilian doctrine, a concern with what was decided in the courts, in other words, a concern with the own merit of the judgment. The underlying theories of what was decided are not taken into account by most books of law in Brazil. In this context, the proposal of this article and the study seeks to answer the following problem: Is there a theoretical inconsistency in the application of law by some Brazilian judges based on the assumptions of a democratic state? The answer necessarily involves the following secondary questions: What are the theoretical bases used by some Brazilian judges to apply the law? What is the role of the doctrine, jurisprudence and hermeneutics in this complex novel? Anyway, in that context, what is the Law? After using the deductive method, we concluded that legal positivism, even in a democratic state, is still rooted in the legal paradigm of some judges, and that is the reason why this outdated vision of the concept of Law needs to be renewed. It was proposed from Dworkin the use of law as integrity and the abandonment of “not legal” standards used in the hard cases. Furthermore, it was proposed the opening of Law to the world of principles that turns to the past and to the future and is able to gain consistence with the current legal system and show the Law in a better light.

## Keywords

Legal Positivism. Conventionalism. Law as integrity. Democratic State.

## 1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno vive um tempo de conflitos teóricos, na medida em que muitos magistrados, em pleno Estado Democrático de Direito, não são capazes de verificar a evolução paradigmática do Direito. De fato, o paradigma constitui e limita o ser humano, e não são todos que possuem a capacidade de aceitar a sua natureza finita e precária.

É nesse contexto que o prólogo silencioso de cada veredicto deve ser estudado e analisado. A possibilidade de entender não o que está sendo julgado, mas as premissas teóricas que fundamentam o julgamento passa por uma análise do que constitui o próprio julgador e o seu entender do que é o Direito.

O presente artigo tem justamente esta proposta: Quais os fundamentos teóricos utilizados por alguns magistrados brasileiros ao aplicarem o Direito? Qual o papel da doutrina, da jurisprudência e da hermenêutica nesse complexo romance? Enfim, a partir desse contexto, o que é o Direito?

As respostas são complexas e demonstram um nítido confronto de paradigmas. *A priori* da retórica a ser exposta, cria-se um mito em torno da Teoria da “Doutrina nos Seguirá” (STRECK, 2012b). Com essa teoria e, basicamente, com essas palavras, alguns ministros dos Tribunais Superiores divulgam em inúmeros julgados a ideia de que são os legítimos — e os únicos — intérpretes constitucionais, qualificando a doutrina como uma mera repetidora dos julgados.

A partir desse contexto, serão analisadas as teorias subjacentes aos discursos de autoridade de alguns ministros de modo a se expor as esferas de pré-compreensões nas quais esses discursos estão inseridos para, em um segundo momento, confrontá-las com o pensamento de teóricos que mais bem representam a ideia de democracia constitucional presente em um Estado Democrático de Direito.

Assim, inicialmente, serão apresentados e expostos os pensamentos de alguns ministros dos Tribunais Superiores, bem como analisadas as teorias que fundamentam esses discursos. Em seguida, será examinada a (im)pertinência teórica com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito para, ao final, verificar a necessidade de uma efetiva evolução paradigmática do Direito.

## 2. A *PLENIPOTENCIARIEDADE* DA REGRA E O DISCURSO DE AUTORIDADE

O estudo de alguns julgados dos Tribunais Superiores e, em especial, dos votos dos magistrados que compõem esses tribunais, é capaz de desvelar visões paradigmáticas conflitantes que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos magistrados no Brasil, mas que nem sempre se mostram adequadas à noção de um complexo e plural Estado Democrático de Direito.

Essa afirmativa é decorrente da visão do Direito por alguns magistrados que, presos ao positivismo jurídico, utilizam critérios quase estritamente linguísticos para analisar questões jurídicas, de modo a qualificar o Direito como um instrumento histórico de legitimidade da própria instituição que o constitui.

De fato, numa certa ótica, alguns dispositivos das sentenças judiciais podem ser considerados interessantes — apesar do pressuposto teórico equívocado —, pois se analisa, nesse momento, o ponto de chegada e não o percurso feito. No entanto, não é porque um relógio parado acerta a hora duas vezes ao dia que ele não necessita de ser consertado. Decorre daí a importante tarefa de desvelar os paradigmas nos quais os magistrados estão inseridos.

O ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do MS 32.033, no qual os ministros debatiam a manutenção ou mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em um ponto do controle preventivo de constitucionalidade das normas, resignou-se com a postura dos seus pares que votavam contra a jurisprudência pacífica da corte de modo a afirmar que “havia ignorância em relação aos precedentes do Supremo sobre a matéria”, como se não fosse possível uma mudança do paradigma jurisprudencial para futuras decisões.

Observa-se, no caso narrado, uma nítida busca por uma proteção da jurisprudência, como se o julgado do Pretório Excelso, por si só, representasse o conteúdo da Constituição Federal. Essa visão teórica muito se aproxima do que Dworkin (2007, p. 141 e 142) qualifica como uma visão convencionalista do Direito. O conceito de Direito, a partir de tal prisma, institui que a força do precedente, por si só, incide no presente em razão da força das convenções do passado:

A força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado (a convenção) assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importam quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 2007, p. 141).

Nessa mesma linha de pensamento, ao julgar a Reclamação nº 4.335, o ministro Gilmar Mendes sustentou a inaplicabilidade do art. 52, X, da Constituição Federal ao fundamento de que o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional construíram, desde 1988, uma jurisprudência e uma legislação no sentido de fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade.

Ao apresentar um voto com inúmeros julgados e legislações para sustentar a sua tese, o ministro Gilmar Mendes tentou impor uma ideia convencionalista de que “[...] qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente deve ser visto como uma questão de convenção” (DWORKIN, 2007, p.164) e, portanto, como uma questão vinculante para os seus pares, mesmo que, na visão do ministro, levasse a inaplicabilidade de uma determinação constitucional relativa à atribuição dos Poderes da República.

O ministro Eros Grau, ainda na Reclamação nº 4.335, não só seguiu o voto do ministro Gilmar Mendes, como também menosprezou o trabalho dos cientistas do Direito (que se convencionou denominar doutrina), ao argumento de que o Direito é uma questão estritamente histórica, decorrente das legítimas decisões tomadas pelos legítimos intérpretes ao longo dos anos:

Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição. O discurso da doutrina [discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do Direito. Ele nos seguirá; não o contrário.

Vale citar, ainda, o voto do ministro Teori Albino Zavascki proferido no AI EREsp nº 64.4736:

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

Tem-se, seja no voto do ministro Eros Grau, seja no voto do ministro Gilmar Mendes, seja no voto do ministro Teori Albino Zavascki, a nítida divulgação de duas ideias basilares: a) de que a doutrina deve se curvar ao que foi decidido, ao simplório argumento de que os magistrados são os legítimos intérpretes; e b) de que os julgados dos Tribunais Superiores representam o próprio conteúdo legítimo da interpretação da Constituição Federal e das leis.

Trata-se da qualificação do Direito como uma questão de fato, visão essa que decorre do que uma instância de poder decidiu no passado, motivo pelo qual a proteção dessas decisões é vista como a própria legitimidade de decisão tomada no presente. Sobre esse contexto teórico, Dworkin (2007, p. 10) pontua que

O Direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. [...] Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. [...] Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser (questões de moralidade e fidelidade, não de direito).

Por fim, há de se lembrar outra posição do ministro Eros Grau exarada no julgamento da ADI nº 4.219, na qual explicitamente se posiciona a favor de um positivismo jurídico kelseniano, por ser o magistrado o autêntico intérprete do texto escrito na Constituição Federal:

O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontram respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas corretas. [...] A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição[...] Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivi-

ficamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos.

Após essa exposição, foi possível observar a existência de um forte positivismo na jurisprudência dos Tribunais Superiores. O positivismo, como coloca Dworkin (2007, p. 46), é uma teoria semântica do Direito, uma vez que o verdadeiro argumento sobre o Direito é empírico (baseado na experiência das convenções pretéritas) e não teórico.

O que se observa nas teorias subjacentes aos julgados analisados é um manifesto discurso de autoridade, fundamentado em um forte positivismo jurídico, seja ele kelseniano, seja ele convencionalista. A *plenipotenciariiedade* da regra se mostra como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente, de modo a fechar o Direito para a amplitude normativa dos princípios (STRECK, 2012a, p. 59). A regra, portanto, é fonte única de legitimidade e imprescindível para a correta aplicação do Direito.

Os casos difíceis, a partir de um viés positivista, são resolvidos com fundamento em um poder judicial discricionário. Ao utilizarem o poder discricionário, os juízes fazem uso de “[...] padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito” (DWORKIN, 2007, p. 145), tal como também ocorre no positivismo kelseniano (KELSEN, 1987, p.394), em especial pela possibilidade de o magistrado decidir fora da moldura ao simples argumento de que é o legítimo intérprete. Com isso, o juiz passa a ter responsabilidade legislativa, atuando como se um legislador fosse (DWORKIN, 2007, p. 158). Quando um juiz cria um novo direito, “[...] ele escolhe a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 147).

O positivismo kelseniano, agravado pelo giro decisionista, e o convencionalismo norte-americano diminuem o grau de segurança e coerência que se espera de um ordenamento jurídico. Nesse contexto, a decisão judicial passa a ser, como bem coloca Dworkin (2007, p. 187), “[...] apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã”.

Essas teorias, para utilizar o termo cunhado por Dworkin (2007, p. 55), consistem em verdadeiro “agulhão semântico” por acreditarem que o conceito de Direito está fixado em regras semânticas previamente compartilhadas. Assim, o termo “agulhão semântico” é uma crítica a essas teorias que se prendem a uma visão positivista do Direito, um verdadeiro ferrão capaz de envenenar aqueles que não são capazes de se inserirem numa visão paradigmática adequada à aplicação do Direito à luz do atual paradigma constitucional.

Os ministros acima mencionados caem na armadilha do “agulhão semântico” e são por ele envenenados. Com isso, os magistrados visualizam o

Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes, de modo a excluir o intérprete da norma e lhe outorgar o papel de investigador das decisões tomadas no passado.

O “agulhão semântico”, portanto, consiste em uma visão semântica do Direito. Ir além dessa limitação e reconhecer o caráter precário do ser humano é o desafio que se impõe àqueles que buscam uma visão plural e democrática do Direito. É nesse contexto que se impõe o seguinte questionamento: como é possível, então, retirar esse agulhão semântico?

### 3. O POSITIVISMO JURÍDICO VIVE EM PLENO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

A retirada do agulhão semântico não é um procedimento que ocorre sem dor, sem rupturas paradigmáticas teóricas. Faz-se necessário ir além da Teoria da “Doutrina nos Seguirá”. Essa evolução importa, necessariamente, no reconhecimento do caráter aberto, plural, democrático e principiológico do Direito. É por isso que o Direito entra em crise quando verifica a sua limitação e a sua incapacidade de regular todas as situações sociais postas, em especial na certeza de que a vida é mais rica do que a tentativa de fechar em um ordenamento jurídico todas as questões previamente estabelecidas.

É nesse contexto que a abertura principiológica do Direito se mostra como um caminho sem volta. Diferentemente do positivismo jurídico, que busca, nos casos limítrofes, um fundamento externo ao Direito, uma visão aberta e principiológica se torna o próprio fundamento jurídico desse “novo” sistema. Mesmo as regras supostamente claras possuem um viés principiológico, pois o caso concreto — único e irrepetível — pode trazer uma nova possibilidade para essa regra que não foi anteriormente imaginada (CARVALHO NETTO, 2003, p. 104):

Ainda quando uma lei pretenda esgotar a sua situação de aplicação, não há situação de aplicação no mundo que não seja única, que não requeira do aplicador imenso trabalho para que uma injustiça não seja cometida. O ordenamento é necessariamente complexo, porque, se existe o princípio da publicidade, há o da privacidade. E tenho que estar sempre muito preocupado com o oposto daquilo com que estou trabalhando, porque é assim que a situação poderá me dizer o que vou regulamentar, como vou proceder.

Nesse ponto, vale a pena analisar um famoso caso, de autoria de Immanuel Kant, por demonstrar os nítidos problemas decorrentes do agulhão semântico e por consolidar a ideia de que essa abertura principiológica do Direito é uma via de mão única (CARVALHO NETTO, 2003, p. 103). A filosofia kantiana é regida por imperativos categóricos e um deles institui que o cidadão age de tal modo que a máxima da sua ação deve se tornar uma lei universal.

Kant, professor de Könningberg, localizada na autoritária Prússia, foi interrompido durante uma aula por um aluno ativista que repentinamente entrou na sala ao argumento de que estava sendo perseguido pela Santa Aliança da monarquia conservadora. Em seguida, o aluno pediu que Kant lhe oferecesse proteção. A Prússia vivia uma situação crítica e a prisão do aluno poderia resultar na sua morte. Assim, Kant ofereceu ao aluno a mesa da sala onde lecionava, embaixo da qual ele poderia se esconder. Logo após, a aula de Kant foi mais uma vez interrompida pela polícia, que procedeu a diligências no local com a finalidade de localizar o fugitivo. Sem conseguir localizá-lo, os policiais, antes de irem embora, perguntaram a Kant se sabia onde o cidadão que eles procuravam estava. Kant, após refletir, respondeu que o aluno estava embaixo de sua mesa. Ao final, os policiais prenderam o aluno e o levaram embora.

O caso, sem dúvida, é emblemático.

Kant possivelmente verificou que “não mentir” era uma máxima universal e válida para todas as pessoas, razão pela qual deveria entregar o aluno à polícia. Dentro de um regramento jurídico fechado, a existência de regras conflitantes importa na exclusão de uma delas. Nesse contexto, se “não mentir” é considerada a resposta válida, outra não poderia ser a conclusão e a conduta de Immanuel Kant.

O exemplo mostra o problema de se acreditar em um ordenamento jurídico que se fecha aos princípios e à moral, como se o Direito positivado, por si só, fosse capaz de responder a todas as indagações dos irrepetíveis casos concretos. Ir além dessa limitação teórico-semântica é o desafio que se impõe àqueles que buscam uma visão plural e democrática do Direito. Agora, a partir do caso narrado, repete-se o questionamento anterior: como é possível, então, retirar esse “aguilhão semântico”?

Dworkin (2007, p. 57), para responder ao questionamento, faz um paralelo com as regras de cortesia em determinada sociedade imaginária. Os membros dessa sociedade imaginária seguem um conjunto de regras. Uma delas exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres. Por um tempo, essa regra existe simplesmente por ser uma regra, sem qualquer tipo de questionamento, como se fosse algo imposto aos membros da sociedade.

Agora, supõe-se que os membros dessa sociedade imaginária desenvolvam uma complexa atividade interpretativa em face das regras de cortesia. A interpretação, para Dworkin, é um instrumento que ocorre pela aplicação de uma técnica que envolve três momentos: etapa pré-interpretativa, etapa interpretativa e etapa pós-interpretativa.

Numa etapa pré-interpretativa, identificam-se as regras e os padrões capazes de fornecer a experiência da prática (DWORKIN, 2007, p. 81). Em

outras palavras, trata-se da regra por si só, ou seja, exigir que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres.

Numa etapa interpretativa, busca-se uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior, cabendo ao intérprete a difícil tarefa de agir como alguém que interpreta a prática sem inventar uma nova prática (DWORKIN, 2007, p. 81). No caso narrado, a justificativa geral para a regra de cortesia é o respeito que os camponeses possuem em face dos nobres, uma vez que esses compõem uma casta social mais elevada. Isso ocorre porque qualquer regra, qualquer pressuposto, deve ter um valor, um interesse ou um princípio, ou seja, alguma finalidade.

Numa etapa pós-interpretativa, o intérprete ajusta “[...] sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007, p. 81), ou seja, o intérprete analisa qual a prática social que realiza a sociedade da melhor forma daquele momento em diante. Verifica-se, argumentativamente, se a prática analisada realmente potencializa a justificativa geral de modo a analisá-la sob a melhor luz.

No caso narrado, na última etapa, os cidadãos podem concluir que a regra de cortesia não é exatamente o que se imaginou que fosse, de modo a se verificar que, em vez de demonstrar respeito, na verdade, se traduziria numa forma de os nobres imporem uma ideia de superioridade em face dos camponeses, de modo que os camponeses concluiriam pela abolição da prática narrada. Em outro sentido, é possível também que os camponeses concluam que a regra deva ser, na verdade, readequada dentro de um novo contexto social, de modo a ser dirigida, por exemplo, a pessoas idosas que serviram o País em eventual guerra.

Mesmo nos casos em que a regra de cortesia se mantenha — apesar de argumentativamente alterada —, ela não mais decorre simplesmente de uma ordem estática e previamente determinada; mas, sim, baseia-se numa postura proativa dos cidadãos em imporem a ela um significado que foi construído racionalmente com base em uma finalidade, valor ou princípio.

Retomando o caso acima narrado de Immanuel Kant, a regra supostamente universal de “não mentir” já não se mantém argumentativamente em face de outros princípios de igual envergadura. Em outras palavras, “não mentir” não serve à finalidade, valor ou princípio para o qual foi criado quando visto a partir do caso concreto, ocorrendo a inversão dos valores morais e principiológicos do sistema ao permitir a entrega do aluno à polícia.

Por isso, “não mentir” já não pode mais ser qualificado como uma regra fechada e absoluta, mas, sim, como um argumento ou princípio, motivo pelo qual Kant deveria considerar como princípios e argumentos igualmente válidos e universais “não delatar” e “não denunciar”, os quais, dentro de uma

valoração no caso citado, mostrar-se-iam como determinantes para Kant mudar o resultado do caso narrado e evitar a prisão do aluno pelo Estado da Prússia.

Tem-se, nos dois casos acima narrados, uma evolução paradigmática da interpretação que, num plano macro, também consiste na evolução do paradigma do Direito a uma ordem aberta, pluralista, complexa e democrática. Com isso, o “agulhão semântico” é retirado, o que não acontece sem a dor de uma ruptura paradigmática. É por isso que essa evolução não ocorre sem um aprendizado crítico e reflexivo do próprio ser humano ao reconhecer a exaustão do paradigma no qual está inserido para, somente então, ser capaz de se reinventar para o novo mundo intersubjetivo da linguagem que, acima de tudo, é autorreflexivo, criativo, contestador, construtivo e fraterno (DWORKIN, 2007, p. 492).

Mas nem todos são capazes de transpor essa hercúlea barreira teórica. A resistência à mudança é natural, mas também é um desafio imposto a todos. Requer estudo e, principalmente, o reconhecimento da necessidade de se abandonar o que até então era certo e natural, em especial por ser o paradigma constitutivo de nós mesmos. Essa autorreflexão é o que torna o ser humano possível de viver um novo horizonte de possibilidades, ao mesmo tempo em que também é limitado pelas sombras do novo paradigma. Toda nova luz, apesar de mudar o seu ângulo de incidência, projeta novas sombras.

A partir dessas reflexões, no atual paradigma constitucional, não existe um campo fértil e propício ao florescimento do positivismo jurídico. Pelo contrário, em pleno Estado Democrático de Direito, o positivismo jurídico pode ser qualificado como uma espécie de erva daninha, por nascer espontaneamente em local e momento inoportuno em razão da utilização de técnicas inapropriadas para a aplicação do Direito.

Pelo o que se verificou até o presente momento, a questão não gira em torno da existência do positivismo no Estado Democrático de Direito, até porque ele reaparece em razão das equivocadas premissas dos julgadores. Na verdade, essa visão do Direito não possui fundamento para se desenvolver em um campo de esferas de pré-compreensões distinto daquele para o qual foi projetado e a Teoria da “Doutrina nos Seguirá” deve, portanto, ser superada.

#### 4. PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico, longe de se consistir em um método aberto e plural de aplicação do Direito, não consegue se sensibilizar para os anseios sociais e transforma a aplicação do Direito em uma tarefa mecânica. Isso

ocorre tanto no positivismo convencionalista como no kelseniano, com as devidas peculiaridades.

O positivismo que decorre do convencionalismo necessita de um consenso de convenção para a aplicação do Direito, desvirtuando o debate em torno de eventual consenso de convicção. Aceitar algo como verdadeiro por consenso de convenção significa aceitar algo porque todos aceitam como verdadeiro, sem que haja um consistente fundamento substantivo para tanto.

Esse é o problema do convencionalismo. Qualquer ataque substantivo à convenção fica deslocado e sem coerência, pois a base do convencionalismo não é uma base material (de conteúdo), mas de um consenso que se fundamenta na aceitação da maioria dos magistrados por um precedente. (DWORKIN, 2007, p. 166)

No convencionalismo, o fundamento da decisão decorre exclusivamente de um consenso de convenção e a força dessa convenção incide a partir dessa lógica. Contudo, como coloca Dworkin (2007, p. 169), nada precisa ser estabelecido como convenção para um sistema jurídico funcionar:

A atitude interpretativa necessita de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção. Será suficiente que o nível de acordo da convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir o debate sobre as práticas fundamentais como a legislação e o precedente.

A convenção é formada pela força dos precedentes judiciais e legislativos tomados no passado; em determinado momento, essa convenção se esgotará. E, assim, o convencionalismo fracassa porque as fontes convencionais do Direito não possuem uma resposta adequada para casos difíceis e os juízes buscam uma resposta fora do Direito por meio do seu poder discricionário (DWORKIN, 2007, p. 159).

Já no positivismo kelseniano, como expõe Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concedem ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estejam dentro da moldura proposta por Kelsen:

Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.

Esse modelo fechado e hierarquizado de regras, idealizado por Kelsen, não permite que o Direito seja impregnado pelos princípios. De um lado,

cabe aos cientistas do Direito lançar dentro da moldura as possíveis interpretações, e, do outro lado, cabe ao magistrado fixar a interpretação que mais entende adequada. A interpretação judicial, também chamada de interpretação autêntica, é uma escolha discricionária entre as interpretações possíveis.

Essa noção da hermenêutica positivista sofreu grande alteração com a edição de 1960 da Teoria Pura do Direito (COURA, 2009, p. 61-62). Kelsen (1987, p. 394) reconheceu a possibilidade de o juiz fundamentar seu julgado fora da moldura criada pelos cientistas do Direito, desde que tal decisão tivesse sido proferida por um órgão jurisdicional competente.

Tanto o positivismo kelseniano, como o convencionalismo americano fracassaram no exato momento em que deveriam ser mais fortes e coerentes: nos casos difíceis em que o “ordenamento jurídico” não apresenta, de forma evidente, uma resposta *a priori* para o caso concreto. Na mesma esteira, encontram-se as citadas decisões dos ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Albino Zavascki, ao partirem de um conceito que não mostra o Direito por sua melhor luz.

As regras de um ordenamento jurídico não abrangem todas as possíveis hipóteses de aplicação e, nos “casos difíceis”, incide uma forte arbitrariedade seletiva na interpretação para resolver o caso concreto, de modo a se qualificar essa decisão como um ato de vontade. A partir de um viés positivista, decidir importa em uma escolha, ou seja, na existência de um suposto poder judicante fundamentado no livre-arbítrio que se legitima no fato de a autoridade estar investida em um cargo.

É por isso que positivismo e arbitrariedade caminham de mãos dadas. O positivismo, com isso, recai em um perigoso decisionismo judicial e sepulta qualquer possibilidade de uma teoria que dê um passo além da relação sujeito-objeto.

A partir dessas — e outras — inúmeras críticas, Dworkin apresenta um novo conceito de Direito: o Direito como integridade. Para tanto, Dworkin (2007, p. 229) visualiza a comunidade a partir do ideal fraterno, de modo a buscar a legitimidade para o uso da força pelo Estado com base em fatores internos ao Direito, quais sejam, os princípios:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer regras que decorrem de princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas pode expandir-se e contrair-se organicamente.

Dworkin (2007, p. 204), então, propõe que a sociedade haja de modo que seja uma entidade distinta de seus cidadãos, ou seja, o autor fala de uma profunda personificação da sociedade, na qual o agir social não seja de um indivíduo, mas engajado de modo coletivo por todas as pessoas:

A integridade pressupõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem se engajar em convicções, ideais ou projetos.

Assim, a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres no ordenamento jurídico, a partir da ideia de que foram criados por um único autor, qual seja, a comunidade personificada. Busca-se expressar uma concepção coerente de justiça e equidade daquilo que compõe a história da sociedade e das instituições (DWORKIN, 2007, p. 271).

Pela evolução da interpretação vista acima, em especial com base nas três etapas interpretativas, Dworkin constrói a noção de Direito como integridade a partir do que o autor chama de “romance em cadeia”, a ser arquitetado pelo mítico juiz Hércules.

O romancista de Dworkin é, acima de tudo, preocupado não só com as regras e princípios atualmente presentes no ordenamento jurídico, mas também com a construção de uma complexa história da prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz:

O direito como integridade, portanto, começa no presente só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e os objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

O romancista não tem por finalidade reescrever o que cada integrante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário considerava essencial para a tomada de determinada decisão. Esses argumentos podem até ser considerados pelo romancista, mas ele não se prende em eventos isolados ou votos vencidos, uma vez que a história a ser contada não é de um indivíduo, mas da comunidade personificada.

Ademais, não se trata de um simples romance, mas de um romance em cadeia voltado para o futuro. Nesse momento, retoma-se de forma mais sensível e íntima o conceito de comunidade personificada para que esse romance seja sempre o melhor romance possível, isto é, um romance que traduza a ideia de que foi escrito por um único autor e não por diversas mãos, diferentes pensamentos e conflitantes pressupostos teóricos:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 276).

Para tanto, o romancista deve buscar a adequação do novo capítulo, no sentido de que deve haver uma continuidade com o capítulo anterior, devendo considerar todas as possíveis interpretações para que exista integridade com os prévios capítulos. O texto, portanto, deve fluir naturalmente enquanto se busca o curso da história capaz de reconstruir com coerência o ordenamento jurídico vigente.

Não obstante, pode o romancista abandonar essa complexa narrativa se considerar a tarefa impossível de ser cumprida? Sobre o tema, Dworkin (2007, p. 285) pondera que:

É possível que nenhuma interpretação sobreviva [...] você terminará, então, por abandonar o projeto, rejeitando sua tarefa por considerá-la impossível. Mas não pode saber de antemão que vai chegar a esse resultado cético. Primeiro, é preciso tentar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo.

Nesses casos, cabe ao romancista abandonar o projeto e reiniciar o romance a partir de outros pressupostos principiológicos igualmente presentes no ordenamento jurídico (DWORKIN, 2007, p. 278-285). Assim, o abandono dos pressupostos que consolidaram o romance inicial não significa o abandono de outro possível romance que tenha consistência substancial nas decisões legislativas e judiciais tomadas no passado. Em alguns casos, o romancista deve voltar ainda mais na história do Direito e das instituições. O abandono, portanto, não autoriza o magistrado a buscar e utilizar padrões extra-jurídicos ao decidir um caso.

Para essa difícil tarefa de reconstruir o ordenamento jurídico e buscar no horizonte de possibilidades o Direito sob a melhor luz, Dworkin (2007, p. 287) cria a mítica figura do juiz Hércules, um “[...] juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”.

Alguns críticos pontuam que nenhum juiz deve confiar em suas convicções pessoais sobre equidade ou justiça como Hércules faz. Concluem que o juiz deve ser neutro. Ora, qualquer método interpretativo — e não só o de Hércules — estará impregnado de moral política e pelo paradigma no qual o julgador está inserido. A pretensa neutralidade tão desejada por Kelsen foi,

sem dúvida, um dos grandes problemas de sua obra, ao acreditar que o método, por si só, seria capaz de dar uma resposta (DWORKIN, 2007, p. 310).

É importante salientar que o fato de Hércules ser uma figura mitológica não torna o Direito como integridade mais difícil de ser aplicado ao caso concreto. Tanto é assim que Dworkin confirma que Hércules é um mito, mas que isso não é um real problema, pois qualquer juiz que adotasse os mesmos pressupostos de Hércules necessitaria, na verdade, de eficiência e capacidade de administrar com prudência. Ademais, os juízes, ao adotarem a integridade, decidirão de forma menos metódica que Hércules, que somente expõe o seu modo de pensar e busca ajudar os magistrados a entenderem a estrutura oculta de suas sentenças (DWORKIN, 2007, p. 316).

A estrutura oculta das sentenças de Hércules, portanto, é mais humana e menos metódica do que aparenta ser. O Direito como integridade vai além de uma mera atitude profissional do julgador ao ser visto como um modelo de conduta capaz de impregnar toda a extensão das decisões da pessoa do magistrado, mesmo em sua vida pessoal, por exigir uma postura contestadora, construtiva e fraterna da realidade. É nesse contexto que Dworkin conclui o seu livro afirmando que o Direito como integridade deve ser adotado como projeto “[...] para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2007, p. 492).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tempos difíceis do constitucionalismo moderno demonstram a necessidade de levar o Direito a sério. Se as instituições existem e inúmeras decisões já foram tomadas no passado, elas devem ser utilizadas como base para a decisão judicial. Não de forma cega, mas com a sensibilidade de que o Direito, além de argumentativo, também é voltado para o futuro.

Em breve síntese, ao propor o princípio da integridade, Dworkin entende que o magistrado não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas poder vinculado, no sentido de que sua ação somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais. Esse é o fundamento de legitimidade do magistrado, que deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro.

Essa visão do Direito é decorrente do paradigma do Estado Democrático do Direito, motivo pelo qual a Teoria da “Doutrina nos Seguirá”, destacada por alguns magistrados, isola e enfraquece a consistência da atividade jurisdicional, diminuindo o grau de certeza e coerência que se espera do aplicador da norma. Faz-se necessário ir além.

Mas esse hercúleo passo requer do ser humano a capacidade de reconhecer a limitação da realidade na qual está inserido e a necessidade de buscar uma nova luz para iluminar as futuras decisões. A Modernidade é um projeto inacabado, que continuará a se desenvolver no futuro; por isso, o caminhar natural do constitucionalismo e do Direito, em especial pela sociedade plural e complexa na qual os magistrados estão inseridos, necessita de uma teoria que não se esgote na *plenipotenciabilidade* da regra, tão intrínseca ao positivismo jurídico.

Ao adequar o pressuposto teórico subjacente às decisões, conserta-se, assim, a engrenagem do relógio e o ponteiro passa a mostrar em todos os momentos a hora certa. Somente dentro do contexto apresentado é que as decisões deixam de ser uma mera escolha arbitrária do magistrado para ganhar coerência e integridade com o ordenamento jurídico vigente, uma vez que o Direito deve ser, acima de tudo, uma atitude fraterna e construtiva do futuro.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, n° 8, p. 81-108, dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.

COURA, Alexandre de Castro. Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito — reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Homem de *et al.* **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002. 568 p.

GRAU, Eros. **Voto proferido na Reclamação nº 4.335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Voto proferido na ADI nº 4.219**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto proferido na Reclamação nº 4.335.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Debate no Mandado de Segurança nº 32.033.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-20/ministros-supremo-concluem-nao-podem-controlar-projetos-lei>>. Acesso em 10 jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. 639 p.

\_\_\_\_\_. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.** 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Voto proferido em sede de AI nos EREsp 644736.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jul. 2013.





# A CULTURA JURÍDICA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: UMA ANÁLISE À LUZ DAS OBRAS DE FRANCISCO DE PAULA BATISTA E JOAQUIM IGNÁCIO RAMALHO

---

*Bruno Marzullo Zaroni\**

## **Resumo**

O presente artigo pretende analisar o perfil da cultura jurídica processual em formação no Brasil na segunda metade do século XIX. Para tanto, centrará seus esforços na análise do pensamento e das obras dos lentes da cadeira de direito processual civil nas faculdades de direito do Império (Recife e São Paulo).

## **Palavras-chave**

Cultura jurídica. História do direito. Direito processual civil.

## **Abstract**

The paper aims to understand the profile of the Brazilian legal culture concerning the civil procedure in the second half of the nineteenth century. For this purpose, based on a historical methodology, the article will focus its efforts on the analysis of the thought and books of the leading scholars of civil procedure in the law schools of Recife and São Paulo.

## **Keywords**

Legal culture. Legal history. Civil procedure.

“A cultura jurídica é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um contexto histórico social.”<sup>1</sup>

---

\* Professor de Direito Processual Civil da Universidade Positivo. Doutorando e Mestre em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo Pesquisa História, Direito e Subjetividade e do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado, ambos do PPGD/UFPR. Advogado.

<sup>1</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 35, t. I, 2006, p. 341.

## 1. INTRODUÇÃO: PREMISSAS METODOLÓGICAS E OBJETIVO

No período colonial, o processo civil brasileiro era integralmente regido pelas normas portuguesas.<sup>2</sup> Mesmo com a independência do país, em 1822, manteve-se, por força da Lei de 20 de outubro de 1923, em vigor no Brasil toda a legislação portuguesa.<sup>3</sup> Assim, o processo civil, no início da época imperial, era regido especialmente pelo Livro III das Ordenações Filipinas, com as alterações promovidas por normas esparsas, notadamente a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769.<sup>4</sup>

Este vínculo de dependência em relação à antiga metrópole revelava-se igualmente presente no tocante ao ensino e formação do pensamento jurídico, o que se justifica pela inexistência à época de faculdades de direito no Brasil (resultando na formação portuguesa dos primeiros bacharéis) e, por conseguinte, pelo emprego do arcabouço doutrinário-jurídico português.

Com a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, que continha como anexo a Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, o sistema processual sofreu tímida tentativa de emancipação, embora ainda insuficiente para estabelecer um modelo distinto e independente da tradição lusitana.<sup>5</sup>

Um verdadeiro “Código” de Processo Civil nunca foi criado na era imperial, o que fez com que as Ordenações fossem aplicadas até 1850, quando foi promulgado o Regulamento 737, que disciplinou o processo das causas de natureza comercial e cuja aplicação foi estendida (com certos ajustes) às causas cíveis pelo Decreto 763, de 1890.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Conforme explica Raymundo Faoro, “o mundo colonial deveria ser, pelas normas absolutistas vigentes, uma cópia do mundo português”. (FAORO, Raymundo. Existe um pensamento político brasileiro? Estudos avançados, v.1, n.1, 1987, p. 22).

<sup>3</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 33/34, t. II, 2004/2005, p. 969; LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano. In: \_\_\_\_\_. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 495-500.

<sup>4</sup> Ver a respeito das reformas pombalinas e da Lei da Boa Razão: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 140-142.

<sup>5</sup> Para Lobo da Costa é a partir deste estatuto jurídico que se iniciou “no campo do processo civil, o lento trabalho de emancipação do direito processual civil brasileiro. (...) Historicamente, portanto, o primeiro período do direito processual civil brasileiro inicia-se com a lei de 29 de novembro de 1832.” (COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. São Paulo: RT-Edusp, 1970, p. 5-6). V. ainda: BUZAID, Alfredo. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 49-50.

<sup>6</sup> “Le Ordinazioni filippine, già in vigore da oltre secoli, rimasero al loro posto anche dopo che il Brasile era divenuto sede della monarchia portoghese, anche dopo che si staccò dalla madre patria, proclamando la sua indipendenza (1822). (...) Del 1850 sono Il codice di commercio (successivamente riformato) e una legge chiamata *Regulamento 737*, che regolò il processo commerciale e fu più tardi esteso anche al processo civile; in esso si mantenne

Para alguns, é nesse contexto histórico de tensão e ruptura, notadamente a partir de estudos científicos sobre o referido Regulamento 737 e da fundação dos cursos jurídicos no Brasil,<sup>7</sup> que teria florescido a doutrina processual civil brasileira.<sup>8</sup>

Nada obstante tal afirmação, raros são os estudos que busquem, a partir de uma perspectiva historiográfica, compreender o perfil do pensamento jurídico processual brasileiro da segunda metade do século XIX ou identificar uma cultura jurídica relativa ao direito processual civil neste período.<sup>9</sup>

Não raro alude-se genericamente a um contínuo processo evolutivo da disciplina, com sua formulação à luz de bases científicas — associada, na maioria das vezes, à influência de teorias estrangeiras, tal como a “Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais”, de Oscar Von Bülow, no ano de 1868; ou o estudo sobre o caráter publicista do processo, de Giuseppe Chiovenda, publicado em 1903<sup>10</sup> —, mas sem maior atenção à cultura processual brasileira à luz do contexto social, político e ideológico vivenciado neste intervalo histórico de transição.

É como se a cultura jurídica processual civil brasileira tivesse despontado a partir da influência de tais referenciais teóricos, o que implica em se olvidar de um período crucial na formação das bases culturais do direito processual civil.

Corre-se o risco, portanto, nesta perspectiva de análise — por vezes superficial e simplificadora — do pensamento jurídico, de se atribuir a este saber e seus elementos um caráter atemporal, de destituí-lo enquanto fenômeno cultural de sua historicidade; arrisca-se, ainda que o resgate histórico

---

sostanzialmente inalterata la struttura fondamentale del processo, ma si formularono le sue regole con grande chiarezza, in brevi e precise disposizioni, secondo la tecnica legislativa moderna.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano. In: \_\_\_\_\_. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 500).

<sup>7</sup> Por isso, “não é de se surpreender que o grande florescer da cultura jurídica nacional tenha ocorrido no Segundo Reinado (1840-1889), depois de formadas as primeiras turmas de juristas brasileiros.” (LOPES, José Reinaldo de Lima et al. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006, p. 339).

<sup>8</sup> BUZAID, **Grandes processualistas**, op. cit., p. 51-52; COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. São Paulo: RT-Edusp, 1970; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual civil brasileiro — Das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri: Manole, 2002; BORGES, Marcos Afonso. História dos cursos jurídicos, suas tradições socioculturais para o país. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, v. 13, n. 1, 1990, p. 25.

<sup>9</sup> Para um exame da função da história do direito enquanto ferramenta crítica de compreensão do direito e não mera legitimadora da dogmática jurídica atual, v.: HESPANHA, Antônio Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 41-43.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti. In: \_\_\_\_\_. **Saggi di diritto processuale civile**. Bologna: Zanichelli, 1904, p. 1 et seq.

seja “uma mera recuperação vazia e inócua dos dados pretéritos”. Por fim, adverte Ricardo Marcelo Fonseca<sup>11</sup>

ao estabelecer uma continuidade muitas vezes artificial e sem mediações entre o ontem e o hoje, pode resultar num instrumento banal para demonstrar a inevitabilidade do presente, colocando-o como ponto de chegada natural e conseqüente de um curso histórico homogêneo, resultando numa celebração acrítica do presente e de suas instituições.

O que se pretende sublinhar, pois, é que, diferentemente das posturas analíticas simplificadoras, a cultura jurídica está inserida em determinado tempo e, portanto, é constituído de historicidade.<sup>12</sup> Essa historicidade, quando bem compreendida, rompe com a visão de que o direito segue um percurso linear e uma lógica ascensionista; muito ao contrário, a dinâmica histórica é, não raro, marcada por oscilações, contradições, descontinuidades, avanços e retrocessos.

Por isso o interesse aqui em compreender, ainda que de forma indiciária e exploratória, o perfil da cultura jurídica processual em formação no Brasil na segunda metade do século XIX.

Entenda-se por cultura jurídica (inclusive aquela ligada ao estudo do direito processual) o “conjunto de significados (*standards* doutrinários, padrões de interpretação, marcos de autoridade doutrinária nacionais e estrangeiras, influências e usos particulares de concepções filosóficas) que efetivamente circulavam na produção do direito e eram aceitos nesta época no Brasil” ou, ainda, pelo “conjunto de padrões e significados que circulavam e prevaleciam nas instituições jurídicas do Império (faculdades, institutos profissionais de advogados e magistrados, o foro, e, em alguns casos, no parlamento), e que atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro.”<sup>13</sup>

Em outras palavras, “cultura jurídica é aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social.”<sup>14</sup>

Nessa perspectiva, como forma de elaborar um recorte espacial e temporal para delimitar o vasto campo de análise, o presente artigo centrará seus

---

<sup>11</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à histórica do direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 5.

<sup>12</sup> Conforme explica Fonseca, “todas as disciplinas — de modo explícito ou não — têm seus estatutos e credenciais ‘científicos’ vinculados com as vicissitudes que são eminentemente históricas e, portanto, ligadas a uma provisoriabilidade e uma ‘mundanidade’. Não há nenhuma razão supra-histórica que, de um modo metafísico, imponha um determinado ramo do saber como o ‘privilegiado’ em um espaço e em um tempo. Nenhum saber se impõe por si mesmo, pois, afinal, os saberes também fazem parte do jogo de forças que compõe o mundo histórico em que vivemos.” (FONSECA, **Introdução teórica à histórica do direito**, op. cit., p. 22)

<sup>13</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 340.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 341.

esforços na identificação da cultura jurídica relativa ao direito processual civil por meio da análise do pensamento e das obras dos principais lentes (denominação dos professores à época) da cadeira de direito processual civil nas duas faculdades de direito do Império (do Recife e de São Paulo). Procurar-se-á, ainda, compreender a projeção destes saberes no ambiente acadêmico e na cultura forense.

## 2. A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: A CRIAÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO NO IMPÉRIO

Seguindo o recorte temporal adotado por Ricardo M. Fonseca, cabe esclarecer que a escolha desta temporalidade para a compreensão da cultura jurídica nacional parte da hipótese de que “sobretudo a partir dos anos cinquenta do século XIX que podem ser evidenciadas características mais claras e específicas no sentido de ser possível definir contornos de uma genuína *cultura jurídica brasileira*.”<sup>15</sup>

E isso se deu preponderantemente pela inexistência até então de cursos de Direito no Brasil e, ademais, pelo fato de que, naquele período, os bacharéis eram oriundos da Faculdade de Direito de Coimbra, o que conduzia à manutenção da tradição jurídica portuguesa já deveras arraigada no Brasil.<sup>16</sup>

Na perspectiva de Wolkmer, a forte política centralizadora de Portugal, a par de impor sua tradição jurídica, sobrepujando o direito interno, tinha por objetivo consolidar um estatuto normativo estruturado para salvaguardar seus interesses, o que era reforçado por uma elite profissional que se articulava por práticas burocrático-patrimonialistas.<sup>17</sup>

Para uma melhor compreensão, é importante ter em conta o contexto de oposições internas — manifestas ou latentes — vivenciado pelo Brasil na entrada da época liberal para constituir-se jurídica e politicamente. Convivia, de modo não harmônico, de um lado, a herança do antigo regime, marcado pela estrutura social colonial centralizada, oligárquica e escravista, regulada pelas Ordenações Filipinas e pela legislação portuguesa colonial; de outro, o forte influxo dos ideais liberais, oriundos das revoluções estrangeiras.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima et al. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006, p. 339-340.

<sup>16</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 347.

<sup>17</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 73.

<sup>18</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 345.

De fato, até a Independência todo aparato jurídico existente no Brasil era oriundo de Portugal, precipuamente pela vigência das Ordenações Filipinas. Há, portanto, um evidente nexu “de continuidade com a tradição jurídica herdada dos tempos colonial”,<sup>19</sup> cujo esforço para superação, ainda que de forma lenta e gradual, transparece com a criação de leis brasileiras e, especialmente, com a criação dos cursos jurídicos, em 1827, em São Paulo e outro em Recife.

É nesse contexto, com a criação das faculdades de direito do Império, que se começa a delinear a cultura jurídica brasileira, na medida em que se abre espaço para um desenvolvimento jurídico autônomo em relação a Portugal.

É bem verdade, porém, que, na primeira metade do século XIX, o ensino jurídico visava muitos mais servir às necessidades políticas do Estado e promover o preenchimento dos quadros políticos e burocráticos da administração pública do que a formação de juristas responsáveis pela constituição de uma cultura jurídica legitimamente nacional. É o que explica André Wander Bastos:

A criação e a formação dos cursos jurídicos no Brasil estava significativamente vinculada às exigências de consolidação do Estado Imperial e refletem as contradições e expectativas das elites brasileiras comprometidas com o processo de Independência. Emerso das contradições entre a elite imperial conservadora, vinculada ao aparato político colonizador e aos institutos jurídicos metropolitanos, e a elite nacional civil, adeptos aos movimentos liberais e constitucionais que sucederam à Revolução Americana e à Revolução Francesa, o incipiente Estado brasileiro, premido pela situação impositiva da Igreja, que controlava sua infra-estrutura de funcionamento cartorial e eleitoral, buscou nos cursos jurídicos a solução possível para a formação de quadros políticos e administrativos que viabilizassem a independência nacional.<sup>20</sup>

Já na segunda metade do século XIX, porém, é que passou a surgir uma nova categoria de intelectuais, cuja atividade passa a ser inclinada ao estudo do direito à luz de critérios científicos e voltado ao ensino jurídico:

A instalação dos cursos jurídicos fecundara uma geração nativa de juristas, e a profissão universitária estimulava o ciclo inaugural de autores brasileiros. Do norte e do sul viriam os bacharéis,

---

<sup>19</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 44, 2006, p. 65-66.

<sup>20</sup> BASTOS, André Wander. *Ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 1.

plasmando uma nova cultura, substituindo àquela representada pela elite estabelecida desde a Colônia.<sup>21</sup>

Cabe, portanto, perceber como esta “geração nativa de juristas” irá contribuir especificamente para formação de uma cultura jurídica processual.

### 3. DA PASSAGEM DO PRAXISMO LUSITANO PARA A FORMAÇÃO DA DOCTRINA PROCESSUAL BRASILEIRA

Embora processualistas modernos encarem o desenvolvimento da cultura processual a partir de uma perspectiva exclusivamente dogmática, o que acaba por conduzir à conclusão de que o processo civil acompanha uma linha de progressiva evolução, olvidam-se dos aspectos históricos que subjazem a tais mudanças.

Ora, no Brasil do século XIX, avanços legislativos e científicos não foram impulsionados simplesmente pelo esforço acadêmico dos juristas, mas também pela influência e flutuações de fatores externos. Além do expressivo influxo do ideário liberal sobre a cultura jurídica brasileira neste período histórico<sup>22</sup> e da instituição dos cursos jurídicos, a criação de uma legislação processual própria foi determinante, pois representou a imperativa necessidade de se regular uma das funções do Estado (o Poder Judiciário), assegurando, destarte, a soberania nacional (como reflexo da necessidade do rompimento do sistema processual lusitano).<sup>23</sup>

Com isso se pretende afirmar que as criações legislativas a respeito do processo civil, e a cultura jurídica a respeito de tal saber, estão fortemente atreladas a um contexto histórico marcado pelo liberalismo, que “acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo” e “na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional.”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> DUTRA, Pedro. *A literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 49.

<sup>22</sup> “Tanto em São Paulo, quando no Recife, os postulados liberais foram invocados na luta contra o monopólio metropolitano na qual engajara-se importantes segmentos ligados à grande propriedade agrária e escravista. O liberalismo foi adotado, no entanto, com limitações e resguardados os privilégios daqueles segmentos sociais e mantida a escravidão. A necessidade de utilização do liberalismo produziu um duplo efeito: fundamentou a luta contra a metrópole e delineou as linhas mestras da organização do Estado no Brasil.” (NEDER, Gizlene. Coimbra e os juristas brasileiros, p. 11)

<sup>23</sup> “Nesse período inicial da história do direito processual civil brasileiro é importante assinalar-se a lei de 28 de setembro de 1837, em que se traduz a expressão da soberania nacional, reivindicando para o Poder Judiciário do Império o poder de julgar em última instância as causas instauradas em território do país, e declarando nulas as decisões proferidas pelos Tribunais de Ultramar, a partir da proclamação da independência.” (COSTA, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*, op. cit., p. 15).

<sup>24</sup> WOLKMER, *História do direito no Brasil*, op. cit., p. 79.

É preciso advertir, porém, que o liberalismo brasileiro adquire contornos peculiares. Enquanto em países como Inglaterra, França e Estados Unidos o liberalismo representou a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, no Brasil expressou a necessidade de reordenação do poder nacional, de eliminação dos vínculos coloniais e a manutenção da dominação das elites agrárias.<sup>25</sup> Não se tratava, portanto, da batalha dos dominados para dissolver os privilégios da aristocracia e da realeza. Alude-se, neste particular, a uma contradição do liberalismo pátrio percebida pela “paradoxal conciliação ‘liberalismo-escravidão’”,<sup>26</sup> ou seja, o liberalismo funcionava como instrumento retórico para manter a dominação oligárquica e, concomitantemente, dar impulso ao desenvolvimento comercial.

Nesse sentido é o ensinamento de Gizlene Neder:

Primeiramente, cabe ressaltar que o liberalismo se tornou uma ideologia necessária e presente na conjuntura da emancipação política, fato que está intrinsecamente ligado à criação dos cursos jurídicos no Brasil. Tanto em São Paulo, quando no Recife, os postulados liberais foram invocados na luta contra o monopólio metropolitano na qual engajara-se importantes segmentos ligados à grande propriedade agrária e escravista. O liberalismo foi adotado, no entanto, com limitações e resguardados os privilégios daqueles segmentos sociais e mantida a escravidão. A necessidade de utilização do liberalismo produziu um duplo efeito: fundamentou a luta contra a metrópole e delineou as linhas mestras da organização do Estado no Brasil.<sup>27</sup>

Por isso a importância de que houvesse juristas e aparatos legislativos aptos a “sistematizar a ideologia político-jurídica do liberalismo” (integrando ideologicamente o Estado nacional projetado pelas elites) e constituir a “burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia”.<sup>28</sup>

Desse modo, além da concepção dos cursos jurídicos (com a consequente constituição de uma elite jurídica), outro fator de fomento da formação da cultura jurídica brasileira foi a elaboração de um expressivo arcabouço

---

<sup>25</sup> “No Brasil, as idéias liberais teriam um significado mais restrito, não se apoiariam nas mesmas bases sociais, nem teriam exatamente a mesma função. (...) Os adeptos das idéias liberais pertenciam às categorias rurais e sua clientela. As camadas senhoriais empenhadas em conquistar e garantir a liberdade de comércio e a autonomia administrativa e judiciária não estavam, no entanto, dispostas a renunciar ao latifúndio ou à propriedade escrava. A escravidão constituiria o limite do liberalismo no Brasil.” (COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 8 ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007, p. 30).

<sup>26</sup> WOLKMER, **História do direito no Brasil**, op. cit., p. 77.

<sup>27</sup> NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1995, p. 103.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.13.

jurídico, composto notadamente pela Constituição de 1824, que se encontrava “imbuída de idéias e instituições marcadamente liberais”, códigos e leis.<sup>29</sup>

Para o propósito do presente estudo, interessa notar que o principal diploma processual da segunda metade do século XIX — o Regulamento 737 —, a partir do qual florescem os principais estudos do direito processual civil legitimamente nacionais, nasce na esteira do Código Comercial de 1850, marcado por forte conteúdo liberal e pela influência das necessidades do comércio da elite local. Embora influências liberais já se fizessem sentir, “o comércio era ainda incipiente em algumas práticas.”<sup>30</sup>

Conforme explica Wolkmer, “as necessidades imediatas, as atividades negociais e o desenvolvimento comercial fizeram com que a principiante burguesia latifundiária priorizasse a regulamentação da vida econômica sobre a vida civil.” Deste modo, como “a ordenação do comércio e da produção da riqueza era mais imperiosa do que a proteção e garantia dos direitos civil, nada mais natural do que o Código Comercial preceder em 67 anos o Código Civil.”<sup>31</sup>

Porém, apenas a regulação das práticas comerciais pelas normas de direito material se revelava insuficiente para o propósito de outorgar segurança e agilidade ao trânsito econômico. Era preciso que, em caso de descumprimento do direito material, houvesse mecanismos processuais aptos a forçar o cumprimento das obrigações da maneira eficiente (o que se revelava difícil com o excessivo formalismo e arcaísmos das Ordenações). Para por em andamento a lei comercial foi indispensável “organizar os tribunais de comércio e neles dar nova ordem ao processo”.<sup>32</sup>

Por isso mesmo, a legislação comercial foi acompanhada do Regulamento 737, que disciplinou o processo comercial até o advento da República (estendido posteriormente às causas cíveis), ditando as linhas gerais do processo de conhecimento, da execução e dos recursos.

O Regulamento 737 surge, assim, pela conveniência das elites nacionais de assegurar o natural funcionamento dos mecanismos de mercado e concomitantemente pela necessidade de se superar o processo formalista, complexo e moroso das Ordenações.<sup>33</sup>

Com efeito, a legislação processual, “inspirada nas idéias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a

---

<sup>29</sup> WOLKMER, *História do direito no Brasil*, op. cit., p. 84.

<sup>30</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história — Lições introdutórias*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 292.

<sup>31</sup> WOLKMER, *História do direito no Brasil*, op. cit., p. 88.

<sup>32</sup> LOPES, *O direito na história — Lições introdutórias*, op. cit., p. 292.

<sup>33</sup> COSTA, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*, op. cit., p. 31.

transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicados, despindo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa.”<sup>34</sup>

Por conseguinte, a necessidade de criação de uma legislação processual moderna e própria,<sup>35</sup> somada à criação das faculdades de direito, abre espaço para os primeiros estudos na área do direito processual civil de cunho eminentemente nacional.

Como indicado preliminarmente, desde o período colonial até o ano de 1850, com a edição do referido Regulamento, o processo civil era regulado pelas Ordenações Filipinas. Neste longo período de vigência das normas portuguesas em matéria processual, não se contemplava ainda uma cultura jurídica brasileira dedicada à constituição de um pensamento relativo ao direito processual civil de raiz exclusivamente nacional.

Evidência maior dessa dependência reside no fato de que pouquíssimas foram as obras sobre processo civil editadas no Brasil antes da promulgação do Regulamento 737 de 1850 e de que obras jurídicas do direito processual civil de maior relevância eram, na verdade, adaptações nacionais de obras portuguesas.<sup>36</sup> Teixeira de Freitas, por exemplo, adaptou para o direito nacional as “Primeiras Linhas”, de Pereira e Sousa; J. J. Pereira da Silva Ramos adaptou a “Doutrina das ações”, de José Homem Corrêa Telles; e Antonio Trigo de Loureiro anotou o “Manual de apelações e recursos”, de Gouvêa Pinto.

Logo, na primeira metade do séc. XIX, o pensamento jurídico processual nacional não se encontrava dissociado do pensamento jurídico português, sendo-lhe fortemente tributário.

Por sua vez, merece destaque, como tentativa de inovação, aquela que é considerada uma das primeiras obras nacionais acerca do processo civil e que já carrega no seu âmago a expressão de uma vontade codificadora. Trata-se da “*Revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil*”, do jurista e advogado,<sup>37</sup> Francisco Ignácio de Carvalho Moreira (Barão de Penedo),<sup>38</sup> publicada em 1846.

---

<sup>34</sup> COSTA, *Ibid.*, p. 10.

<sup>35</sup> Dentre as vantagens do Regulamento enumera-se: “distribuição sistemática da matéria, a concisão e precisão da linguagem técnica, ausência de antinomias e geminações, simplificações dos atos processuais, redução dos prazos e melhor organização dos recursos” (NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 221).

<sup>36</sup> ROSA, Eliézer. **Leituras de processo civil (generalidades sôbre doutrina processual civil)**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1970, p. 145-146.

<sup>37</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 73, nota 64.

O livro tinha por objetivo a codificação da legislação civil e processual, sendo considerado um dos primeiros projetos de Código Civil. Muito embora não tenha obtido êxito na codificação das leis civis, Lobo da Costa esclarece que na referida obra “se encontram os germes de alguns princípios de natureza processual, que iriam frutificar no Regulamento n. 737, de cuja Comissão encarregada de elaborá-lo foi êle um dos principais membros, tendo sido o redator exclusivo do projeto.”<sup>39</sup>

Carvalho Moreira atentava para o fato de que os juízes e advogados tinham a sua frente um quadro de leis muito extenso e totalmente desorganizado, que ia desde o direito romano, passando pelas ordenações e leis extravagantes portuguesas. Nesse contexto, era natural que as decisões judiciais fossem incoerentes e conflitantes. Como presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Carvalho Moreira pretendia combater este “monstruoso caos” em que se encontrava o foro “pelos defeitos e lacunas, obscuridade, confusão, e imensidade de nossas leis civis, e sobretudo das do processo.”<sup>40</sup> Conforme explica Eduardo Spiller Pena, a situação de insatisfação indicava “a ausência de um código de leis e do processo civil que padronizasse os usos e interpretações do direito no país”.<sup>41</sup>

Da obra de Carvalho Moreira transparece um preliminar esforço de sistematizar o processo civil, uma latente predisposição à codificação das leis

---

<sup>38</sup> Carvalho Moreira, originário de Alagoas, matriculou-se na Faculdade de Direito do Recife em 1834, porém formou-se em São Paulo em 1839, além de advogado eminente, “fundou, com Teixeira de Freitas, Caetano Alberto, Sousa Pinto, França e Leite e outros, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros” (BEVILAQUA, Clovis, **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 35, nota 65)

<sup>39</sup> COSTA, **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**, op. cit., p. 27.

<sup>40</sup> Nas palavras de Carvalho Moreira: “E que de terríveis conseqüências para a estabilidade a justiça, e segurança dos direitos civis, para a paz e felicidade das famílias, efetividade dos contratos, e manutenção da propriedade, não devem constantemente resultar de uma tal confusão de leis, de tão monstruoso caos?” (MOREIRA, Francisco Ignácio de Carvalho. **Revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil**, 1846, p. 152-153 *apud* PENA, Eduardo Spiller. Um romanista entre a escravidão e a liberdade. **Afro-Ásia**, n. 18, 1996, p. 40).

<sup>41</sup> PENA, Um romanista entre a escravidão e a liberdade, op. cit., p. 40. Em sentido análogo, Alfredo Buzaid explica que as reformas processuais decorrentes da Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, de 1832, “eram insuficientes e não correspondia à exigência de progresso; por isso um verdadeiro clamor público se ergueu contra a legislação que tantos recursos oferecia à trapaça dos litigantes.” (BUZOID, Alfredo. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 49).

processuais,<sup>42</sup> além da tentativa de romper com o praxismo que marcava os estudos lusitanos da prática forense.<sup>43</sup>

Por praxismo quer se significar aqui “a pré-história do direito processual civil”,<sup>44</sup> no qual a preocupação dos autores (os praxistas) residia em escrever sobre “a ordem do processo, ou a jurisprudência formularia”<sup>45</sup> a partir da experiência empírica.<sup>46</sup> Conforme explica Dinamarco, no período praxista:

os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas como uma realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).<sup>47</sup>

De fato, com a vigência do Regulamento 737, nota-se presente uma embrionária tendência dedicada à superação do legado transmitido pela experiência lusitana<sup>48</sup> e se faz crescente o surgimento no país de estudos dou-

---

<sup>42</sup> Este esforço codificador continuará presente e resultará na Consolidação das Leis do Processo, do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, que passa a ter força de lei em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. Já no período republicano, houve a autorização para que os Estados criassem códigos processuais próprios. Posteriormente, no Estado Novo, com a atribuição de competência exclusiva de competência da União para legislar sobre matéria processual, surge o Código de Processo Civil de 1939.

<sup>43</sup> “Se com o passar do tempo, o nosso legislador foi recolhendo subsídios da experiência jurídica estrangeiras, não deixou de preocupar-se, principalmente, em consolidar, de forma mais científica, a obra do passado; expurgando preceitos já obsoletos; lenta e sabiamente, foi sendo erigida uma estrutura capaz de atender aos anseios da nação nova, constituindo um produto da ‘colaboração harmoniosa dos órgãos legislativos, da doutrina e da jurisprudência’ (Paulo Merêa)”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p. 178)

<sup>44</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009, p. 30.

<sup>45</sup> Prelecções de direito patrio, que dava Ricardo Raymundo Nogueira, no anno de 1795 a 1796. **O Instituto: Jornal Científico e Litterario**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861, v. XI, p. 241-242.

<sup>46</sup> Exemplo retirado do periódico português “O Instituto”, do ano de 1861, que, ao expor sobre praxistas destacados, se refere a um deles (Antonio Vanguerve Cabral, autor de *Practica Judicial*, de 1712), como “um mero practico sem fundo de direito” e que o mérito de sua obra “é trazer regularmente as formulas de todos os autos judiciaes.” (Prelecções de direito patrio, que dava Ricardo Raymundo Nogueira, no anno de 1795 a 1796, op. cit., p. 242).

<sup>47</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, t. I, p. 260.

<sup>48</sup> Assim, “as reformas tentadas na legislação brasileira esbarravam na tradição cultural e institucional perpetuada inconscientemente pelos profissionais do direito, a qual, em última análise, fundava-se nas Ordenações, cuja vigência no Brasil superava os três séculos de história colonial.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo.

trinários sobre o processo civil,<sup>49</sup> a ponto de se afirmar que a maior contribuição do Regulamento residiu na constituição “da consciência processual brasileira”:<sup>50</sup>

A literatura processual, neste segundo período, é não só abundante, em razão dos muitos anos por que se estende, mas registra, também, o aparecimento de obra de qualidade superior. Um dos maiores méritos do Regulamento n. 737 foi o de propiciar a floração de estudos e trabalhos doutrinários sobre o processo civil, com o que se iniciou a “formação de uma consciência processual brasileira”.

Evidentemente, não se pode deduzir que a partir de tal época tenha havido uma radical transformação metodológica, com a adoção universal de critérios científicos no estudo do direito processual, tampouco um rompimento com a herança ibérica. Ao contrário, em grande parte, a literatura do período se limitava a narrar a praxe forense, a reproduzir ensinamentos dos praxistas portugueses ou, como visto, a adaptar as obras lusitanas para o cenário nacional.

No entanto, nota-se neste período o surgimento de obras genuinamente nacionais que procuram estabelecer princípios gerais da ciência processual e promover sua sistematização, na esteira de uma postura intelectual de enaltecimento do método científico.<sup>51</sup> É o que se verifica da obra de Pimenta Bueno, datada de 1858, jurista oriundo da primeira turma de bacharéis da Faculdade de Direito de São Paulo:

A parte da legislação que estabelece as fórmulas porque devem tratar-se as causas ou acções cives é a que denomina-se — Processo Civil. — Seu estudo é arido e fatigante, e sua theoria entre nós pouco cultivada. Nossos praxistas, na quasi totalidade, limitão-se a indicar os resumidos, e algumas vezes obscuros e incompletos preceitos das ordenações, os casos julgados, estylos ou opniões, algumas dellas controversas, sem desenvolver os princípios elementares desta parte da sciencia jurídica, e muito menos as razões fundamentaes de suas diversas disposições. (...) em verdade o estudo do processo civil é digno de outra sorte e da mediação de illustradas intelligencias. Elle encerra graves questões e elevados princípios, que deve ser luminosamente contrastados.(...) Estudar as leis não é estudar sómente suas ex-

---

In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 424).

<sup>49</sup> Lobo da Costa explica que: “Poucos os livros sobre o processo civil, editado no país, neste primeiro período que antecede a promulgação do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850.” (op. cit., p. 26).

<sup>50</sup> COSTA, **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**, op. cit., p. 33. No mesmo sentido: BUZAID, **Grandes processualistas**, op. cit., p. 50-51.

<sup>51</sup> FONSECA, **Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX**, op. cit., p. 356.

pressões, mas sim também sua *theoria*, seus princípios, sua razão, extensão, valor de seus preceitos e seu fim de pública utilidade.<sup>52</sup>

Evidencia-se, pois, das palavras de Pimenta Bueno, concomitantemente o sentimento de ausência de uma “*theoria*” do processo civil, uma reação à metodologia dos praxistas e, em decorrência disso, a necessidade de que processo civil (enquanto parte da “*sciencia jurídica*”) seja fundado em “sua *theoria*, seus princípios, sua razão” e fruto da “*mediação de ilustradas inteligências*”.

Portanto, demarca-se a inquietação quanto à superação do praxismo e a vagarosa passagem para a adoção de posturas científicas no tocante ao direito processual civil.<sup>53</sup>

Sem dúvida alguma, um fator impulsionador desta “*consciência processual brasileira*”, com a marca da transição do praxismo para um cientificismo, foi a criação das faculdades de direito do império pela lei de 11 de agosto de 1827.

Calha observar que a referida lei continha a previsão de uma cadeira dedicada à disciplina “*Teoria e Prática do Processo adotado pelas leis do Império*”<sup>54</sup> e, conforme explica Ricardo Marcelo Fonseca, estabelecia que os professores de cada disciplina deveriam adotar um compêndio a ser usado pelos alunos ou ainda escrever um.<sup>55</sup>

Se num primeiro momento as faculdades, ainda sob a forte influência portuguesa, adotaram obras de autores lusitanos,<sup>56</sup> na segunda metade do

---

<sup>52</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre as formalidades no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858, p. I-III.

<sup>53</sup> “O movimento de idéias nas faculdades de Direito não pode deixar de ser mencionado. Deixando de lado o praxismo dos primeiros anos, de influencia tipicamente portuguesa, e colocando à parte o movimento da escola do Recife, que pela sua importância merece capítulo especial, pode-se destacar na segunda metade do século XIX, em São Paulo, a influencia de Savigny.” (VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 151).

<sup>54</sup> Com o Decreto n. 1134 de 1853 a disciplina passou a ser denominada “processo cível e pratica forense”.

<sup>55</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 351. Ver ainda o art. 7.º, da Lei de 11 de agosto de 1827: “Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submittendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.”

<sup>56</sup> Assim explica Spencer Vampré sobre a situação, em 1849, na Faculdade de Direito de São Paulo: “Na segunda cadeira (Teoria e Prática do Processo), o lente respectivo está organizando um compêndio, pelo qual explica, aproveitando-se ainda das doutrinas de Melo Freire, na parte em que são applicáveis ao estado da nossa legislação.” (VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a História da Academia de São Paulo**. 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, v. I, p. 236). Ao que tudo indica, pela falta de informações, o titular da cadeira à época, Silveira da

século XIX é que se nota uma transformação significativa, já que os professores “das academias de direito serão majoritariamente brasileiros e com formação nas academias brasileiras, dentro de um contexto jurídico-político no qual o país já tinha trilhado caminhos próprios, diversos da sua antiga metrópole, no que diz respeito à cultura jurídica.”<sup>57</sup>

É aí que passam a surgir os primeiros compêndios para ensino do direito processual civil criados pelos lentes brasileiros para fins de ensino da disciplina. Dentre tais compêndios destacam-se notadamente os dos lentes da Faculdade de Direito do Recife e de São Paulo, Francisco de Paula Batista e Joaquim Ignácio Ramalho (Barão de Ramalho), respectivamente, os quais serão brevemente examinados adiante com o propósito de se compreender as nuances da cultura jurídica da época respeitante ao direito processual civil.

A escolha destes lentes teve como fundamento duas premissas: primeiramente, partiu da identificação dos professores titulares da cadeira de direito processual civil nas faculdades de direito do Império; em segundo lugar, verificou-se se os referidos lentes produziram obras que foram utilizadas no ensino da disciplina e, assim, tiveram alguma influência e recepção pela comunidade jurídica.

A inegável relevância de tais lentes para a cultura jurídica processual é salientada por Alfredo Buzaid:

A doutrina processual brasileira surgiu também nessa época. Na Faculdade de Direito de Pernambuco, o ensino da cadeira de Processo fora confiado a Paula Batista e na Faculdade de direito de São Paulo ao Barão de Ramalho. Ambos foram mestres insígnies, que regeram as suas cadeiras durante meio século, revelando, no cultivo do direito, o mais elevado espírito científico.<sup>58</sup>

Cabe, portanto, compreender o papel destes lentes para a formação do acervo cultural do direito processual civil.

#### 4. FRANCISCO DE PAULA BATISTA

Francisco Paula Batista formou-se na Faculdade de Direito do Recife em 1833, sendo que, em 1835, tornou-se lente substituto desta faculdade.<sup>59</sup>

---

Mota, não chegou a redigir o referido compêndio e transferiu-se para a cadeira de direito administrativo. Posteriormente, quando Joaquim Ignácio de Ramalho torna-se o catedrático da cadeira, usará seu livro como compêndio da disciplina.

<sup>57</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 347.

<sup>58</sup> BUZOID, *Grandes processualistas*, op. cit., p. 51.

<sup>59</sup> Phelante da Câmara aduz ao “preparo resistente de Paula Batista que, sendo um produto intelectual da Academia, um filho de suas letras, logo depois tomou na lugar na Congregação com o brilho de seu talento (...).” (CÂMARA, Phelante da. **Memória Histórica da Faculdade de**

Lecionou por 46 anos, jubilandando-se em 1881, mesmo ano em que faleceu. Além de professor, foi político e deputado por nove legislaturas, tendo sido filiado ao Partido Liberal, embora inicialmente adepto do Partido Conservador.<sup>60</sup>

Publicou dois livros, sendo ambos de grande importância para a compreensão da cultura jurídica brasileira do século XIX. O primeiro livro, de 1855, foi intitulado de “Compendio de theoria e prática do processo civil” e tinha por finalidade servir de roteiro para as aulas das Faculdades de Direito do Império do Brasil, sendo o compêndio empregado à época para a cadeira de “processo e prática forense” da faculdade de direito do Recife.<sup>61</sup> A segunda edição, que, na verdade, correspondia a uma segunda obra, intitulou-se “Compendio de Hermenêutica Jurídica”,<sup>62</sup> sendo que as edições posteriores vieram a reunir esses dois compêndios.

Sua obra de direito processual é avaliada por muitos como um marco em nossa literatura jurídica<sup>63</sup> e precursora de modificações e posturas conceituais que apenas surgiriam anos à frente. Afirma-se, assim, que “antecipando-se aos demais quase meio século, reuniu, ordenou e sistematizou os elementos para revisão científica do direito processual civil brasileiro.”<sup>64</sup>

Nas palavras de Clovis Bevilacqua, Paula Batista é “uma das grandes figuras da nossa jurisprudência” e seus dois livros “são dois primores de sínteses, onde se condensam, com firmeza e elegância, os conhecimentos jurídicos da época, em que foram escritos, e onde se encontram uma ciência exata e o tom de segurança dos doutrinadores de seu valor.”<sup>65</sup>

Importa perceber, nessa ordem de ideias, que a obra de Paula Batista é marcada pela incessante preocupação de estabelecer padrões científicos para

---

**Direito do Recife no ano de 1903**, p. 10 *apud* VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 60).

<sup>60</sup> BEVILAQUA, Clovis, **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 309.

<sup>61</sup> BEVILAQUA, **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**, op. cit., p. 103.

<sup>62</sup> Tão expressiva foi a fama desta obra “que se chegou a espalhar que a Hermenêutica Jurídica fora traduzida para o alemão e servia de compêndio na célebre Universidade de Heidelberg.” (CÂMARA, Phelante da. **Memória Histórica da Faculdade de Direito do Recife no ano de 1903**, p. 10 *apud* VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p.120).

<sup>63</sup> DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império**. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 51-52. Tratando da Faculdade de Direito do Recife, assim expõe Bevilacqua: “Em 1855, começou outro período. Logo nesse ano, aparece a Teoria e prática do processo civil, de Paula Batista, e a Faculdade se vai afirmando, como centro apreciável de produção mental.” (BEVILAQUA, **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**, op. cit., p. 303). Mais adiante afirma ser Paula Batista, “incontestavelmente, a figura mais alta da Faculdade de Direito de Recife, antes de Tobias.” (Ibid., p. 311).

<sup>64</sup> BUZAID, **Grandes processualistas**, op. cit., p. 52.

<sup>65</sup> BEVILAQUA, **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**, op. cit., p. 308.

o estudo do processo civil, o que se nota do prólogo da segunda edição de seu *Compêndio*:

Estou bem longe ainda de chegar ao fim dos meus desejos, os quaes, quero crer, só se poderia completar por meio de um tratado aprofundado sobre a theoria do Processo Civil; pois confesso que a vista da legislação, que temos, e dos velhos hábitos de considerar-se o processo, não como uma sciencia com principios meios e fins, mas como formas matérias incapazes de melhoras e progresso, o bem difícil compendiar.<sup>66</sup>

Essa mesma orientação é evidenciada no prólogo da sexta edição de sua obra:

Se os tratados aprofundados são úteis á sciencia, não menos util é resumir com clareza e precisão os principios, que regem uma materia. (...) Mas um livro pode ser elementar e conter, todavia, grande alcance scientifico, o que muito vál, mormente no estudo do regime judiciário, cujas leis teem deixado em silencio até hoje grande somma de noções rudimentaes pelo motivo, sem duvida, de suppol-as adqueridas nas escolas de direito. A lei é certamente um preceito, e não uma doutrina; mas, em muitos casos, antes dos arestos deve existir o raciocínio e a doutrina.<sup>67</sup>

Ricardo Marcelo Fonseca destaca na obra do processualista a presença do elogio ao método científico, atitude esta que passa a caracterizar a nova postura dos juristas a partir da segunda metade do século XIX. Para Fonseca

as novas elaborações que vão tomando forma nos anos 60 e se desenvolvem de maneira mais clara a partir dos anos 70 do século XIX denotam que as referencias teóricas do jurista parecem ir se deslocando em direção à busca de um parâmetro científico racional, que vai se afastando, em forte tom polêmico, das teorias anteriores embebidas de uma interpretação teológica da lei natural.<sup>68</sup>

Com efeito, a própria aspiração de Paula Batista de estabelecer uma “theoria” para o processo civil faz denotar uma mutação de posicionamento diante deste saber, eis que, em oposição ao método praxista, apresenta clara “preocupação com a dogmática do Processo Civil, passando a ramo autônomo; até então, o processo civil era mera arte de instrumentalizar o direito

---

<sup>66</sup> BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de theoria e prática do processo civil para usos das faculdades de direito do Império**. 2.ed. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Pinto e Waldemar, 1857.

<sup>67</sup> BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de Hermenêutica Jurídica para usos das faculdades de direito do Império**. 6.ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901.

<sup>68</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 356.

material, práticas e praxes do foro, estando totalmente submetido ao direito material.”<sup>69</sup>

Incumbe compreender, neste passo, que o pensamento de Paula Batista desvenda certas características que marcaram a Escola do Recife, tal como a postura cientificista e a preocupação na formação de estudos com projeção nacional:

O intento do Grupo do Recife foi tratar o fenômeno jurídico a partir de uma pluralidade temática, reforçada por leituras naturalistas, biologists, cientificistas, históricas e sociológicas, apoiando-se fortemente num somatório de tendências que resultavam basicamente no evolucionismo e no monismo, sem desconsiderar a crítica sistemática a certas formulações jusnaturalistas e espiritualistas.<sup>70</sup>

Imprimindo solidez à argumentação, Antonio Paim explica que a Faculdade de Direito do Recife “estimula e desenvolve o interesse e o amor pela produção intelectual brasileira, herdada dos primeiros românticos mas despidendo-a da feição ingênua de que se revestira. Esse trabalho agora assume a forma de inventário, pretende-se científico e duradouro.”<sup>71</sup>

De fato, além do forte influxo da ideologia liberal,<sup>72</sup> a reflexão vivenciada na Escola do Recife permite notar a transposição do modelo do “jurista eloquente” — entendido como o jurista que se vale da palavra falada, da retórica, que cultua a literatura e os saberes das humanidades para uso em seu discurso — para o “jurista cientista”, considerado aquele que valoriza a palavra escrita, “que vai de modo crescente constituindo revistas acadêmicas, o jurista que passa a valorizar, como fundamento legitimador de seu discurso, não mais as estratégias retóricas, mas a solidez dos argumentos científicos.”<sup>73</sup>

Essa valorização dos argumentos científicos é perceptível em sua obra, eis que, longe de fundar-se em mero empirismo, seus estudos revelaram-se “fruto ordenado e sistemático de uma investigação original e rigorosamente científica.”<sup>74</sup> Por isso mesmo, Paula Batista, revelando intenso espírito crítico, assinalava que o processo, à época, cingia-se “à arte de instrumentar, à tradi-

---

<sup>69</sup> ROSSONI, Igor. Francisco de Paula Batista. *Genesis — Revista de Direito Processual Civil*, n. 40, 2006, p. 532.

<sup>70</sup> WOLKMER, *História do direito no Brasil*, op. cit., p. 82.

<sup>71</sup> PAIM, Antonio. *A Escola do Recife: estudos complementares à história das idéias filosóficas no Brasil*. 3. ed. Londrina: EDUEL, 1999, p. 95.

<sup>72</sup> NEDER, *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*, op. cit., p. 102.

<sup>73</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 356.

<sup>74</sup> BUZAID, *Grandes processualistas*, op. cit., p. 87.

ção de usos e estilos, a ponto de num cartório se aprender melhor do que nas Academias.”<sup>75</sup>

No mesmo prólogo de seu “Compêndio”, Paula Batista mostra nítida preocupação de que o ensino do direito se funde no “desenvolvimento filosófico da ciência com a aplicação de princípios gerais”, reputando estéril o estudo consistente em decorar textos legais:

O ensino do Direito, reduzido simplesmente aos textos de lei sem exame de suas razões e de seu espírito, é um erro calamitoso e deplorável; por um lado afugenta os talentos, que querem aprender raciocinando e desenvolvendo a inteligência, sujeitando-os unicamente ao trabalho estéril e fastidioso de decorar; e a este respeito nunca me esquecerei das seguintes palavras dum notável jurisconsulto, professor duma das Academias de Direito de Paris: *a letra da lei fica gravada na memória, quando o raciocínio lhe serve de buril*; por outro lado encobre a insuficiência dos mestres que, por esse modo, ficando a salvo das soluções de todas as questões difíceis, não precisam entrar no desenvolvimento filosófico da ciência com a aplicação de princípios gerais, e consequentemente nunca têm ocasião de patentear a extensão, mérito e valor de seu próprio espírito.<sup>76</sup>

Essa postura intelectual pode ser compreendida pela sua profunda percepção de problemas fundamentais do processo, muitos deles ainda sequer enfrentados pela própria doutrina processual europeia de seu tempo, tal como a questão da autonomia da ação, a natureza pública do processo e a coisa julgada.

À época, enquanto prevalecia o entendimento que o direito de ação era o direito subjetivo violado em reação (teoria imanentista ou civilista da ação) — quadro que apenas iria se modificar a partir da polêmica entre Windscheid e Muther e das obras de Adolf Wach (1886) e de Chiovenda (1903) —, Paula Batista intuitivamente já definira o direito de ação como “o direito de invocar a autoridade pública (juiz) e de obra regularmente perante ella para obter justiça.”<sup>77</sup>

Assim Paula Batista decompõe a sua definição:

Às palavras «autoridade pública» alludem as leis de organização judiciária: as palavras «obrar regularmente» alludem as leis do processo, ou das formas; e todas estas leis compõem o regime

---

<sup>75</sup> BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil para usos das faculdades de direito do Império**. Recife: Tipografia Universal, 1855, p. VI.

<sup>76</sup> BATISTA, Ibid., p. V-IV.

<sup>77</sup> BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de Hermenêutica Jurídica para usos das faculdades de direito do Império**. 6.ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901, p. 10.

judiciário, cuja instituição é de direito público, e a noção da palavra «acção» o dá como já existindo.<sup>78</sup>

Há, portanto, a percepção que o direito de postular tutela jurisdicional em face do Estado é algo autônomo em relação ao direito subjetivo que se discute em juízo, o que representa uma profunda evolução na dogmática processual.<sup>79</sup>

No entanto, passos adiante, Paula Batista aproxima-se de certas premissas da teoria imanentista da ação, aduzindo que “as acções são direitos em garantias de outros direitos preexistentes” e, assim, que “a cada direito deve corresponder uma acção”.<sup>80</sup>

Aos olhos dos juristas de hoje, o que poderia aparentar uma incongruência em seu pensamento é na verdade expressão de um momento histórico particular, em que a busca por critérios científicos e pelo instituição de princípios explicativos deste saber encontrava-se ainda fortemente influenciada por uma tradição jurídica multissecular. Livrar-se dessas amarras jamais poderia ser reputada uma tarefa de simples implementação.<sup>81</sup>

No tocante à coisa julgada, e notadamente à discussão sobre qual parte da sentença é acobertada pelo efeito da imutabilidade, Liebman, em obra mais de um século posterior a de Paula Batista, ressalta a importância do pensamento do professor pernambucano na solução de enredado problema dogmático:

A questão dos limites subjetivos da coisa julgada é uma das mais controvertidas no direito brasileiro. Resolveu-a, na verdade, há muito tempo, e de modo insuperável Paula Batista (...), quando afirmou que: a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos aos seus motivos objetivos”. Significa isso que os motivos da sentença não são objeto da coisa julgada, mas devem ser considerados para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão.<sup>82</sup>

Outra temática enfrentada com apuro técnico por Paula Batista diz respeito aos sistemas de apreciação das provas, a partir da qual se denota uma perspectiva liberal do direito, sobretudo pela ênfase na necessidade de contenção de aberturas para o arbítrio do Estado-juiz.

---

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> ROSSONI, Francisco de Paula Batista, op. cit., p. 532.

<sup>80</sup> Id.

<sup>81</sup> Para uma abordagem de caráter geral de problemas desta ordem, v.: FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, v. 98, 2008, p. 266.

<sup>82</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2007, p. 61.

Rejeitando o “puro systema da convicção livre e natural dos juizes”, assim como o sistema das “provas positivas e obrigatórias”, o processualista entende adequado um sistema intermediário, no qual o legislador deve estabelecer uma orientação sobre os meios do prova, a partir do qual o juiz terá liberdade de apreciação, mas a elas atrelado no momento da motivação do julgamento. Sua preocupação maior era que, com base no sistema da convicção livre, o poder jurisdicional recaísse em arbítrio, deixando a parte alheia aos motivos do julgamento:

É indispensável, que as sentenças estejam livres de toda a suspeita de parciaes e arbitrarias, e para que a confiança publica exista, é mister, que cada um se convença de que ellas são proferidas segundo as sabias instrucções da lei, e o juiz seja obrigado a dar contas de suas decisões. (...) as mesmas partes jamais poderão saber quaes as provas, que tocarão vivamente o juiz, e quaes as recusadas; e, por conseguinte, em caso de appellação não poderão bem defender os seus direitos.<sup>83</sup>

Paula Batista aponta para o risco de que, sem um critério de apreciação de provas seguro, diante dos “mesmos casos, e com as mesmas provas appa-reção julgamentos desiguaes, e contradictorios”. Por isso, para ele “tudo deve estar sujeito ao dominio da sciencia e aos principios de responsabilidade.”<sup>84</sup>

Sua importância para a cultura processual, porém, não se limita a tais exemplos (e não caberia aqui tratar de todos os aspectos dogmáticos por ele enfrentados). Sua obra, com efeito, considerada livro fundamental do direito processual brasileiro no século XIX, representa “a justificação teórica do maior monumento da processualística do Império, o regulamento 737.”<sup>85</sup>

Lobo da Costa salienta que o “Compêndio” de Paula Batista é considerado a melhor obra interpretativa do Regulamento n. 737, cuja importância foi ter demonstrado a superioridade do sistema processual por ele instituído em comparação sobre o processo civil lusitano, além de ter evidenciado que esta diploma normativo — criado originariamente para as causas comerciais — era completamente apto para regular igualmente as causas cíveis.<sup>86</sup> Evidência maior disso é que o Regulamento — considerado “o verdadeiro código processual do Império”<sup>87</sup> — teve vigência até 1939, com a promulgação de um Código de Processo Civil, embora este represente, em grande medida,

---

<sup>83</sup> BATISTA, *Ibid.*, p. 175-179.

<sup>84</sup> BATISTA, *Ibid.*, p. 175-179.

<sup>85</sup> VENANCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, op. cit., p. 120. No mesmo sentido: DUTRA, *A literatura jurídica no Império*, op. cit., p. 51.

<sup>86</sup> COSTA, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*, op. cit., p. 51.

<sup>87</sup> VENANCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, op. cit., p. 65. No mesmo sentido: LOPES, *O direito na história — Lições introdutórias*, op. cit., p. 292.

notadamente no processo de execução, mera reprodução do Regulamento de 1850.<sup>88</sup>

Ademais, dando conta de seu significativo papel, Bevilaqua afirma que a obra de Paula Batista pode ser comparada à de autores mais modernos, tal como João Monteiro (que, em 1883, substituiu Joaquim Ignácio Ramalho na cátedra de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo). Embora o “Curso de Processo Civil” de Monteiro seja fruto de um cenário histórico em que já se principiara na Europa expressivo movimento de renovação dos estudos de processo, isto não teve o efeito de reduzir a importância da obra de Paula Batista. Aliás, como bem registra Bevilaqua, o pensamento de Paula Batista é acolhido e referenciado com apreço por Monteiro:<sup>89</sup>

O livro de João Monteiro reflete as conquistas do saber do seu tempo, em relação ao Direito judiciário, mas não desalojou o de Paula Batista do pedestal erguido pela admiração dos estudiosos. Aliás, João Monteiro dá, no seu Curso, reiteradas e eloquentes provas da estima, em que tem o velho tratadista pernambucano, a Teoria e Prática do processo civil.

Além disso, em face de seu estilo exato e de simplicidade precisa, Paula Batista impôs um novo padrão de escrita jurídica. Com efeito, sua obra, não se restringindo a ordenar a complexidade das normas processuais, foi disciplinadora do raciocínio processual.<sup>90</sup> Paula Batista, nas palavras de Buzaid, “plasmou a ciência processual brasileira, na obra diuturna do ensino acadêmico e nos seus livros científicos, onde a clareza de linguagem molda o rigor do pensamento.”<sup>91</sup>

## 5. JOAQUIM IGNÁCIO RAMALHO

Ao lado de Paula Batista, José Ignácio Ramalho (Barão do Ramalho) é considerado um dos grandes nomes do direito processual civil no século XIX. Tornou-se bacharel em direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1834, “destacando-se como aluno brilhante, de méritos inegáveis”<sup>92</sup> e recebeu o grau de doutor em 1835. No ano seguinte foi nomeado lente substituto, tornando-se catedrático da cadeira de Processo e Prática Forense no ano 1854. Lecionou até 1883, quando então assumiu a direção da Academia de

---

<sup>88</sup> COSTA, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*, op. cit., p. 101.

<sup>89</sup> BEVILAQUA, *Histórica da Faculdade de Direito do Recife*, op. cit., p. 311.

<sup>90</sup> DUTRA, *A literatura jurídica no Império*, op. cit., p. 51.

<sup>91</sup> BUZAID, *Grandes processualistas*, op. cit., p. 53.

<sup>92</sup> VENANCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo*, op. cit., p. 124.

São Paulo.<sup>93</sup> Além de professor, foi advogado e exerceu expressiva atividade política.<sup>94</sup>

Entre 1856 e 1874, publicou cinco grandes livros: “Elementos de processo criminal, para uso das Faculdades de Direito do Império” (1856) “Prática Civil e Comercial” (1861),<sup>95</sup> “Postillas de Pratica, precedidas de cinco Lições de Hermenêutica Jurídica” (1872),<sup>96</sup> “Praxe Brasileira” (1868) e “Instituições Orfanológicas” (1874). Tais obras, segundo Spencer Vampré

são verdadeiras consolidações do que mais seguramente haviam firmado os juriconsultos nacionais e portugueses, sobre tudo portugueses porque português era o nosso Direito de então, como continuaria por quase meio século ainda o Direito e o Processo Civil. Há quem desdoure da obra de Ramalho; há quem, como Teixeira de Freitas, o averbe demasiado propenso ao antigo. Não somos deste número. Se lhe falta a intuição genial de Paula Batista, se o pensamento filosófico não lhe enfeixa nenhum princípio superior todas as regras parciais que investiga, ninguém lhe supera na exatidão das fontes, na compreensão da regra consolidada, na conciliação prudente entre o espírito e o passado e as novas necessidades do futuro.<sup>97</sup>

De fato, uma análise das fontes que embasam as obras de Ramalho demonstra ainda forte apego aos ensinamentos dos processualistas portugueses, constantemente citados (especialmente Mello Freire e Pereira e Souza), assim como preponderante referência às Ordenações Filipinas ao tratar das normas processuais, embora já se faça presente a invocação de leis processuais brasileiras, notadamente o Regulamento 737 de 1850. Por isso a crítica de que era “propenso ao desusado” ou, quanto menos, “infernoso à leitura de livros modernos”.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> Id.

<sup>94</sup> VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, op. cit., v. I, p. 185-192.

<sup>95</sup> Obra empregada como compêndio para o ensino da disciplina por Ramalho, conforme: VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Os mestres de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 49, 1954, p. 336.

<sup>96</sup> Era utilizada a obra “Hermenêutica Jurídica” de Francisco de Paula Batista.

<sup>97</sup> VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, op. cit., v. I, p. 188.

<sup>98</sup> O que é confirmado por Vidigal: “Os autores citados na 1.a edição da Praxe Brasileira, publicada em 1869, em que foi refundida a Prática Civil e Comercial, mostram que Ramalho, se não chegava a ser propenso ao desusado, como pretendeu Teixeira de Freitas era pelo menos infenso à leitura de livros modernos. Os praxistas reinícolas são os autores de sua predileção (...) ao lado de textos romanos e das Ordenações, em quase todas as páginas da Praxe. Os mais antigos desses autores viveram no século 16 e os mais modernos morreram antes de iniciar-se o século 18.” (VIDIGAL, *Os mestres de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo*, op. cit., p. 335-336).

Ademais, o lente “pendia para o direito positivo”,<sup>99</sup> o que se nota pela preponderante referência ao texto legal como fundamentação de seu pensamento.

Certas concepções ideológicas, especialmente a desconfiança em relação ao arbítrio judicial e a ênfase à formalidade processual, orientam seu pensamento. Em vários trechos Ramalho enfatiza, destarte, que o

uso das formulas é uma necessidade na jurisprudencia, porque, comquanto o juiz seja um sacerdote da lei, a quem incumbe velar na observancia della, (...) o exercicio desse direito no magistrado não deve ser arbitrario, deve ser regulado por uma lei: portanto para que se evite o abuso da parte do executor da lei, é necessario que ella previamente estabeleça o modo e formulas de se a executar.<sup>100</sup>

Se, na visão do lente da Academia de São Paulo, a função do processo era a descoberta da verdade,<sup>101</sup> tal descoberta se dava mediante o respeito à forma. É o que se vê sua definição de processo como a “fórmula estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juízo”<sup>102</sup> e da equiparação da sentença acobertada pelos efeitos da coisa julgada à verdade.<sup>103</sup>

Como não poderia ser diferente dentro deste contexto histórico, Ramalho é tributário de uma concepção liberal do direito, na qual não era reconhecido ao juiz o papel de construção do fenômeno jurídico, cabendo a ele captar a “verdade” dos fatos, que se supunha objetivamente identificável, e ser a boca que pronuncia as palavras da lei.

Ademais, diferentemente da aguçada reflexão processual encontrada em Paula Batista, o que realmente marca a obra de Ramalho é o seu sentido prático,<sup>104</sup> que se nota a partir do empirismo das observações e da valorização do cotidiano forense como fonte do direito:

Não foi nossa intenção escrever para os juriconsultos e práticos do foro, destes só queremos e a lição e conselho, nosso pensamento é mais modesto, e sinceramente o revelamos. (...) De que serviria conhecermos a extensão, e medida de nossos direitos, se

---

<sup>99</sup> VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, op. cit., v. I, p. 188.

<sup>100</sup> RAMALHO, João Ignácio. *Postillas de pratica*. 2. ed. São Paulo: Typographia Americana, 1872, p. 27-29.

<sup>101</sup> “Descobrir a verdade é a primeira lei do Processo; discutir os factos e o direito, é o meio indispensável.” (RAMALHO, João Ignácio. *Practica civil e comercial*. São Paulo: Typographia Imparcial, 1861, p. III).

<sup>102</sup> RAMALHO, *Ibid.*, p. 29.

<sup>103</sup> “A sentença que passa em coisa julgada é havida por verdade.” (RAMALHO, *Ibid.*, p. 149).

<sup>104</sup> Em 1875, no discurso de fundação do Instituto dos Advogados de São Paulo, Ramalho afirma que: “O estudo do Direito aplicado à vida prática tal é a nossa empresa, tão difícil e trabalhosa quanto dignificante, porque é da exata observância das leis e do respeito inviolável ao Direito que depende, em grande parte, a felicidade dos povos” (OLIVEIRA, João Gualberto. *50 Anos do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: IASP, 1966, p. 8.)

ignorássemos a acção que os defende, o braço que os protege, e as regras que devem presidir à estas lutas forenses que surgem cada dia do conflicto dos interesses particulares? Determinar pois os princípios da competência, segundo a natureza de cada causa; prescrever o modo de instaurar o processo, e a maneira de defender-se; expor as leis da discussão, as regras da prova; determinar como se dão as sentenças, se reformão, e se executão; eis as difernetes questões geraes de que se ocupa o direito formal.<sup>105</sup>

Este sentido prático é salientado por Vidigal quanto aduz ao estilo “conciso e lapidar” da obra de Ramalho, na qual “é sempre fácil encontrar um conceito”. (p. 337)

Denota-se, ainda, em sua postura o comprometimento com a atividade docente,<sup>106</sup> já que, com suas obras, visava “facilitar à mocidade estudiosa os meios de se habituaem para um dia servirem melhor ao paiz.”<sup>107</sup> Porém, sua obra suplantou os meros propósitos didáticos e assumiu projeção perante operadores do foro e doutrinadores, tendo relevância “no curso diário da vida forense”.<sup>108</sup>

Sua contribuição, conforme explica Dutra, foi ser realista “quando mostrava o estorvo de uma legislação caótica, confusa de leis abrogadas e em vigor, com a de seu tempo”, além de sistematizar as obras portuguesas, nos esforço de “conciliação prudente entre o espírito e o passado e as novas necessidades do futuro”.<sup>109</sup>

## 6. A RECEPÇÃO DO PENSAMENTO PROCESSUAL NOS JULGADOS

Ultrapassado esta brevíssima análise, resta agora compreender se o pensamento dos lentes e seus compêndios para o ensino da disciplina podem indicar a formação de cultura jurídica relativa ao direito processual na segunda metade do século XIX. Cabe examinar, em outras palavras, se tais saberes circularam e produziram efeitos dentro de um contexto histórico e social.

---

<sup>105</sup> RAMALHO, João Ignácio. *Practica civil e comercial*. São Paulo: Typographia Imparcial, 1861, p.V-VIII.

<sup>106</sup> “Segundo Vampré, “nenhuma atividade lhe sobrelevou à de estudioso do direito, e de mestre dedicado, pela palavra e pelo livro. Pode afirmar-se, sem receito, que em estudar, escrever, e ensinar, se lhe compediou a vida utilíssima. Inclui-se nesta sagrada trilogia o exercício da profissão de advogado, na qual o indigitaram dentre os mais sábios, e os mais íntegros.” (VAMPRE, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, op. cit., v. I, p. 190).

<sup>107</sup> “Ramalho explicava o processo pelas suas *Postilas de Prática* que correm impressas, lendo-as e comentando-as, aqui e ali, com breves explicações e com sotaque acentuadamente provinciano, martelando as vogais com um falar descansado da antiga gente paulistana.” (VAMPRE, *Ibid.*, p. 191-192).

<sup>108</sup> DUTRA, Pedro. *A literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 55-56.

<sup>109</sup> DUTRA, *A literatura jurídica no Império*, op. cit., p. 51 et seq.

Primeiramente, parece certo que os compêndios dos referidos lentes tiveram reflexo nos subsequentes estudos de direito processual civil. Como demonstrado em passagens anteriores, o pensamento de Paula Batista, por exemplo, foi objeto de reflexão e enaltecimento por Liebman em obra de 1945 sobre a coisa julgada. Ademais, em seu escrito sobre os “Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano”, Liebman faz referência tanto a obra de Paula Batista quanto a de Ramalho quando trata de uma temática de relevo para a dogmática processual: a *refomatio in pejus* na apelação, admitida como possível pelos lentes brasileiros e respalda pelas Ordenações Filipinas, mas que não mais encontrava acolhida na doutrina dominante ao tempo do estudo do professor italiano.<sup>110</sup>

João Pereira Monteiro, que passa a substituir Ramalho na cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo, em estudo publicado no primeiro volume da Revista da Faculdade, também refere-se com frequência ao compêndio de Paula Batista em estudo no qual aquele procura estabelecer uma “teoria geral das ações”.<sup>111</sup>

A projeção assumida pelo pensamento de tais lentes pode ainda ser notada pelo exame das obras de Pontes de Miranda, que, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil” de 1939<sup>112</sup> (legislação processual que sucede ao Regulamento 737 de 1850), faz devotadas referências à obra dos processualistas. Os “Comentários” abrangem 23 citações da obra Paula Batista e 26 de Ramalho.

Nada obstante essa repercussão no âmbito doutrinário, a fim de se confirmar, ainda que indiciariamente, a hipótese da formação, a partir da segunda metade do século XIX, daquilo que Lobo da Costa denominou “consciência processual brasileira”, o presente estudo toma como metodologia investigativa — de caráter meramente exploratório — a análise de julgados publicados nos primeiros fascículos da Revista “O Direito”, que abrangem o ano de 1873, assim como os primeiros fascículos da “Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal”, referente ao ano de 1906.<sup>113</sup>

Embora seja um âmbito investigativo temporalmente restrito, levando-se em conta a escassez de fontes de pesquisa jurisprudencial no período, é possível reunir indícios de que os saberes produzidos na academia passaram a ter gradativa projeção nos julgados.

---

<sup>110</sup> LIEBMAN, Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano, op. cit., p. 508.

<sup>111</sup> MONTEIRO, João Pereira. Theoria do Processo Civil e Comercial. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 1, 1893, p. 7-31.

<sup>112</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. I a VI.

<sup>113</sup> Optou-se por analisar apenas os julgados em que a discussão de aspectos processuais fosse a questão principal ou determinante no julgamento.

Vale ressaltar que a cultura jurídica forense à época apresenta grandes diferenças da atual, a começar pelos acórdãos, que “tendem a ser curtos, breves, e os arrazoados forenses, bem como as próprias decisões, não se alongam em citações. Cita-se a lei, argumenta-se em torno da lei, mas também um pouco de doutrina.”<sup>114</sup>

Com efeito, num universo de 54 julgados tratando de matéria processual presentes nos fascículos de 1873 da Revista “O Direito”, 21 deles não contavam com qualquer referência doutrinária. Nos 33 restantes, colhe-se 6 referências à obra de Paula Batista e 5 à de Ramalho. Entre as alusões a processualistas brasileiros, menções ao livro de Pimenta Bueno (2) e de Souza Pinto (2).<sup>115</sup>

Quanto às principais referências a autores portugueses, há significativa menção às obras de Pereira e Sousa (23), além de Correia Telles (3) e de Lobão (8).

Dos 54 julgados tratando de matéria processual, 19 faziam expressa referência às Ordenações Filipinas, 21 ao Regulamento n. 737 de 1850 e 9 deles a legislações processuais brasileiras esparsas.<sup>116</sup>

Se analisado um período posterior, constata-se uma maior projeção do pensamento dos referidos autores brasileiros. De 65 julgados tratando de matéria processual presentes na “Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal”, de 1906, 20 deles não contavam com qualquer referência doutrinária. Nos 45 restantes, colhe-se 14 referências à obra de Paula Batista e 7 à obra de Ramalho. Destacam-se, ainda, entre as alusões a processualistas brasileiros, as menções a livros do Conselheiro Ribas (13), de João Monteiro (7), de Pimenta Bueno (2) e de Souza Pinto (3).

No tocantes aos autores portugueses, novamente nota-se recorrente menção às obras de Correia Telles (9), de Pereira e Sousa (17) e de Lobão (5).<sup>117</sup> Dos 65 julgados tratando de matéria processual, 26 faziam expressa referência às Ordenações Filipinas, 37 ao Regulamento n. 737 de 1850 e 27 deles a legislações processuais brasileiras esparsas.

A partir destes dados, é possível notar que cultura forense ainda apresentava-se sob significativo domínio dos autores portugueses, embora despontem gradativamente referências aos processualistas brasileiros. Da mesma forma, com a criação de uma legislação processual própria, as Ordenações passam a ter seu âmbito de incidência mitigado.

---

<sup>114</sup> LOPES, O direito na história — Lições introdutórias, op. cit., p. 333.

<sup>115</sup> Embora o livro de José Maria Frederico de Souza Pinto (Primeiras linhas sobre processo civil brasileiro) seja considerado repetição da obra do português Pereira e Souza.

<sup>116</sup> Não se diferenciou aqui situações em que o julgado fazia concomitantemente referência a mais de um destes elementos normativos.

<sup>117</sup> Ver ainda: LOPES, O direito na história — Lições introdutórias, op. cit., p. 333-334.

Para ilustrar este cenário, vale a referência a um caso julgado em 1873 (Agravo de Petição n. 3561),<sup>118</sup> em que a parte recorrente e o magistrado apresentam seus argumentos — sobre a técnica processual dos efeitos recursais — contrastando a obra de Paula Batista com a do português Pereira e Souza, além de ter como pano de fundo a incidência do Regulamento 737 e das Ordenações. Eis a argumentação da parte recorrente:

Logo, desde que o processo seguido foi *summario*, não podia a apelação ter outro efeito além do devolutivo. Esta é a opinião seguida por todos os tratadistas, com exceção única de Paula Batista, que no § 208 da *Theoria do processo* sustenta dever haver o efeito suspensivo nos embargos à execução, opostos pelo executado, ou por terceiro, sendo julgados provados.

Funda-se, porém, Paula Batista, no art. 652 do Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850; esta legislação é, porém, toda privativa do fôro commercial, nenhuma applicação tendo no fôro civil.

Quanto aos embargos de terceiros, é incontestavel que a apelação da sentença que os recebe tem o efeito suspensivo; mas isto porque também estes embargos são processados ordinariamente (Pereira e Souza, not. 897); acrescentando Pereira e Souza: porque, ficando suspensa a execução deve continuar a suspensão até finalizar seu conhecimento. Quanto, porém aos embargos do executado, não se dá o mesmo, porque tem procedimento *summario*, ensinando Pereira e Souza, no n. 3 da not. 889, que não se dá a apelação suspensiva da sentença proferida sobre os embargos do executado, excepto quando o juiz excede o modo da execução.

A Ord. liv. 3<sup>o</sup>, tit. 76 § 2<sup>o</sup>, diz que quatro são os modos, pelos quaes pôde o juiz exceder a execução; em nenhum deles está compreendida a sentença. Logo a appellação sópoderia ser recebida no efeito devolutivo.

Pelo que sobreveio a decisão do magistrado Joaquim Francisco de Faria,<sup>119</sup> mantida pelo Tribunal:

Não é exacta, em toda sua extensão, a these posta pela agravante, de quem tem sempre o efeito devolutivo, somente, a apelação nas causas *summarias*.

O proprio Pereira e Souza, *Prim. Lin. sobre o processo civil*, not. 633, não diz desse modo tão amplo como quer a agravante; e o Dr. Paula Batista, *Theoria e Pratica do Processo Civil*, 3<sup>a</sup> edic., not, 1<sup>a</sup> do § 227, brilhantemente combate aquella these, citando

---

<sup>118</sup>Revista "O Direito", n. 1, 1873, p. 416-420.

<sup>119</sup>Formado pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1850, torna-se posteriormente ministro do STF.

exemplos frisantes e irrecusáveis de causas summarias, nas quais a apelação tem ambos os efeitos.

Segundo é a sentença á favor ou contra o arrematante; e neste sentido tenho lido constantes decisões do Tribunal da Relação.

Pereira e Souza, aliás tão notável, não encera a questão por todos os seus lados, quando na not. 889 diz: «que não se dá apelação suspensiva da sentença proferida sobre embargos do executado»; parecendo-me que, pelas razões aduzidas pelo Dr. Paula Batista, deveria, como faz este, distinguir as hypotheses de ter sido a sentença á favor, ou contra o executado.

É perceptível, portanto, a partir deste exemplo e do referencial jurisprudencial examinado, que o pensamento engendrado pelos referidos lentes transitava nos ambientes de produção e interpretação do direito. Por sua vez, a cultura jurídica processual brasileira, ainda numa fase embrionária, encontrava-se em um período de gradual transição entre a arraigada tradição portuguesa (doutrinária e legislativa) e a nascença de estudos jurídicos genuinamente nacionais concernente ao processo civil.

## 7. CONCLUSÕES

Tal como qualquer forma de saber, o direito processual civil está inserido em seu tempo, sendo, portanto, composto de historicidade. A ciência processual civil é um princípio de organização de um saber historicamente variável, seja em relação à função que se lhe atribui, seja com respeito às condicionantes culturais, sociais, políticas e ideológicas em que está embutida.

Ovídio Baptista da Silva afirma que o direito processual é o campo “mais comprometido com a história, uma vez que lhe cabe não apenas preservar regras hipotéticas, como o faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora uma determinada regra de conduta.”<sup>120</sup>

Nessa mesma ordem de ideias, Sergio Chiarloni explica que:

isolando o estudo das normas processuais do estudo da realidade social, oculta-se o fato de que tais normas são, na sua complexidade e para o escopo que devem servir, perfeitamente funcionais a um determinado sistema de domínio: que — seja pelo modo como abstratamente se apresentam, seja pelo modo como concretamente são aplicadas — refletem e sancionam relações historicamente determinadas entre as diversas classes sociais e

---

<sup>120</sup>SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 179.

entre os diversos setores privilegiados dentro das classes dominantes.<sup>121</sup>

Com efeito, a compreensão da cultura processual relativa ao direito processual civil na segunda metade do século XIX exige sensibilidade em relação às singularidades de um momento histórico de transição e tensão, de ruptura e continuidade. Esse cenário é bem retratado por Ricardo Marcelo Fonseca ao elucidar que a herança jurídica europeia foi submetida a um progressivo procedimento de amoldamento às particularidades e contradições do novo Estado:

o Brasil entra na época liberal como um país que busca estruturar-se jurídica e politicamente num contexto de tensão. De um lado, estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime, que, no caso brasileiro, implicam numa estrutura social colonial profundamente centralizada, oligárquica e montada para a exploração a partir do uso massivo do trabalho escravo. No âmbito jurídico, esta estrutura social particular é recepcionada com a vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial (sobretudo no direito privado). Mas de outro lado, num convívio nada harmônico, percebe-se logo após a independência um conjunto de idéias novas, provenientes de lugares em que ocorreram revoluções liberais, que tentam colocar o jovem Estado brasileiro entre as nações modernas (...).<sup>122</sup>

De fato, trata-se de um momento histórico em que interagem, de forma alternada, ruptura (expressa na emancipação política, na elaboração de uma legislação nacional e na criação das faculdades de Direito) e continuidade (pela manutenção da vigência das Ordenações e pelo ainda forte influxo da tradição jurídica portuguesa).

Logo, a cultura processual brasileira, percebida pelas obras dos lentes, reflete as vicissitudes desse contexto histórico. Com efeito, o esforço de modernização do direito, a busca por critérios científicos e o estabelecimento de princípios explicativos para o saber jurídico, convivia — por vezes de forma contraditória — com a forte influência da herança jurídica portuguesa e, por conseguinte, com os arcaísmos do processo medieval.

Os compêndios de Paula Batista e Barão do Ramalho retratam, portanto, esse período de passagem do processo civil ainda regulado pelas Ordenações Filipinas e compreendido à luz das obras dos praxistas portugueses para um saber que aspira por se edificar em alicerces científicos e desembaraçar-se das amarras do passado. O próprio Regulamento n. 737 de 1850, considerado o Código Processual do Império, é uma evidência disso: ao mesmo tempo em

---

<sup>121</sup> CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli, 1975, p.11-12.

<sup>122</sup> FONSECA, Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX, op. cit., p. 345.

que criou uma “consciência processual brasileira” manteve muito da cultura antiga.<sup>123</sup>

Manifesta-se, por conseguinte, nos estudos sobre o direito processual da época, a preocupação em superar o processo formalista, complexo e lento das Ordenações. Não se pretendia, portanto, democratizar o acesso à justiça — mesmo porque o desenvolvimento do direito processual civil neste período encontrava-se intimamente ligado aos interesses do Estado e das classes dominantes, assim como à ideologia liberal.

Em outras palavras, os desenvolvimentos experimentados por este saber transcorreram de fatores diversos. Lopes explica, por exemplo, que, na segunda metade do século XIX, o debate teórico evidenciava “a necessidade de superar o jusnaturalismo tradicionalista”, cuja solução foi encontrada na adoção de uma postura cientificista.<sup>124</sup> Daí porque se vê no discurso dos processualistas da época a crítica aos “velhos hábitos”, a afirmação da necessidade de se estabelecer princípios para uma “*theoria* entre nós pouco cultivada” e o constante enaltecer da “*sciencia*”.<sup>125</sup>

Outro fator explicativo residiu na necessidade de se regular uma das funções do Estado, reafirmando a soberania nacional (e a ruptura dos laços com Portugal), e de se assegurar o adequado funcionamento do trânsito econômico decorrente de negócios jurídicos e operações comerciais.

Não é por casualidade que as temáticas discutidas nos tribunais dizem respeito aos interesses das elites, tais como operações de compra e venda, descumprimento de contratos comerciais, negócios societários, falências, circulação de mercadorias e títulos e ações de liberdade de escravos.

De qualquer sorte, o saber engendrado na academia pelas obras de Paula Batista e de Ramalho transitou em diferentes temporalidades, em distintos contextos acadêmicos e refletiu-se na vida forense, contribuindo para a gênese de uma cultura jurídica processual brasileira. Ilustrando tal ordem de ideias, assim explana Clovis Bevilacqua:

Um, Ramalho, tira solidez, da sua construção jurídica, da análise cuidadosa das fontes, dirigida ao critério jurídico. Noutro, em Paula Batista, as sínteses luminosas sistematizam os elementos dispersos e obscuros, dando ordem a preceitos desconexos, e preparando bases para a reforma do processo. Ambos, são igualmente, eruditos, mas em Ramalho, a erudição, é instru-

---

<sup>123</sup> LOPES, *O direito na história — Lições introdutórias*, op. cit., p. 299.

<sup>124</sup> LOPES, *O direito na história — Lições introdutórias*, op. cit., p. 341.

<sup>125</sup> Conforme ensina Ricardo Marcelo Fonseca, nessa época “surge a necessidade do elemento “científico” na atividade do jurista. Em outros termos, o jurista deve proceder a sua análise com rigor teórico, nos padrões daquilo que o tempo definia, de maneira forte, como ciência.” (FONSECA, *Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX*, op. cit., p. 277)

mento para verificação das normas, e, em Paula Batista, é escada para o cimo, de onde olha e domina, os fenômenos estudados.

Cabe, por fim, ter em mente que as concepções filosóficas, ideológicas, políticas e culturais relacionam-se e moldam determinada cultura jurídica, do mesmo modo que transpassam o direito e a sua concreta regulamentação, atribuindo-lhe historicidade e imprimindo-lhe significados e dinâmicas que o mero texto da lei não poderia revelar. Por isso mesmo, a leitura do passado deve ser contextualizada, confrontada e problematizada. É justamente aí que a história do direito apresenta suas mais relevantes funções: a de revelar que o direito deve ser compreendido em seu tempo e não como “um desenvolvimento linear, necessário, progressivo escatológico”,<sup>126</sup> além de desfazer “convicções acrílicas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural”.<sup>127</sup>

## REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Revisão dogmática do direito processual civil. Alguns aspectos decorrentes dessa reelaboração. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 3, 1967.
- BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de theoria e prática do Processo Civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do Imperio**. 4 ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1890.
- BEVILAQUA, Clovis. **Histórica da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977.
- BORGES, Marcos Afonso. História dos cursos jurídicos, suas tradições socioculturais para o país. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, v. 13, n. 1, 1990.
- BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre as formalidades no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.
- BUZUID, Alfredo. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli, 1975.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Bologna: Zanichelli, 1904.

---

<sup>126</sup>HESAPANHA, António Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 41.

<sup>127</sup>GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 13.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 8 ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007.

COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. São Paulo: RT-Edusp, 1970.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, t. I.

DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império**. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

FAORO, Raymundo. Existe um pensamento político brasileiro? **Estudos avançados**, v.1, n.1, 1987.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história do direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, v. 18, 2000.

\_\_\_\_\_. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 33/34, t. II, 2004/2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, t. I, 2006.

\_\_\_\_\_. Vias da modernização jurídica brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 98, 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HESPANHA, António Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história — Lições introdutórias**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.
- MONTEIRO, João Pereira. **Programa do Curso de Processo Civil ou Apontamentos para as lições da 3.ª cadeira do 4.ª ano da Faculdade de Direito de S. Paulo**. 2. ed. São Paulo: Duprat & Comp., 1901.
- \_\_\_\_\_. Theoria do Processo Civil e Comercial. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 1, 1893.
- MOREIRA, Francisco Ignácio de Carvalho. **Revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil**, 1846.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1995.
- \_\_\_\_\_. Coimbra e os juristas brasileiros. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/neder\\_coimbra.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/neder_coimbra.pdf). Acesso em 15 ago. 2013
- PAIM, Antonio. **A Escola do Recife**: estudos complementares à história das idéias filosóficas no Brasil. 3. ed. Londrina: EDUEL, 1999
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual civil brasileiro — Das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri: Manole, 2002.
- PENA, Eduardo Spiller. Um romanista entre a escravidão e a liberdade. **Afro-Ásia**, n. 18, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. I a VI.
- RIBAS, Antonio Joaquim. **Consolidação das leis do processo civil**. Rio de Janeiro: Typhografia Carioca, 1879.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- ROSA, Eliézer. **Leituras de processo civil** (generalidades sôbre doutrina processual civil). Rio de Janeiro: Guanabara, 1970.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed.. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile:** Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a História da Academia de São Paulo.** 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, 2 v.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo.** 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Os mestres de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 49, 1954.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.





# O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Celso Barberato\**  
*Zaiden Geraige Neto\*\**

## **Resumo**

O presente estudo propõe uma reflexão acerca da efetivação do Direito à Saúde no contexto do neoconstitucionalismo. Em síntese, com o advento do neoconstitucionalismo verificou-se um aumento no número de demandas judiciais que envolvem questões relacionadas ao direito à saúde. Tais demandas, no entanto, possuem características específicas que decorrem da própria natureza jurídica do direito discutido e que devem ser consideradas pelo Judiciário no momento da prestação da tutela jurisdicional. Sucede que o Judiciário nacional encontra-se habituado a decidir conflitos de interesses bipolares, olvidando-se do caráter distributivo e policêntrico que o direito à saúde envolve. Nesse contexto, surge uma inquietante preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, com as formas de controle do referido Poder e, principalmente, com a identificação dos mecanismos processuais mais adequados à tutela e à concreção do direito à saúde no Brasil.

## **Palavras-chave**

Neoconstitucionalismo. Saúde. Direitos Coletivos.

## **Abstract**

This study proposes a reflection about the enforcement of the right to health in the context of the neoconstitutionalism. In summary, with the advent of neoconstitutionalism there was an increase in the number of lawsuits involving the right to health. Such demands, however, have specific characteristics arising from the legal nature of said right, which that must be discussed and considered by the judiciary branch. The national judiciary is used to decide conflicts of interest bipolar, not considering the distributive and polycentric characteristics that the right to health involves. In this context, emerges a disturbing concern with the quality of adjudication,

---

\* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto — UNAERP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca — UNIFRAN. Advogado.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado Universidade de Ribeirão Preto/SP — UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP — Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e Diretor de Relações Institucionais do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado.

with the forms of control of that power, and especially with the identification of the most suitable to the authority and the concreteness of the right to health in Brazil procedural mechanisms.

### **Keywords**

Neoconstitutionalism. Health. Collective Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Preambularmente, impende-se destacar, que a Constituição Federal de 1988, ao tratar do tema "Ordem Social", o fragmentou em oito capítulos, dentre os quais se destaca o capítulo relativo à seguridade social.

A seguridade social, por sua vez, pode ser entendida como o conjunto de medidas destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No que tange ao direito à saúde, verifica-se que parte da doutrina vem criticando veementemente a utilização de demandas individuais como instrumentos processuais destinados à sua concreção.

Isso porque, a utilização desse tipo de demanda geraria severas injustiças e distorções no sistema brasileiro, na medida em que as ações individuais que versam sobre o direito à saúde, na maioria das vezes, se afastam da bilateralidade da relação jurídica clássica, caracterizando-se pela distributividade e plurilateralidade, já que os efeitos de suas decisões não se restringem apenas às partes do processo, atingindo, em verdade, toda a coletividade.

Tal fato ganha especial relevo no contexto do neoconstitucionalismo, eis que o referido movimento possui como um de seus traços marcantes a busca pela concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais, se destaca o direito à saúde, o que tem gerado um aumento expressivo no número de demandas nessa área.

Nesse compasso, restou estabelecido um problema consistente na seguinte indagação: Quais seriam os mecanismos processuais mais adequados à tutela e à concreção do direito à saúde no Brasil?

Para responder a tal indagação, analisou-se o sistema brasileiro de saúde com o fito de verificar as suas principais peculiaridades, examinou-se a natureza jurídica do direito em apreço, investigou-se o reflexo do movimento neoconstitucionalista no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e averiguou-se o posicionamento doutrinário sobre tais questões.

Assim, inicia-se o presente estudo buscando fornecer ao leitor uma noção preambular sobre o significado da expressão "Direito à Saúde", ao passo que a compreensão de tal expressão se consubstancia em pressuposto lógico para o correto entendimento do tema ora proposto.

Posteriormente, tratar-se-á da questão atinente ao movimento constitucionalista, procedendo a uma breve incursão em sua linha evolutiva, partindo do constitucionalismo antigo até o neoconstitucionalismo.

Doravante, analisar-se-á o direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo, buscando evidenciar os reflexos desse movimento no âmbito do Poder Judiciário nacional.

Por derradeiro, adentrar-se-á no âmbito das considerações finais, expondo as conclusões relativas à problemática ora proposta.

Para tanto, a metodologia utilizada terá por suporte a análise do contato com a realidade fática, o que leva ao método empírico e a utilização do procedimento indutivo-analítico-comparativo com o escopo de esclarecimento.

## 2. DO DIREITO À SAÚDE

A noção elementar do significado da expressão "Direito à Saúde", consoante exposto alhures, consiste em pressuposto lógico para o entendimento do tema ora em apreço, visto que conforme ensina Miguel Reale, "Não se pode, com efeito, estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar."<sup>1</sup>

Nesse compasso, com o escopo de fornecer ao leitor um conceito preambular, subsidiando-o de elementos cognitivos suficientes ao correto entendimento da questão ora proposta, proceder-se-á a uma breve incursão no campo da etimologia e das acepções das palavras "Direito" e "Saúde", ressaltando, desde já, que não se ingressará no campo de antagonismos puramente epistemológicos envolvendo a conceituação de tais expressões.

Com efeito, o ramo da linguística destinado ao estudo do étimo das palavras determinando as suas origens, bem como as causas e as circunstâncias de seu processo evolutivo denomina-se etimologia.

Os estudiosos desse ramo linguístico, conhecidos como etimólogos, em sua maioria sustentam que a palavra "Direito" teve a sua origem vinculada à expressão latina *Directus*, que seria particípio passado do verbo *dirigere* que, por sua vez, significaria aquilo que é reto, que segue linha reta, que obedece a regras ou ordens preestabelecidas.

Nesse sentido, militam Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar.

(...) ETIM lat. *directus*, a, um 'reto, que segue em linha reta, que segue regras ou ordens preestabelecidas, que segue trajetória ou

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.

preceito predeterminado, que conduz segundo um dado preceito ou segundo uma dada forma de ordenação, do part. pas. do v. *dirigere*; (...)<sup>2</sup>

No mesmo sentido Paulo Dourado de Gusmão.

A palavra "direito" vem do latim *directum*, que supõe a idéia de regra, direção, sem desvio. No Ocidente, apesar de em alemão ser *recht*, em italiano *diritto*, em francês *droit*, em espanhol *derecho*, tem o mesmo sentido.<sup>3</sup>

O vocábulo "Direito" encontra-se eivado por manifesta polissemia, isto é, trata-se de vocábulo que possui diversas acepções, eis que tem sido utilizado por séculos a fio.

Com a palavra "Direito" acontece o que sempre se dá quando um vocábulo, que se liga intimamente às vicissitudes da experiência humana, passa a ser usado séculos a fio, adquirindo muitas acepções, que devem ser cuidadosamente discriminadas.<sup>4</sup>

Desse modo, ante ao caráter análogo do termo "Direito", faz-se imperiosa a análise cuidadosa de seus principais sentidos com o fito de chegar à significação que mais se conforma com o objeto do presente estudo.

Num primeiro momento, o termo "Direito" pode ser entendido como ciência jurídica, vez que "[...] Estudar o Direito é estudar um ramo de conhecimento humano, que ocupa um lugar distinto nos domínios das ciências sociais, ao lado da História, da Sociologia, da Economia, da Antropologia, etc."<sup>5</sup>

A palavra "Direito" pode traduzir também um ideal de justiça, quando assume um sentido axiológico.

Pode ainda significar retidão de conduta, quando se refere à idoneidade de determinada pessoa.

No entanto, existem duas acepções de extrema relevância para o presente estudo, quais sejam: "Direito" enquanto objeto da ciência jurídica e "Direito" em seu sentido subjetivo.

Enquanto objeto da ciência jurídica, a palavra direito assume a significação de um conjunto de normas jurídicas que regula o comportamento dos homens em sociedade.

---

<sup>2</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1050.

<sup>3</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 53.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 61.

"Direito" significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, (...) <sup>6</sup>

Já quando assume uma conotação subjetiva, não obstante a existência de diversas teorias jurídicas dissonantes sobre tal questão, o termo "Direito" pode ser entendido como a possibilidade de se exigir aquilo que uma norma jurídica atribui a alguém como próprio.

(...) direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. <sup>7</sup>

Assim, evidenciadas as definições e acepções mais relevantes da palavra "Direito", passa-se à análise das significações da palavra "Saúde".

Nessa senda, impende-se sublinhar, que a noção elementar sobre o significado do vocábulo "Saúde" foi fortemente influenciada pela religião.

Na antiguidade, acreditava-se que a saúde era uma graça divina, enquanto a doença estava relacionava com o castigo proveniente da prática de uma conduta pecaminosa.

Como exemplo cita-se o caso da lepra.

A lepra ou hanseníase é uma doença contagiosa, crônica, que afeta principalmente a pele, as mucosas e os nervos, sendo transmitida pelo contato entre corpos humanos, o que denotava a prática de uma conduta pecaminosa.

O leproso era considerado morto, posteriormente, era realizada uma missa de corpo presente e, após isso, era enviado a um leprosário sendo proibido de ter contato com as demais pessoas.

A doença era sinal de desobediência ao mandamento divino. A enfermidade proclamava o pecado, quase sempre em forma visível, como no caso da lepra Trata—se de doença contagiosa, que sugere, portanto, contato entre corpos humanos, contato que pode ter evidentes conotações pecaminosas. O Levítico detém—se longamente na maneira de diagnosticar a lepra; mas não faz uma abordagem similar para o tratamento. Em primeiro lugar, porque tal tratamento não estava disponível; em segundo, porque a lepra podia ser doença, mas era também, e sobretudo, um pecado. O doente era isolado até a cura, um procedimento que o cristianismo manterá e ampliará: o leproso era considerado morto e rezada a missa de corpo presente, após o que

---

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 62.

<sup>7</sup> *Ibid.* p.258.

ele era proibido de ter contato com outras pessoas ou enviado para um leprosário. Esse tipo de estabelecimento era muito comum na Idade Média, em parte porque o rótulo de lepra era freqüente, sem dúvida abrangendo numerosas outras doenças.<sup>8</sup>

Essa visão religiosa da saúde, contudo, não foi compartilhada pela medicina grega.

Hipócrates de Cós, considerado por muitos "o pai da medicina", em um dos escritos que compõe o *Corpus Hippocraticus*, intitulado "A doença sagrada", refutou veementemente a crença de que a doença seria um castigo divino.

No aludido texto, Hipócrates pontificou que a epilepsia não seria uma doença sagrada, afirmando que tal enfermidade possuía uma explicação natural, denunciando como "charlatães", aqueles que afirmavam que os deuses a causavam.

It is thus with regard to the disease called Sacred: it appears to me to be nowise more divine nor more sacred than other diseases, but has a natural cause from the originates like other affections. Men regard its nature and cause as divine from ignorance and wonder, because it is not at all like to other diseases. And this notion of its divinity is kept up by their inability to comprehend it, and the simplicity of the mode by which it is cured, for men are freed from it by purifications and incantations.<sup>9</sup>

Noutro ponto, Hipócrates atribuiu uma visão racional ao termo "Saúde", sustentando que o corpo humano era uma unidade organizada composta por quatro humores (a bile amarela, a bile negra, a fleuma e o sangue), considerando saudável o indivíduo que possuísse o equilíbrio desses elementos, ou seja, para Hipócrates a doença seria uma desorganização dos humores do corpo.

Ele via o homem como uma unidade organizada e entendia a doença como uma desorganização desse estado.<sup>10</sup>

Com o advento da Revolução Industrial, houve o surgimento de duas grandes correntes doutrinárias que buscavam conceituar o termo "Saúde".

---

<sup>8</sup> SCLiar, Moacyr. *História do conceito de saúde*. Physis, Revista de Saúde Coletiva. v. 17. n. 1. Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&userID=-2](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&userID=-2)>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

<sup>9</sup> HIPÓCRATES. *A doença sagrada*. trad. Francis Adams. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Hippocrates/sacred.html>>. Acesso em 16 de janeiro de 2013.

<sup>10</sup> Ibid. p. 2.

Nessa época, havia uma crescente preocupação com o bem-estar dos trabalhadores, eis que se eles adoecessem, restaria prejudicada a produção nas indústrias.

A primeira corrente sustentava que a saúde era diretamente dependente do meio ambiente, do trabalho, da alimentação e da moradia.

Já a segunda corrente, preconizava que a saúde nada mais era do que a ausência de doenças.

Logo, podemos verificar que no período industrial temos saúde como ausência de doenças, e no desenvolvimento do seu conceito buscou-se defini-la com base na questão de que o trabalhador não poderia adoecer para não prejudicar a produção nas indústrias, que careciam de mão de obra.<sup>11</sup>

Doravante, a Organização Mundial da Saúde definiu a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos.

Tal definição, no entanto, foi alvo de severas críticas, mormente, em razão de sua grande amplitude.

Todavia, no meio jurídico, é possível se verificar uma pequena prevalência do posicionamento suso mencionado.

Assim, à vista do que exposto, afigura-se possível traçar uma noção preambular da expressão "Direito à Saúde" como sendo o Direito de exigir dos responsáveis providencias concernentes à prestação de serviços e ao fornecimento de produtos destinados à manutenção do bem-estar físico, mental e social do ser humano.

### 3. DO CONSTITUCIONALISMO

A linha evolutiva do movimento constitucionalista teve seu início na antiguidade clássica com o Estado teocrático do povo hebreu.

Nessa época, não havia uma relação direta entre o constitucionalismo e a constituição escrita, buscava-se apenas limitar o poder político por meio das "Leis do Senhor".

Originariamente, o constitucionalismo remonta a antiguidade clássica, o Estado Teocrático do povo hebreu, que limitava o poder político pelas "Leis do Senhor"<sup>3</sup>. Assim, a priori, não há uma

---

<sup>11</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. 1. ed. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p.50.

relação direta entre Constituição escrita e o surgimento do constitucionalismo, que lhe é bastante anterior.<sup>12</sup>

Posteriormente, no período medieval, o movimento constitucionalista apresentou como marco histórico a Magna Carta Inglesa de 1215, que era um documento escrito destinado à limitação do poder do rei.

Doravante, já na segunda metade do século XVIII, surgiu o constitucionalismo liberal, também chamado de constitucionalismo clássico.

O constitucionalismo liberal era um movimento político, jurídico, social e ideológico que defendia, precipuamente, a necessidade de criação de um documento escrito destinado à limitação dos poderes do monarca, eis que nos Estados absolutistas a alta concentração de poder nas mãos do monarca dava ensejo a diversas formas de abuso e de violações aos direitos individuais dos cidadãos.

Assim, o constitucionalismo clássico se caracterizou pela criação de constituições rígidas que limitavam o poder do Estado por meio da previsão de liberdades negativas, isto é, de direitos e garantias que impunham ao poder público obrigações de não fazer, garantindo o respeito aos direitos civis e políticos dos indivíduos.

Em razão desse movimento, foram criadas a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, inaugurando o Estado de Direito, o individualismo e sua faceta econômica, o liberalismo.

Doravante, na segunda metade do século XIX, iniciou-se uma nova etapa evolutiva do movimento constitucionalista, denominada de constitucionalismo social ou moderno.

Esse movimento surgiu como um contraponto aos ideais liberais em razão da desigualdade econômica e social provocada pelo Estado abstracionista.

Sustentava-se que o Estado deveria se imiscuir nas relações econômicas, sociais e culturais a fim de promover o bem-estar social.

Nasce então, o *Welfare State*, ou seja, o Estado-providência, que modifica sua postura frente aos indivíduos providenciando prestações positivas destinadas a assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais.

Mas o constitucionalismo social, subjacente àquele estatuto revolucionário, e que tem ali a certidão de sua estreia no campo da positividade, só toma em verdade compleição definida e concreta, vazada no espírito, na consciência e na vocação da contem-

---

<sup>12</sup> MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: <[http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

poraneidade, a partir da promulgação da Carta Política do México, de 1917.

Com efeito, o tratamento normativo da matéria social fulge precursoramente no texto mexicano, a saber, em seus artigos 3, 4, 5, 25 a 28 e 123, os quais, a nosso ver, têm um teor qualitativo e quantitativo cujo alcance sobre-excede o da Constituição de Weimar em 1919, dois anos depois.

A repercussão internacional da Carta alemã foi porém imediata, contribuindo deveras para estabelecer, por seu reflexo ideológico, os fundamentos do constitucionalismo social, com irradiação a outras Cartas, que receberam assim o influxo weimariano, tão importante para a abertura da nova era constitucional inaugurada na segunda década do século XX.

Contudo, esse constitucionalismo jaz agora debaixo da impugnação neoliberal depois de lograr ascendência imperativa sobre várias Cartas daquela época constitucional.<sup>13</sup>

Com a inserção dos direitos econômicos, sociais e culturais nas constituições, somada à incansável busca por sua efetividade, verificou-se, em seguida, que alguns direitos transcendiam a esfera jurídica dos indivíduos, isto é, reconheceu-se a existência de direitos transindividuais.

Tal fato somado ao aparecimento da sociedade de massa, onde as relações econômicas, em sua maioria, eram marcadas pelo desaparecimento da individualidade ante a padronização de regras e comportamentos, ensejou o aparecimento de uma nova fase do movimento constitucionalista, denominada de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno.

O neoconstitucionalismo possui como um de seus objetivos principais a concretização dos preceitos constitucionais, notadamente, dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Walber de Moura Agra leciona que o constitucionalismo possui como traços marcantes: a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; a onipresença dos princípios e das regras; as inovações hermenêuticas; a densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva.

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo social e democracia participativa*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf>> Acesso em 10 de janeiro de 2013.

um catálogo de direitos fundamentais; b) a onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.<sup>14</sup>

Essa busca pela concretização dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, tem gerado um aumento significativo de demandas judiciais nessa área.

Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualmente, existem aproximadamente 240.980 (duzentos e quarenta mil novecentos e oitenta) ações judiciais na área de saúde.<sup>15</sup>

Preocupado com esse cenário, o referido Conselho promoveu nas dependências do Supremo Tribunal Federal (STF), a audiência pública nº 4, que teve o escopo de discutir as questões relacionadas ao aumento do número de ações judiciais na área da saúde, bem como, debater sobre a carência de informações prestadas aos magistrados sobre o tema.

Após a referida audiência, verificou-se a premente necessidade de se adotar medidas educativas para subsidiar de informações os magistrados e demais operadores do Direito, visando assegurar maior eficiência e concretude do direito à saúde na solução das demandas judiciais.

Sendo assim, o CNJ resolveu publicar a recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que visava aperfeiçoar a prestação jurisdicional atinente à assistência à saúde.

Ato contínuo, foi instituído no âmbito do Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 107, de 06 de abril de 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução de demandas que envolvam a assistência à saúde, com o objetivo de promover estudos e propor medidas para prevenir conflitos judiciais nessa área.

Nesse contexto, é possível inferir, que a grande quantidade de demandas relacionadas ao direito à saúde, somada ao desconhecimento sobre o tema vem comprometendo a sua efetivação, sobretudo no que concerne à força normativa de sua enunciação constitucional.

---

<sup>14</sup> AGRA. Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. p. 31. *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>15</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em 30 de junho de 2012.

#### 4. DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Parafraçando Pedro Lenza, o grande desafio do neoconstitucionalismo é o de encontrar mecanismos adequados para concretizar, de forma efetiva, os preceitos constitucionais.<sup>16</sup>

Nesse diapasão, não se pode olvidar, que a tutela jurisdicional do direito à saúde no Estado brasileiro, hodiernamente, pode se operar de diversas formas, desde demandas individuais até demandas coletivas.

No entanto, grande parte da doutrina vem criticando a utilização de demandas individuais para a concretização desse direito.

Isso porque, para essa vertente doutrinária, as decisões provenientes de demandas individuais poderiam gerar severas injustiças e distorções, tanto no Sistema Único de Saúde quanto no Sistema de Saúde Suplementar.

No que tange ao Sistema Único de Saúde, argumenta-se que o custo de implementação dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso Nacional.

Assim, soluções individualizadas, por imporem o uso de tecnologias, insumos e medicamentos de forma desorganizada, apenas no âmbito da microjustiça, causariam um desequilíbrio orçamentário insustentável, comprometendo a assistência dos demais usuários.

Nesse sentido, são preciosas as lições de Gustavo Amaral.

As decisões judiciais tomadas no âmbito da micro-justiça podem potencialmente comprometer o orçamento na medida em que, ao exceder os limites estruturais do sistema jurídico, passam, na prática, a alocar recursos, determinando de que maneira eles devem ser gastos.<sup>17</sup>

Na mesma trilha caminham Letícia Canut e Sérgio Cademartori.

Ao destacar o tema microjustiça x macrojustiça, pretende-se atentar não só para o debate sobre competências, mas, principalmente, para o fato de que a solução individualizada de uma demanda na área da saúde, ou seja, a resolução de um caso concreto pelo judiciário, consistiria em uma solução no âmbito da microjustiça, [...] desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça). E assim, bus-

---

<sup>16</sup> Nesse contexto, a partir do momento em que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para efetiva concretização. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.65.

<sup>17</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010. p. 17.

ca-se ressaltar o fato de que "[...] a vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. [...]".<sup>18</sup>

Exemplificando a situação Vieira ensina que:

A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população geral. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 186.770.562 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilado e como o tratamento deve ser feito com a aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R\$ 1.107,49,5 o custo estimado é de 24,8 bilhões de reais. Se esta situação tivesse acontecido, este valor corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006 (38,8 bilhões de reais).<sup>6</sup> Ou seja, dois terços do orçamento federal da saúde seriam gastos para a oferta de um único produto farmacêutico com cobertura de 0,25% da população. Isso significa que é preciso empregar critérios adequados para alocação dos recursos da saúde e não que não se deve tratar os pacientes de hepatite viral crônica C. Daí a importância da política, pois diante do limite financeiro do Estado é preciso determinar como as ações e serviços de saúde serão realizados, em observância aos princípios constitucionais e do SUS. [...] O aumento das sentenças judiciais determinando o fornecimento de medicamentos causa distorções, pois sua concessão não está vinculada à reserva orçamentária, prevista quando da formulação das políticas e do planejamento dos programas.<sup>19</sup>

Não destoa dessa linha de pensamento José Reinaldo Lima Lopes.

Os direitos sociais, mesmo concebidos como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais porque sua fruição é feita de maneira distinta, na medida em que "tal direito só se exerce em partilha com outros da mesma espécie. Eles teriam como característica principal o fato de que não são fruíveis ou exequíveis individualmente, o que não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, serem exigidos como se exigem individualmente outros direitos subjetivos. São direi-

---

<sup>18</sup> CANUT, Leticia e CADEMARTORI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial*. Revista de Direito Sanitário. Vol. 12. nº 1. São Paulo. 2011.

<sup>19</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*. Rev. Saúde Pública. 2008. Ministério da Saúde. Brasília. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2014.

tos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo.<sup>20</sup>

E prossegue o referido autor:

Quem tiver a sorte de obter uma decisão favorável terá o privilégio de ser atendido em detrimento de tantos outros que não tiveram a oportunidade e a sorte de obter a decisão judicial.<sup>21</sup>

Na mesma trilha caminha Machado.

Convém assinalar ainda, com base no constitucionalismo fraterno, a necessidade de traçar parâmetros para a atividade do Poder Judiciário no que tange a decisão referente a conflitos distributivos. Em primeiro lugar, não há como perder de vista que a proteção de direitos relacionados à saúde, educação, moradia, etc., envolvem demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde). [...] Em razão do caráter coletivo e distributivo, tais direitos devem ser afirmados por políticas públicas e não por decisões judiciais centradas em situações individuais e específicas. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos, e das possibilidades orçamentárias é essencial para definir políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, porém nem sempre é acessível ao Judiciário. Decisão judicial sobre a exigibilidade destes direitos, que ignora estas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas e nem sempre garante o princípio da fraternidade. A canalização de recursos em situações individualizadas, sem observar circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, afronta, por exemplo, o espírito do art. 196, da Carta Magna, que tem por escopo viabilizar a garantia do direito fundamental à saúde de forma universal e igualitária. Não parece correto admitir que o Judiciário intervenha nas escolhas orçamentárias sem observar critérios mínimos que direcionem sua decisão e reduzam os im-

---

<sup>20</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In Faria, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129-130. *apud* CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?*. São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. p. 306.

<sup>21</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In Faria, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129-130. *apud* CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?*. São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. p. 304.

pactos da mesma sobre o orçamento. A essencialidade da prestação e a necessidade do indivíduo, por exemplo, devem servir de guias para a tomada de decisão. Não se quer com isso afastar a possibilidade de acesso à justiça de maneira individualizada quando há lesão a direito fundamental social, mas sim ressaltar a necessidade de o Judiciário ter uma visão global de todas as circunstâncias adjacentes ao caso a fim de não transgredir a justiça distributiva. Nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais, o Judiciário precisa ter por escopo garantir uma macrojustiça, ou seja, “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia”<sup>22</sup>

De outra banda, no que concerne ao Sistema de Saúde Suplementar, lembram os doutos, que os planos de assistência à saúde e as seguradoras especializadas em planos privados de assistência à saúde fundamentam suas atividades baseadas num sistema securitário denominado de mutualismo<sup>23</sup> que, por sua vez, pode ser entendido como um mecanismo em que toda a carteira de clientes contribui para um fundo, gerido pela operadora, cujos recursos são utilizados para custear a assistência daqueles que necessitarem, sendo que alguns beneficiários, obviamente, poderão nunca se utilizar de tais recursos.

Assim, as decisões tomadas no âmbito dos processos individuais — microjustiça — poderiam comprometer a viabilidade econômica das operadoras e violar os direitos coletivos dos demais beneficiários que contribuem para o fundo, na medida em que elas, não raras vezes, determinam o custeio de procedimentos excluídos da cobertura contratual previamente avençada, o que faz com que os valores pagos pelos demais beneficiários acabem sendo destinados a eventos diversos daqueles contratados.

Nesse sentido, são esclarecedoras a lições de Paulo Roberto Vogel de Rezende.

Não se pode perder de vista, também, observado o próprio princípio do mutualismo, que se existe uma solidariedade entre os usuários de determinada operadora de plano de saúde, as

---

<sup>22</sup> MACHADO, Clara Cardoso. *Limites ao ativismo à luz do constitucionalismo fraterno*. Disponível em: <[http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>. Acesso em 26 de março de 2014.

<sup>23</sup> O mutualismo advém de uma lógica securitária, na medida em que os participantes constituem um fundo para que, em havendo necessidade, alguns daqueles se socorram dos recursos reunidos por todos, sendo sempre da lógica deste sistema que alguns poderão nunca se utilizar de tais recursos. No caso dos planos de saúde, essa lógica não é diferente, uma vez que os seus usuários, por meio das mensalidades pagas à operadora, vão constituindo um fundo que é administrado pela operadora. REZENDE, Paulo Roberto Vogel. *Cálculo Atuarial, Mutualismo, Equilíbrio Econômico e Plano de Saúde: Uma Abordagem Sobre Dois Julgados* in SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1. p. 73.

ampliações de cobertura feitas em favor de alguns repercutirão no restante da carteira, haja vista que a operadora irá se valer, para tanto, dos recursos que foram captados dos demais usuários.

Finalmente, com base nas tabelas anteriormente apresentadas, verifica-se que os custos estão quase idênticos à receita arrecadada pela operadora, o que revela um aumento nas despesas operacionais dos planos de saúde. O fato reforça a conclusão de que, na apreciação de demandas que envolvam a disputa entre a operadora e os usuários a ela vinculados, não se pode perder de vista o princípio do mutualismo e, principalmente, o cálculo atuarial, fatores que compõem, sem dúvida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde.<sup>24</sup>

Na mesma senda, caminha Riani.

A situação atual do setor privado de assistência à saúde é a seguinte: as operadoras foram obrigadas a adotar o Rol de Procedimentos editado pela ANS como cobertura mínima, fato que, inquestionavelmente, elevou a mensalidade para os contratos novos. Até o presente momento, não se estabeleceu a obrigatoriedade dos consumidores para adaptarem ou migrarem seus contratos antigos para os contratos novos, portanto, isso é direito facultativo e pode ser exercido a qualquer tempo (art. 35 da Lei nº 9.656/98). Fato é que existem 9,2 milhões de consumidores que permanecem com os ditos contratos antigos, pagando mensalidades condizentes com a cobertura ofertada, e vários deles pleiteando na justiça a incorporação dos novos procedimentos, sem que haja, contudo, aumento proporcional das mensalidades. O relator do acórdão escolhido no item 4.1.1, ao afirmar que “a determinação da adaptação foi feita pela Lei nº 9.656/98 às empresas prestadoras dos serviços de plano de saúde, não a seus consumidores”, travou uma contradição com o texto legal, no qual se determinou ser proibido que as empresas operadoras efetivem a adaptação unilateralmente. Pode-se afirmar, pelos dados obtidos na pesquisa da Unimed Belo Horizonte, que o Estado-juiz, na maioria dos casos, tem decidido pela aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes de sua edição, sendo essa decisão questionada pelas operadoras como afronta ao ato jurídico perfeito. Não parece justo que o consumidor opte por permanecer em um plano antigo, ou seja, não se adaptar ao contrato novo, e conseguir do Estado-juiz a igualdade de tratamento em relação àqueles que adaptaram seus contratos com

---

<sup>24</sup> REZENDE, Paulo Roberto Vogel. Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados in SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência “judicialização da saúde suplementar”*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1. p. 73.

base na Lei nº 9.656/98. Essa equiparação de consumidores desiguais certamente afronta o princípio da isonomia e gera um desequilíbrio contratual na carteira que é regida pelo mutualismo.<sup>25</sup>

Não obstante a robustez da argumentação contrária à utilização de demandas individuais para a concretização do direito à saúde, parcela da doutrina defende a viabilidade da utilização dos referidos instrumentos para a efetivação do direito em comento.

Nesse sentido, afigura-se oportuno trazer à colação as lições de Ana Paula de Barcellos para quem:

[...] O controle do resultado esperado das políticas públicas sempre poderá se dar no âmbito das ações individuais.<sup>26</sup>

Na mesma linha segue Ione Maria Domingues de Castro.

Com todo o respeito pelas posições dos autores acima mencionados, entendemos perfeitamente possível o ajuizamento das demandas individuais nas quais os autores pleiteiem o seu direito subjetivo à saúde. Nosso trabalho defende a tese de que o direito à saúde, enquanto direito social fundamental, é também um direito a um mínimo vital e, por esta razão, as normas que o veiculam expressam um direito subjetivo definitivo vinculante passível de proteção judicial cada vez em que for violado.<sup>27</sup>

Considerando os argumentos acima expostos, a fundamentalidade e essencialidade do direito à saúde, bem como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais<sup>28</sup>, entende-se pela viabilidade da utilização tanto de mecanismos processuais individuais, quanto de instrumentos processuais coletivos.

---

<sup>25</sup> RIANI, Marlus Keller. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. Nova Lima. 2010. p. 87. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/marluskellerrianiplanosdesaudeaharmonizacaodosinteresses.pdf>>. Acesso em 09 de agosto de 2013.

<sup>26</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 103-131. *apud* CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?* São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. p. 307.

<sup>27</sup> CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. p. 307.

<sup>28</sup> Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social. Segundo Canotilho, "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Todavia, em razão das peculiaridades existentes no sistema de saúde brasileiro, tais como as questões orçamentárias do SUS e o mutualismo do Sistema de Saúde Suplementar, assim como, do fato de que as ações que versam sobre o direito à saúde, na grande maioria das vezes, afastam-se da bilateralidade da relação jurídica clássica, caracterizando-se pela distributividade e plurilateralidade, coaduna-se com o posicionamento de Osvaldo Canela Júnior, segundo o qual, o melhor instrumento para essa análise seria a ação coletiva.<sup>29</sup>

Isso porque, além da pujança dos argumentos acima expostos, não se pode olvidar, que as discussões no âmbito das demandas coletivas são muito mais abrangentes que nas demandas individuais, haja vista que levam em consideração o contexto geral do problema — macrojustiça — evitando as injustiças e distorções que os processos individuais podem causar — microjustiça.

Ademais, nas ações coletivas o magistrado terá uma visão muito mais ampliada da questão, o que, obviamente, resultará numa maior probabilidade de seu julgado ostentar as características da justiça e correção.

Por fim, os legitimados ativos das ações coletivas, na maior parte das vezes, possuem melhores condições de carrear aos autos elementos probatórios suficientes a demonstrar os fatos constitutivos de seus direitos.

Dessa forma, chega-se à inevitável conclusão, de que no sistema de saúde brasileiro hodierno, os instrumentos processuais mais adequados e efetivos para a tutela e para a concreção do direito à saúde são as ações coletivas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio, de início, evidenciou a dificuldade de se chegar a um conceito ideal sobre a expressão "Direito à Saúde", haja vista que ambos os vocábulos que a compõe, encontram-se eivados por manifesta polissemia e são influenciados por inúmeros fatores sociais e políticos.

Contudo, foi possível estabelecer uma definição geral sobre a referida expressão, como sendo a possibilidade de se exigir dos responsáveis, o acesso universal e igualitário às políticas sociais e econômicas destinadas à prestação de serviços e ao fornecimento de produtos destinados à manutenção do completo bem-estar físico, mental e social do ser humano.

---

<sup>29</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 123. *apud* CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. p. 307.

Outrossim, foi possível verificar que o movimento neoconstitucionalista possui como um de seus principais objetivos a positivação e a concretização dos direitos fundamentais, sendo que a busca pela concretude dos referidos direitos tem gerado um aumento significativo de demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde.

Nesse contexto, surgiu a necessidade de aprofundamento dos estudos destinados a verificar quais seriam os instrumentos processuais mais adequados e efetivos para a tutela e para a concreção do direito à saúde no sistema brasileiro hodierno, haja vista que parcela da doutrina sustenta que a utilização de demandas individuais podem gerar severas injustiças e distorções, posto que as ações que versam sobre o direito à saúde, na grande maioria das vezes, se afastam da bilateralidade da relação jurídica clássica, caracterizando-se pela distributividade e plurilateralidade.

Por fim, chegou-se a conclusão de que, ante às peculiaridades do sistema de saúde brasileiro, os mecanismos processuais mais adequados e efetivos para a sua tutela e a sua concreção seriam as ações coletivas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Revista do Advogado. São Paulo, v. 28, n. 99, p. 42-53, setembro 2008.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan-março 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 14 maio de 2014.

AVRITZER, Leonardo. **Globalização e espaços públicos: a não regulação como estratégia de hegemonia global**. Revista Crítica de Ciências Sociais. p. 107-121. Outubro de 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf>>. Acesso em 18 de maio 2014.

CANUT, Leticia; CADEMARTORI, Sérgio. **Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial**. Revista de Direito Sanitário. Vol. 12. nº 1. São Paulo. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório atualizado da resolução 107.** Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf). Acesso em 18 de maio de 2014.

DUMONT, Louis. 1985. Do indivíduo-fora-do-mundo ao indivíduo-no-mundo. In. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna.** Rio de Janeiro: Rocco. Cap. I. **Apud** SOUZA, Vanessa Karla Mota. **Individualismo e cultura.** Revista Eletrônica de Ciências Sociais, número 09. Setembro de 2005. p. 62.

FARIA, J. E. C. O. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.** Revista Crítica de Ciências Sociais. Outubro de 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 53.

HESPANHA, Pedro. **Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas.** Revista Crítica de Ciências Sociais. p. 26. Outubro de 2002.

HIPÓCRATES. **A doença sagrada.** trad. Francis Adams. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Hippocrates/sacred.html>>. Acesso em 14 de maio de 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1050.

LEAL, Rogério Gesta. **Esfera pública e a participação: possíveis dimensões jurídica políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no brasil.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n. 13. 2008.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno.** Disponível em: [http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>. Acesso em 18 de maio de 2014.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Leis de planos de saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 50-61, jul./set. 2008.

PIRES, Danielle da Silva. **Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência.** Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v. 1.

REALE, Miguel. **ILições preliminares de direito.** 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel. **Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados in** SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. **Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência.** Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v.1.

RIANI, Marlus Keller. **Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo**. Nova Lima. 2010. p. 87. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/marluskellerrianiplanosdesaudeaharmonizacaodosinteresses.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2014.

SCLIAR, Moacyr. **História do conceito de saúde**. Physis, Revista de Saúde Coletiva. v. 17. n. 1. Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010373312007000100003&lng=pt&userID=-2](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312007000100003&lng=pt&userID=-2)>. Acesso em 18 de maio de 2014.

SIMMEL, George. **O dinheiro na cultura moderna**. In, Jessé Souza e B. Oëlze, orgs. Simmel e a Modernidade. Brasília, Editora UNB, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. 1. ed. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. **Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência**. Belo Horizonte: Unimed BH, 2008. v.1.

SOUZA, Maria de Lourdes. **La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de pietro barcellona y boaventura de sousa santos**. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 2-1999. Disponível em: <http://www.uv.es/CEFD/2/Souza.html>. Acesso em 14 de maio de 2014.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18.

TEJERINA, Benjamín. **Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía: los caminos de la utopia**. Revista Crítica de Ciências Sociais. 72, outubro 2005.

TOMASEVICUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. RT/Fasc. Civ. v. 810. 2003. p. 33-50.



# DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E RESPOSTA CORRETA: A TEORIA DA DECISÃO EM TEMPOS DE PÓS-POSITIVISMO

*Danilo Pereira Lima\**

## **Resumo**

Diante das transformações filosóficas que superaram a tradição do pensamento metafísico, não faz mais sentido que os juristas continuem apoiando-se no paradigma do positivismo pós-exegético para compreender os complexos problemas enfrentados pela teoria do direito na contemporaneidade. Nesse sentido, para que o Poder Judiciário tenha uma atuação compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, mostra-se necessário encarar aquilo que o positivismo normativista ocultou, ao deixar numa posição secundária questões jurídicas mais pragmáticas, como o caso da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial. Desse modo, o presente trabalho pretende criticar a discricionariedade interpretativa exercida no âmbito do Poder Judiciário, a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer e do pensamento pós-positivista de Dworkin.

## **Palavras-chave**

Positivism. Discretion. Hermeneutics. Theory of the decision. Right answer.

## **Abstract**

After the philosophical transformations that overcame the metaphysical tradition, there's no reason, at this time, for lawyers to comprehend the complex problems they encounter in jurisprudence based on the post-exegetical positivism. Based on this, for the Judicial Branch realise its duty in accordance to the Rule of Law, it's necessary to face what normative positivism hides, leaving on background questions such as interpretation, judicial discretion and the judicial decision. In this sense, the present paper intends to criticise the judicial discretion attributed to the organs of the Judicial Branch, based on Heidegger's hermeneutics, Gadamer's philosophical hermeneutics and Dworkin's post-positivist thinking.

## **Keywords**

Positivism. Discretion. Hermeneutics. A theory of the judicial decision. Right answer.

---

\* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Bolsista Capes/Prosup. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. Membro do Grupo "Dasein — Núcleo de Estudos Hermenêuticos" (Unisinos).

## 1. INTRODUÇÃO

Logo no início do livro *Organización del Poder y Libertad*, Nicola Matteucci propõe uma definição tipológica em torno do constitucionalismo, ao destacar a limitação do exercício do poder estatal e a proteção das liberdades políticas, sociais e civis, como questões centrais na história do constitucionalismo moderno. Para sustentar esta posição, Matteucci analisou a formação do constitucionalismo inglês, francês e estadunidense, como experiências institucionais fundamentais para o enfrentamento contra o poder arbitrário, levando em consideração as peculiaridades de cada uma das realidades históricas.<sup>1</sup> Dessa forma, com base na leitura deste livro, é possível afirmar que a história do constitucionalismo democrático está marcada profundamente pela luta contra qualquer tipo de manifestação autoritária do poder estatal, o que torna o ativismo judicial, a partir da chamada discricionariedade das decisões judiciais, um problema extremamente relevante para o Constitucionalismo Contemporâneo,<sup>2</sup> pois, em tempos de Estado Democrático de Direito, permitir que a decisão judicial seja transformada em um simples ato de escolha política, é, no mínimo, colocar o regime democrático em risco, principalmente em *terrae brasilis*, onde uma tradição política autoritária perdurou por tanto tempo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 27 e 28. Para ressaltar a aproximação destas três experiências constitucionais na defesa das liberdades e no enfrentamento contra o exercício arbitrário do poder político, Matteucci afirma que, "(...) la historia constitucional de cada nación diverge de las otras y tiene características propias, aunque sobre el terreno de los grandes principios el constitucionalismo se presenta bastante unitario y fácilmente identificable, ya que los principios conquistados en esas crisis o en esas revoluciones se difunden y se convierten en patrimonio común. La historia del constitucionalismo moderno podría escribirse tomando la 'difusión' de estos principios legales de Francia a Inglaterra, de Inglaterra a América, de Inglaterra y América a Francia".

<sup>2</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37. Constitucionalismo Contemporâneo é a nova expressão cunhada por Lenio, para se referir ao constitucionalismo do segundo pós-guerra. Com efeito, a expressão neoconstitucionalismo chegou a um ponto de degradação semântica e desgaste significativo, que foi preciso estabelecer um sentido específico para esse novo modelo de constitucionalismo, que se afirma no contexto da "era de ouro" da democracia européia.

<sup>3</sup> Cf. O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?* In: Novos Estudos Cebrap, n. 31, out/1991, p. 33. De acordo com O'Donell, nem mesmo a transição de um regime militar, fortemente autoritário, para governos eleitos democraticamente, tornou possível a consolidação do regime democrático no Brasil. A escassez de instituições políticas estáveis e democráticas, acompanhado do estilo personalista de alguns governantes, têm dificultado grandemente o estabelecimento de um autêntico Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ele afirma ser necessária uma segunda transição, muito mais complexa, para a consolidação do regime democrático, pois, predomina em países de modernidade tardia, uma modalidade peculiar de democracia, profundamente individualista e personalista, denominada pelo autor de democracia delegativa. Segundo O'Donell, "mesmo que a democracia delegativa pertença ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas". Assim, para atender as demandas sociais e econômicas acumuladas ao longo da história, é necessário que o Estado tenha uma maior

Foi para romper com esta tradição autoritária que a Constituição de 1988 foi promulgada, tornando-se a carta política mais democrática que a sociedade brasileira construiu durante toda a República. Após diversos golpes de Estado, regimes políticos autoritários e a total ausência de liberdade política, a Constituição de 1988 foi capaz de resgatar as grandes promessas da modernidade, representadas principalmente pela igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. Desse modo, com o advento da nova Constituição, questões historicamente relegadas ao campo da política foram incorporadas pelo Direito, fazendo com que as crescentes demandas sociais passassem a buscar a sua realização no Poder Judiciário. Esta redefinição colocou os magistrados em uma posição proeminente para a concretização dos direitos sociais, o que, todavia, não deve(ria) levar ao decisionismo ou ao ativismo judicial, já que em nenhum momento o novo paradigma constitucional deu margem para posições discricionárias, mas, pelo contrário, passou a exigir do Poder Judiciário decisões mais bem fundamentadas, não com base em política, mas com base em toda principiologia constitucional.

Com efeito, essa noção de discricionariedade judicial é resultado do aparecimento da indeterminação do direito, tese sustentada pelo positivismo normativista. Assim, após a superação do positivismo primitivo (onde a discricionariedade se encontrava no nível da política), por meio do normativismo Kelseniano e do positivismo moderado de Hart, todas estas correntes do pensamento jurídico passaram a sustentar a vontade discricionária do intérprete frente à “impossibilidade” de qualquer tipo de controle das decisões judiciais. Desse modo, diante da ausência de um método para garantir a correção do processo interpretativo, as teorias positivistas delega(ra)m aos juízes um poder arbitrário para preencher a “zona de incerteza” presente nos casos difíceis. É preciso destacar, que o novo paradigma constitucional, do Estado Democrático de Direito, não deve(ria) ser reconhecido por transferir a discricionariedade do nível da política para o nível do direito. Imaginar que a discricionariedade judicial é uma característica do constitucionalismo hodierno é um grave equívoco. Seria um grande contra-senso, para a teoria direito, continuar apostando em posições arbitrárias no âmbito do Poder Judiciário, logo num momento em que o Constitucionalismo Contemporâneo ampliou a concretização de mais conquistas democráticas, o que significa uma clara superação de qualquer tipo de arbitrariedade no exercício do poder estatal. Se na época do Estado absolutista o grande desafio era acabar com a discricionariedade exercida pelo monarca e, após a revolução francesa, o dilema para o constitucionalismo era controlar a discricionariedade exercida no âm-

---

eficiência em suas ações políticas e jurídicas, o que faz necessário um Estado constitucionalmente forte e eficiente, não no sentido do nível de coerção imposto sobre os indivíduos, mas com instituições consolidadas democraticamente, capazes de concretizar as promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

bito do Parlamento, nos tempos atuais, limitar a atuação dos juízes e afastar a discricionariedade das decisões judiciais se mostra fundamental para uma teoria do direito compatível com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é necessário frisar que a discricionariedade judicial não pode ser confundida com aquilo que o direito administrativo apresentou como ato discricionário e ato vinculado, ambos totalmente diferentes de atos arbitrários. Foi para superar a arbitrariedade da administração pública, presente no antigo regime, que surgiu o ato discricionário do administrador, buscando dar maior legitimidade a nova estrutura burocrática que emergia do Estado Liberal de Direito. Assim, este ato discricionário, presente no direito administrativo, é o ato autorizado pela lei e, por isso, deve ficar totalmente adstrito ao princípio da legalidade.<sup>4</sup> Por meio desta discricionariedade, o agente da administração pública está autorizado por lei, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, a escolher os meios necessários para alcançar os fins estabelecidos por ela. É preciso frisar que o administrador público possui legitimidade constitucional para realizar escolhas políticas, ao contrário do Poder Judiciário, que, além de não ser um órgão político, não tem seus membros escolhidos pelo eleitor. Assim, fica demonstrado que a discricionariedade, do direito administrativo, não pode(ria) ser vista como sinônimo de arbitrariedade, já que, além de estar adstrito ao princípio da legalidade, também sempre estará sujeito ao controle jurisdicional.<sup>5</sup>

Portanto, a partir do que foi exposto acima, o presente trabalho pretende analisar o problema da discricionariedade judicial como algo que compromete seriamente a realização do Estado Democrático de Direito. A atuação arbitrária, de qualquer órgão estatal, é inaceitável no Constitucionalismo Contemporâneo. Por isso, a insistência do pensamento dogmático, em continuar apoiando-se no positivismo jurídico pós-exegético, tem colaborado ainda mais no despreparo do Poder Judiciário para enfrentar as novas demandas constitucionais, já que todas as transformações ocorridas na filosofia, a partir do giro ontológico-lingüístico, não foram devidamente recepcionadas pela teoria do direito. A superação das teorias positivistas pós-exegéticas, a partir do giro ontológico-lingüístico, apresenta-se como condição de possibilidade para a realização do Estado Democrático de Direito, pois, diante da sobrevivência dessas velhas teorias, o jurista acaba por se manter numa con-

---

<sup>4</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 957. A respeito da discricionariedade administrativa, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que, "(...) percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento 'infralegal'". Dessa forma, diferentemente da discricionariedade (arbitrariedade) presente nas decisões judiciais, a discricionariedade administrativa só existe na extensão, medida ou modalidade prevista em lei.

<sup>5</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39 a 41.

dição completamente despreparada para enfrentar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial.

Assim, frente às transformações filosóficas que superaram a tradição do pensamento metafísico clássico e moderno, não faz mais sentido que os juristas continuem apoiando-se no positivismo pós-exegético como solução para os problemas complexos enfrentados pelo Direito. Para que o Poder Judiciário tenha uma atuação compatível com o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo é necessário encarar aquilo que o pensamento positivista pós-exegético ocultou, ao deixar numa posição secundária, questões jurídicas mais pragmáticas, como a interpretação, a discricionariedade e a decisão judicial. Nesse sentido, levar em consideração a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin, é condição de possibilidade para enfrentar a discricionariedade e construir uma teoria da decisão sem qualquer tipo de protagonismo judicial.

## 2. A TEORIA DO DIREITO E A PERSISTÊNCIA DOS VELHOS PROBLEMAS IMPENSADOS PELO POSITIVISMO PÓS-EXEGÉTICO: A INTERPRETAÇÃO, A DISCRICIONARIEDADE E A DECISÃO JUDICIAL

No Constitucionalismo Contemporâneo o Direito tem uma função transformadora, no sentido de buscar a concretização das conquistas do Estado Democrático de Direito. Desse modo, faz-se necessário desvelar novos caminhos, superando aquilo que o sentido comum teórico ocultou ao provocar o esquecimento do ser do Direito e que, conseqüentemente, vem evitando o acontecer do novo Constitucionalismo. É possível perceber que grande parte da comunidade jurídica ainda se encontra inserida no pensamento metafísico, onde o mundo prático é completamente esquecido pela teoria apresentada pelo pensamento dogmático.<sup>6</sup> Nesse sentido, o ensino do Direito, na forma como foi estabelecido historicamente no Brasil, vem contribuindo para agravar esta situação, ao reproduzir um discurso jurídico imerso no

---

<sup>6</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59. De acordo com Lenio Streck, a separação entre teoria e prática apareceu na filosofia grega, com a metafísica clássica e, mais tarde, foi retomada pela metafísica moderna. Segundo o professor, "(...) a razão prática nos vem desde a filosofia grega, quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado). Na primeira, está em jogo uma observação de uma determinada realidade, ao passo que, na segunda, tem-se o questionamento de uma ação concreta". Com relação à modernidade, "a problematização entre razão teórica e razão prática foi retomada por Kant em sua *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*. O que há em comum entre Kant e Aristóteles é que *em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática* e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa". Este dualismo estabelecido pelo pensamento metafísico ainda permanece presente no pensamento dogmático.

senso comum teórico de manuais totalmente desprovidos de qualquer conteúdo científico; a hermenêutica, ainda praticada nesses cursos, continua insistindo em estudar os métodos tradicionais de interpretação, seguindo uma linha de pensamento que considera o Direito apenas como uma mera racionalidade instrumental.<sup>7</sup>

Por conseguinte, o Direito se apresenta como uma ciência lógico-formal, preocupada estritamente com a elaboração de uma epistemologia jurídica que se encontra completamente distante dos problemas sociais, políticos, econômicos e ideológicos, o que contribui para que o jurista permaneça completamente alienado da sua realidade histórica, colaborando para a inefetividade dos mandamentos presentes na Constituição Federal. Dessa forma, o paradigma positivista, em suas diversas modalidades, vai resistindo firmemente a viragem ontológico-linguística, pois, no Direito, muitas das teorias que se autodenominam pós-positivistas, acabam por reipristinar o que há de fundamental nas teorias do positivismo pós-exegético, que é a decisão como ato de vontade, reforçando, ainda mais, a discricionariedade como resposta para o problema do déficit de concretização constitucional no contexto brasileiro, situação em que, com toda certeza, acaba acarretando todo tipo de arbitrariedade praticado pelo Poder Judiciário.

Para compreender o positivismo jurídico, que ainda continua a influenciar grande parte dos juristas, é necessário levar em consideração a formação histórica dessa corrente do pensamento que ganhou força principalmente no século XIX,<sup>8</sup> ao dominar grande parte da cultura européia com suas manifestações filosóficas, políticas, pedagógicas, historiográficas e literárias. Nesse contexto histórico, o continente europeu alcançou grandes transformações sociais, políticas e econômicas, fazendo com que as cidades fossem multiplicadas; importantes descobertas científicas transformassem o modo de produção capitalista e os avanços tecnológicos, alcançados pela Revolução Industrial, fossem consolidados.

---

<sup>7</sup> Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 49. Em concordância com Tércio Sampaio, “é preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades do profissional (o juiz, o promotor, o advogado) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista”.

<sup>8</sup> Cf. REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia. III: Do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991, p. 296. É preciso levar em consideração que o positivismo se situa em diversas tradições culturais em épocas diferentes. De acordo com Giovane Reale e Dario Antiseri, “na França, (o positivismo) inseriu-se no racionalismo, que vai de Descartes ao iluminismo; na Inglaterra, se desenvolveu inserindo-se na tradição empirista e utilitarista e, em seguida, entrelaçando-se com a teoria darwiniana da evolução; na Alemanha, assume a forma de cientificismo e de monismo materialista; na Itália, com Ardigò, aprofunda suas raízes no naturalismo renascentista, embora dê seus maiores frutos, dada a situação social da nação recém-unificada, no campo da pedagogia e também na antropologia criminal”.

A ideia do progresso científico, como um processo irrefreável, constituiu-se como solução para todos os problemas da humanidade, substituindo a fé religiosa pela crença absoluta na Ciência. Entretanto, mesmo diante da substancial estabilidade política, do processo de industrialização e do rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia, os desequilíbrios sociais não tardaram em aparecer frente à condição de miséria do proletariado, fato que o positivismo imaginou poder superar paulatinamente, por meio do aumento do saber e da riqueza. Desse modo, o positivismo se apresentou como movimento de pensamento que se caracterizava por reivindicar o primado da ciência; por utilizar o método das ciências naturais para o estudo dos fenômenos sociais; por uma forte crença na ciência como único meio para resolver todos os problemas da humanidade; pela concepção laica da cultura; pela certeza de progresso, visto muitas vezes como necessário e automático.<sup>9</sup>

No âmbito do Direito, o positivismo exegético foi a primeira fase de aplicação do pensamento positivista para o entendimento dos problemas jurídicos apresentados após a codificação. Com o advento da revolução francesa e a ascensão política da burguesia, tornou-se necessária a elaboração de um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas, com capacidade para garantir uma maior segurança jurídica no desenvolvimento das relações capitalistas. Nessa época, a burguesia buscava superar a fragmentação jurídica ainda existente na França, partindo da convicção de que poderia haver um legislador universal, com capacidade para aprovar leis válidas para todos os tempos e lugares, já que a sociedade francesa, anterior à codificação, possuía uma multiplicidade de direitos, limitados territorialmente, fazendo com que ao norte vigorassem os costumes locais (*droit coutumier*), enquanto no sul prevalecesse o direito comum romano (*droit écrit*).

Assim, a elaboração do Código Civil na França, em 1804, foi resultado de uma cultura racionalista fortemente influenciada pelo movimento iluminista, pois considerava a multiplicidade e a complicação do direito como fruto do arbítrio, devendo ser totalmente substituído por um direito simples e unitário.<sup>10</sup> Com a codificação, a lei apareceu como instrumento jurídico capaz de resolver e abarcar todos os fatos sociais, reduzindo o ato interpretativo do juiz a uma análise meramente sintática. Para o positivismo exegético a interpretação realizada pelos juízes deveria ficar reduzida a um ato passivo e mecânico.<sup>11</sup> Dessa forma, Luis Alberto Warat afirmava, “que a primeira

---

<sup>9</sup> Reale, Giovane e Antiseri, Dario. *História da Filosofia. III: Do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991, p. 297.

<sup>10</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: ed. Ícone, 2006, p. 64 a 67.

<sup>11</sup> Cf. VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997, p. 36. De acordo com Vianna, no início da formação do Estado Liberal de

etapa (do positivismo jurídico) compreende a época da conceitualização dos textos legais. Esta se baseia no pressuposto de que não há mais direito que o ordenamento jurídico estabelecido através das leis validamente ditadas e vigentes".<sup>12</sup> Assim, no Estado Liberal, essa posição buscava uma verdadeira separação dos poderes, impedindo que os juizes criassem o direito e, ao mesmo tempo, viessem a invadir a esfera de competência do Poder Legislativo. Por tudo isso, para a escola do positivismo exegético, toda interpretação da lei deveria sempre estar baseada na vontade do legislador.

Mais tarde os juristas perceberam que o Código não era capaz de cobrir toda a realidade. Dessa forma, para superar certas limitações existentes na escola do positivismo exegético, surgiu o positivismo normativista, preocupado principalmente com o problema da indeterminação do sentido do direito e com o esgotamento do método sintático-semântico de interpretação dos códigos. É nesse contexto que aparece a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, com o intuito de construir uma teoria do direito com maior rigor científico e reforçar o método analítico apresentado pelos conceitualistas, em contraposição a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre. Para Kelsen, estas duas correntes do pensamento jurídico favoreciam a perda do rigor jurídico no momento da interpretação do direito, pois permitiam o surgimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos. Desse modo, Kelsen buscou construir uma ciência do direito que não sofresse nenhum tipo de influência político-ideológica, numa relação muito próxima com o pensamento neopositivista desenvolvido pelo Círculo de Viena.<sup>13</sup> Ao mesmo tempo, Kelsen acabou reproduzindo a separação entre racionalidade teórica e racionalidade prática, elemento que perpassou por toda a tradição do pensamento metafísico. Assim, Kelsen afastou os problemas mais pragmáticos para se dedicar principalmente a construção de uma epistemologia do direito, capaz de anular qualquer elemento em condição de prejudicar a pureza e

---

Direito, logo nos primeiros momentos da Revolução Francesa, o Poder Judiciário recebeu a tarefa de apenas funcionar como a "boca inanimada da lei", já que lhe cabia a simples função de apenas aplicar as leis aprovadas pelos representantes do povo. Mais tarde, com a institucionalização da Revolução, a magistratura foi constituída como cargo burocrático do Estado, "concebendo-se o Judiciário como personagem sem rosto da ordem racional-legal do Estado de Direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito".

<sup>12</sup> Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 17.

<sup>13</sup> Cf. REALE, Giovane e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia. III: Do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991, p. 990. De acordo com Giovane Reale e Dario Antiseri, "o pensamento desse grupo adquiriu a denominação de neopositivismo ou positivismo lógico e se caracterizou pela firme atitude antimetafísica e por toda uma série de aprofundadas análises de grande relevância sobre a linguagem, a estrutura e os métodos das ciências naturais e sobre os fundamentos da matemática". Assim, a partir da influência do Círculo de Viena, é possível compreender a preocupação de Kelsen com a construção de uma epistemologia Direito, livre das influências político-ideológicas.

o rigor científico de sua teoria. Nesse sentido, Luis Alberto Warat afirmava que,

A Teoria Pura do Direito, ao ser reduzida a um conceitualismo presente tanto no idealismo crítico como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores codeterminantes da realidade jurídica, como também sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos jurídicos enquanto prática jurídica concreta.<sup>14</sup>

Dessa forma, para o positivismo kelseniano, a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito deveria ser completamente diferente da interpretação realizada pela ciência do direito, pois, no primeiro caso, a interpretação ocorreria como ato de vontade, permitindo ao órgão aplicador do direito uma escolha entre diversas possibilidades existentes; já no segundo caso, a interpretação efetuada pela epistemologia do direito deveria ser um ato de conhecimento, preocupado apenas com o estabelecimento das possíveis significações de uma norma jurídica e, portanto, devendo afastar qualquer tentativa de univocidade do significado da norma, já que Kelsen considerava como ficção política, a tentativa de formar uma resposta correta. Assim, para o positivismo normativista a ciência do direito não deveria se preocupar com o problema da decisão judicial, pois, diante da separação entre racionalidade teórica e racionalidade prática, estabelecida pelo pensamento metafísico, toda a complexidade do mundo prático seria colocada fora da ciência do direito, deixando para a política do direito a escolha entre as diversas possibilidades de aplicação da norma. Desse modo, Hans Kelsen afirmava que,

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer — segundo o próprio pressuposto de que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.

Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.<sup>15</sup>

Nesse sentido, é possível afirmar que Kelsen acabou ampliando o problema semântico da interpretação, reforçando a discricionariedade do interprete na metáfora da "moldura da norma". Ao perceber que esse problema não poderia ser corrigido no nível da pragmática, Kelsen resolveu fazer ciên-

---

<sup>14</sup> Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 132.

<sup>15</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

cia apenas na ordem das proposições jurídicas, abandonando para um segundo plano o problema da realização concreta do direito. Dessa forma, para superar o positivismo normativista é necessário muito mais do que simplesmente afirmar que o juiz já não é mais a “boca da lei”. Aquele positivismo primitivo, chamado de exegético, há muito tempo já foi superado pelo positivismo nomativista de Kelsen.

Atualmente, o problema do positivismo pós-exegético se encontra em outro ponto: no poder discricionário, delegado em favor do juiz para preencher os espaços da “zona de incerteza” presentes nos “casos difíceis”. E isso é um problema de democracia, pois ao conceder um grau de liberdade ao juiz, para que este atribua de maneira arbitrária o sentido de uma legislação, produzida democraticamente pelo legislador, o positivismo normativista acabou por garantir um salvo conduto para os juízes, para que estes venham a invadir constantemente a esfera de atuação do Poder Legislativo. A partir da discricionariedade os juízes insistem em confundir o ato da decisão judicial com escolhas políticas, numa posição inteiramente eivada pela subjetividade da filosofia da consciência. Em tempos de Constitucionalismo Democrático é extremamente arriscado continuar apostando em teses voluntaristas. Faz-se necessária a superação dessas posições, que, de alguma maneira, ainda permanecem inseridas no paradigma da filosofia da consciência. Nesse sentido, o Constitucionalismo Contemporâneo também necessita de um novo paradigma filosófico, que supere a filosofia da consciência e seja capaz de desvelar muitas questões que ainda permanecem em oculto entre os juristas.

### 3. A VIRAGEM ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A SUPERAÇÃO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

Para compreender a discricionariedade, presente no positivismo pós-exegético, é necessário levar em consideração às transformações que ocorreram no pensamento metafísico, passando pelo período clássico, onde predominou uma postura mais objetivista, até a chegada da modernidade, com o surgimento da filosofia da consciência (tradição filosófica na qual está inserido o positivismo normativista). Nesse sentido, no período clássico, a metafísica afirmava que o sentido se encontrava nas próprias coisas, já que em todas elas havia uma essência. Em *Crátilo*, a primeira obra filosófica a tratar do problema da linguagem, Platão buscou, a partir da dialética, construir uma posição intermediária entre a tese defendida pelo naturalismo (onde cada coisa teria um nome por natureza) e o convencionalismo (onde a relação do nome com as coisas deveria se estabelecer de maneira arbitrária), sustentando um papel secundário para a linguagem, já que o conhecimento da reali-

dade poderia ser realizado independentemente dela.<sup>16</sup> Foi a partir desse momento que Platão começou a esconder o ser, descoberto anteriormente pelos pré-socráticos, mormente em Heráclito.

Mais tarde, em Aristóteles, a metafísica apareceu como ciência primeira, fornecendo o fundamento comum a todas as demais ciências, já que antes da filosofia kantiana e do *cogito* de Descartes, o sentido era dependente inteiramente dos objetos. Assim, mesmo não aceitando que a linguagem pudesse ter autonomia com relação aos objetos, Aristóteles acabou por colocar a linguagem em um plano secundário, fazendo com que o sentido das palavras fosse encontrado apenas na essência das coisas.<sup>17</sup> Por outro lado, é possível encontrar, ainda no medievo, uma posição crítica a esse essencialismo presente na metafísica aristotélica, principalmente a partir de Guilherme de Ockham, que ao defender a inexistência dos universais nas coisas, passou a trabalhar apenas com os nomes, sustentando a impossibilidade deles possuírem alguma relação direta com os objetos. Desse modo, a partir desse misto de conceitualismo e nominalismo presente na obra de Ockham, a linguagem recebeu um novo tratamento, abandonando a obscuridade para a qual foi relegada durante a metafísica clássica.

Mas foi a partir da modernidade, com o surgimento do sujeito solipsista e com a superação do objetivismo, presente na metafísica clássica, que o homem deixou de se sujeitar as estruturas e passou a assujeitar às coisas, fazendo com que o mundo passasse a ser explicado por meio da razão.<sup>18</sup> Assim, é nesse ambiente da filosofia da consciência que o positivismo normativo deve ser analisado, onde todas as teorias discricionárias encontram-se devidamente inseridas no sujeito solipsista, uma construção da modernidade que ainda continua muito presente no direito, mesmo após todas as transformações ocorridas na filosofia por meio do giro ontológico-linguístico. Diante da crise desse paradigma metafísico (clássico e moderno), a filosofia hermenêutica, de Heidegger, e a hermenêutica filosófica, de Gadamer, oferecem uma nova possibilidade para a compreensão do direito, permitindo o ingresso do mundo prático na filosofia e o completo desaparecimento do sujeito como fundamento do conhecimento.

O pensamento de Heidegger procurou desvelar aquilo que ficou impensado durante toda a tradição metafísica: o sentido do ser. Para superar esse ocultamento, a fenomenologia heideggeriana se apresentou como anti-

---

<sup>16</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 17 a 23.

<sup>17</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10<sup>o</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 156 a 162.

<sup>18</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13.

poda da subjetividade apresentada pela tradição metafísica. Nesse sentido, a filosofia heideggeriana buscou compreender o ser do ente na sua historicidade, no seu acontecer concreto, na sua faticidade, indo além das dissimulações da vida, para superar o grande equívoco cometido pelo pensamento metafísico, que chamou de ser, o que não era o ser, mas sim o ente. Portanto, foi necessário deslocar o olhar do ente em direção ao ser, de forma que o oculto pudesse se manifestar, conforme afirmou Gadamer:

(...) para que algo se mostre é necessário um desentranhamento do encoberto, a fim de que ele possa chegar a mostrar-se. Portanto, a palavra “fenomenologia” não significa apenas “descrição daquilo que é dado”, mas inclui a supressão do encobrimento que não precisa consistir apenas em falsas construções teóricas.<sup>19</sup>

Assim, Heidegger construiu uma teoria do ser que se desenvolveu mediante o método fenomenológico, não no mesmo sentido da fenomenologia aplicada por Husserl,<sup>20</sup> mas a partir da finitude da compreensão enquanto condição de acesso ao ser, fazendo com que todo o questionamento pelo sentido do ser estivesse sempre ligado ao tempo. Essa finitude da compreensão não se constituiu em uma limitação a tarefa do labor filosófico, de pensar o sentido do ser, mas apareceu como condição de possibilidade para o pensamento, diante da temporalidade da existência, fazendo com que a busca pela compreensão, do sentido do ser, levasse sempre em consideração a sua ambiguidade, a partir da idéia de verdade e não-verdade, de velamento e desvelamento, apontando para a incompletude da compreensão do ser, que sempre deve ocorrer na faticidade do ser-aí. Nesse sentido, o professor Stein afirma que:

A finitude da compreensão do ser em que se movimenta o ser-aí se revela precisamente no seu modo de acesso ao ser e no modo de acesso do ser a ele. Na compreensão do ser prevalece o velamento; o homem somente compreende o ser ligado ao velamento imposto pela finitude do próprio homem.<sup>21</sup>

Por meio de uma analítica existencial, Heidegger pretendeu chegar ao fenômeno da temporalidade e, a partir desse elemento, compreender a ques-

---

<sup>19</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. Vol. II. Tradução de Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 16.

<sup>20</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: ed. Movimento, 1983, p. 51. Ernildo Stein ressalta esta diferença entre os dois filósofos ao afirmar que: “(...) ainda que tenha sido decisiva a presença de Husserl na elaboração das intuições heideggerianas, nos momentos decisivos os caminhos se separam. A fenomenologia que Heidegger elaborou, premido por grandes interrogações que trazia de sua juventude, se constituiria no instrumento que aprofundaria sempre mais as diferenças entre os dois filósofos”.

<sup>21</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: ed. Movimento, 1983, p. 49 e 50.

tão do sentido do ser. Desse modo, a ontologia fundamental heideggeriana foi a analítica existencial, o que fez com que o filósofo rejeitasse a ontologia da coisa como possibilidade de compreensão ontológica do homem e, conseqüentemente, acabasse superando o pensamento metafísico, já que, segundo o filósofo, essa tradição de pensamento fez uma análise insuficiente do homem e, portanto, não foi capaz de alcançar uma resposta satisfatória para a questão do ser.

Assim, para superar esses equívocos cometidos pelo pensamento metafísico, a diferença ontológica e o círculo hermenêutico tiveram um papel fundamental e necessário para pensar aquilo que permaneceu impensado: o sentido do ser. Dessa forma, a hermenêutica deixou de ser simplesmente uma técnica para a interpretação de textos — como aconteceu durante o contexto da Reforma Protestante e do Humanismo Renascentista — e passou a ser filosófica.

Mais tarde, esses pressupostos do pensamento heideggeriano foram fundamentais para dar consistência ao projeto hermenêutico de Gadamer, pois o filósofo colocou a linguagem no ponto mais elevado da filosofia, como condição de possibilidade para a compreensão de uma coisa que somente existe para o homem quando é simbolizada por meio da linguagem; logo, é impossível falar sobre algo que não é alcançado pelos símbolos da linguagem, pois se encontraria fora da realidade humana. A linguagem se transformou no centro da reflexão filosófica, não como posição meramente nominalista, que reduz a linguagem somente a uma questão de palavras, mas como mediador do significado e do sentido de algo, superando o entendimento de que há um sujeito cognoscente separado do objeto, capaz de aprendê-lo por meio de um instrumento chamado linguagem. Nesse sentido, de acordo com Lenio Streck,

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade*. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. *Não há coisa alguma onde falta a palavra*. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.<sup>22</sup>

Conseqüentemente, o desenvolvimento da hermenêutica, em Gadamer, deixou de ser um método normativo para tornar-se filosofia, rompendo

---

<sup>22</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 254 e 255.

com uma linha metafísica de interpretação meramente reprodutiva, onde o texto sempre possuía um sentido autônomo. O modelo gadameriano buscou uma interpretação do texto em sua faticidade e existência, ou seja, em sua concreta situação histórica, superando o dualismo metafísico que separava os fatos sociais da norma jurídica. Assim, todas essas transformações filosóficas levaram a interpretação para um contexto existencial, onde quem interpreta também se autocompreende simultaneamente, em um movimento circular que sempre deve levar em conta a faticidade e a historicidade do intérprete, pois é aí que se encontra a pré-compreensão, como condição de possibilidade para toda interpretação.

O giro hermenêutico não deve ser reduzido a um conjunto de métodos capazes de encontrar certezas jurídicas absolutas; a hermenêutica filosófica, apresentada por Gadamer, sempre vai partir de uma situação hermenêutica, a partir de uma tradição, pois é impossível que o intérprete coloque-se fora dela. Dessa forma, a viragem ontológico-linguística foi capaz de abrir novas possibilidades para a compreensão do Direito e, portanto, em tempos de superação do sujeito solipsista pela filosofia hermenêutica, de Heidegger, e pela hermenêutica filosófica, de Gadamer, é impossível continuar insistindo com o positivismo jurídico ou com qualquer outra posição que permaneça apostando em uma tese voluntarista (discricionariedade) para a elaboração de uma teoria da decisão.

#### 4. O PODER JUDICIÁRIO E A RESPOSTA CORRETA: UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA

O Estado Democrático de Direito deve funcionar como fiador do bem-estar social, pautando sua atuação no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da incorporação, em seu ordenamento constitucional, de toda a temática de inclusão social. Ao estabelecer esse novo paradigma estatal, a Constituição brasileira consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, impondo uma obrigação constitucional aos órgãos de direção político-administrativa, aos legisladores e aos tribunais, de pautarem suas respectivas atividades de acordo com este princípio.<sup>23</sup> Desse modo, com um ordenamento jurídico constituído nesses parâmetros,

---

<sup>23</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10<sup>o</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27 e 28. Segundo Lenio Streck, os benefícios de um Estado intervencionista-desenvolvimentista-regulador foram sentidos apenas pela elite brasileira. Ele afirma que, “o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi — especialmente no Brasil — pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram / aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo / loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, custou a estabilidade do emprego para os milhões de brasileiros!”

impõe-se a atividade estatal um conteúdo de profunda transformação social, pois, de um modelo de Constituição formal, onde o Direito recebia apenas o papel de ordenação do Estado, passou-se ao Direito transformador da sociedade, no sentido de buscar a concretização da Democracia.

Para alcançar a realização desse novo paradigma constitucional, é preciso enfrentar alguns problemas de teoria do Direito, que, de certo modo, impedem a formação de um autêntico Estado Democrático de Direito no contexto brasileiro. Dessa forma, para impedir que os alicerces da democracia representativa sejam abalados, faz-se necessária a construção de uma teoria da decisão judicial preocupada em impedir que o poder dos juízes se sobreponha ao próprio Direito, pois a nova reconfiguração ocorrida nas esferas de tensão dos Poderes, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, fez com que o caráter hermenêutico do Direito aumentasse significativamente, fazendo com que a decisão judicial se transformasse no grande dilema da contemporaneidade.

Uma teoria da decisão judicial, necessária em um Estado Democrático de Direito, não é o mesmo que diminuir o papel da atividade jurisdicional, mas, ao contrário, deve ser construído no sentido de fazer com que os juízes atribuam o melhor sentido possível para o Direito, fugindo do velho problema engendrado pela filosofia da consciência: a discricionariedade.<sup>24</sup> É possível afirmar que no contexto brasileiro essa discricionariedade tem assumido contornos dramáticos, principalmente diante das várias mixagens de posturas objetivistas e subjetivistas, ao fazer com que um mesmo tribunal ora assumisse uma posição objetivista, onde a lei vale tudo, ora assumisse uma posição subjetivista, onde a lei não vale absolutamente nada. Por isso, frente às crescentes demandas sociais, que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos, a posição substancialista, adotada neste trabalho, entende que o Poder Judiciário deve colocar em evidência todas as conquistas democráticas positivadas na Constituição, contra qualquer maioria eventual que coloque em risco a aplicabilidade desses direitos. Para tanto, esse intervencionismo substancialista, não deve ocorrer no sentido de um ativismo político-ideológico, sustentado pela discricionariedade, mas, ao contrário, deve ser

---

<sup>24</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 14<sup>o</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 361. As teses instrumentalistas defendem a discricionariedade judicial, mostrando-se totalmente comprometida com a filosofia da consciência. De acordo com Dinamarco, “ser sujeito a lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito de seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito”.

determinado pela busca de uma maior efetividade dos preceitos e princípios insitos aos Direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição de 1988.<sup>25</sup>

Assim, esse aumento da dimensão hermenêutica não condenou o direito ao solipsismo da metafísica moderna.<sup>26</sup> Essa arbitrariedade, muitas vezes presente na decisão judicial, compromete ainda mais a realização do Estado Democrático de Direito, transformando o regime democrático em uma República de Magistrados. É necessário frisar, que a partir do giro ontológico-linguístico, o sujeito solipsista deve desaparecer e, portanto, é inadmissível que os juízes continuem a decidir conforme a consciência,<sup>27</sup> blindando o direito contra todas as transformações ocorridas na filosofia. É preciso compreender que essa (re)definição constitucional, do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, não elevou a sua posição institucional a uma atuação totalmente arbitrária, livre de qualquer controle democrático.

---

<sup>25</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.145. Diferentemente da posição adotada neste trabalho, o procedimentalismo habermasiano não considera auto-evidente a existência de Tribunais Constitucionais com a devida predominância para buscarem a concretização constitucional no Estado Democrático de Direito. Segundo este mesmo autor, a juridificação, própria do Constitucionalismo do segundo pós-guerra, é responsável pelo que ele chama de colonização do mundo da vida, e, por isso, a atividade desses Tribunais deveria ficar restrita a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se apenas a garantir um processo de criação democrática do Direito. Segundo Lenio Streck, o equívoco em Habermas começa com o não reconhecimento da superação do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito, ignorando todo um processo de revitalização do Direito com relação à razão política. Dessa forma, se no Estado Social o Direito tinha uma função meramente promotora, no Estado Democrático de Direito o Direito passa a ter uma função transformadora, numa circunstância em que o pólo de tensão para a concretização dos direitos humanos fundamentais é transferido para o Poder Judiciário. Portanto, a partir dessa transformação constitucional, Lenio afirma que, “a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirígentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição”.

<sup>26</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 42. Em sentido oposto a posição sustentada neste trabalho, Mauro Cappelletti afirma que, “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias”.

<sup>27</sup> Cf. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: Bricolagem de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 265. De acordo com Alexandre Morais da Rosa, “a proposta está baseada nas modificações do Estado liberal rumo ao Estado Social, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos escopos processuais, com forte influência da filosofia da consciência”.

Diante de todas as mudanças paradigmáticas, é necessário construir as condições imprescindíveis para que o poder dos juízes não se sobreponha ao direito, o que exige, com toda a certeza, a superação do positivismo normativista. Em pleno paradigma intersubjetivo, como foi exposto no capítulo acima, não é mais possível continuar apostando no protagonismo do sujeito-intérprete, sustentado no esquema que ainda separa o sujeito do objeto.<sup>28</sup> Com isso, a hermenêutica não excluiu o sujeito presente em qualquer ato de compreensão, mas passou a sustentar a necessidade de condições de verificação sobre a veracidade da decisão tomada pelo juiz, estabelecendo amplas possibilidades de controle da decisão, compatíveis com o regime democrático. Por isso, de acordo com o Lenio Streck, “mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas é uma necessidade”.<sup>29</sup>

Assim, é no pensamento pós-positivista de Ronald Dworkin que essa questão passou a ser tratada com maior afinco, ao levar em consideração a interpenetração entre direito e política e o vínculo existente entre direito e moral, numa reflexão completamente oposta as posições assumidas pelo positivismo normativista. A contribuição de Dworkin para a superação do problema da interpretação das normas jurídicas foi de fundamental importância, pois, ao defender, por meio da integridade do Direito, a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, ele superou a discricionariedade judicial<sup>30</sup> e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Dworkin enfrentou um problema que não havia recebido a devida atenção do positivismo normativista, como a interpretação e os limites da decisão judicial, já que nesta corrente de pensamento predominava uma posição conceitualista da regra, permitindo que os juristas aceitassem múltiplas respostas, em uma postura completamente desvinculada do mun-

---

<sup>28</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 45. Segundo Ernildo Stein, “já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo. O contrário também vale: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos”, portanto, “há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico”.

<sup>29</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390.

<sup>30</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 216. Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, “(...) fica claro porque Dworkin não aceita nenhum tipo de discricionariedade judicial: permitir que o juiz decida de modo a inovar na seara jurídica pode representar um exercício arbitrário (não justificado em princípios da comunidade moral) da coerção estatal colocando-se no tênue liame que sustenta o exercício legítimo da força e a exceção”.

do prático.<sup>31</sup> Com Dworkin a hermenêutica não negou a existência de múltiplos significados para um texto, mas apenas rejeitou algumas posturas analíticas que tenta(ram) estabelecer o sentido antes mesmo da aplicação da norma. Para buscar a resposta correta é necessário um esforço de reconstrução institucional do direito, a partir da coerência e da integridade, pois:

As proposições dependem do contexto em que são situadas, do seu contexto histórico, cultural e até do contexto subjetivo. O que significa isso? Que é preciso interpretar a linguagem, interpretar as proposições e talvez descobrir que há uma verdade que é o lugar da proposição.<sup>32</sup>

Para falar em respostas corretas não é preciso congelar o sentido das normas, numa tentativa de interpretar a partir de uma posição estabelecida fora da história, como se fosse possível um deslocamento para fora de uma determinada cultura e de um determinado contexto. No paradigma do positivismo normativista, o mundo prático está obnubilado pelas conceitualizações metafísicas e, por isso, a tentativa de abarcar todas as futuras hipóteses de aplicação e interpretação, como acontece com as súmulas vinculantes, no formato adotado pelos tribunais, acaba transformando a linguagem em um simples veículo de conceitos abstratos, com a pretensão de alcançar a totalidade dos casos concretos. É preciso compreender que não existem mais modelos fixos, onde os juristas estariam previamente constrangidos a fazer suas interpretações. A partir da hermenêutica ocorre uma libertação de conteúdos rígidos, pois a linguagem, enquanto condição de possibilidade para a compreensão do direito, sempre será condicionada por processos históricos e culturais.

Quando Dworkin demonstrou a possibilidade de respostas corretas no direito, não o fez no sentido de reproduzir o velho conceitualismo presente no pensamento positivista, mas, pelo contrário, o fez no sentido de enfrentar a indeterminação do direito, rejeitando completamente a ideia de delegação ao juiz para preenchimento das chamadas lacunas. Desse modo, para enfrentar a discricionariedade, toda interpretação jurídica deve ser perpassada por argumentos de princípio, numa construção coerente que sempre leve em conta uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, para fundamentar e justificar a decisão judicial. Assim, Dworkin não resgatou uma espécie de completude metafísica do Direito, mas, pelo contrário,

---

<sup>31</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, 1<sup>o</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 179 e 180.

<sup>32</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2<sup>o</sup> ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 20.

Dworkin reconhece uma insuficiência do modelo estritamente teórico de fundamentação, mas debela qualquer possibilidade de lacuna visto que, para ele, a argumentação jurídica está vinculada a critérios práticos de justificação que remetem para padrões prévios de conduta chamados *princípios*<sup>33</sup>.

Portanto, no “método” do juiz Hércules, preconizado por Dworkin, todas as decisões judiciais estão obrigadas a justificar e fundamentar suas posições, com argumentos de princípio, sempre buscados a partir de uma reconstrução institucional do direito. Dworkin apresentou uma teoria pragmática, onde o direito passou a aparecer como uma prática interpretativa preocupada com o resultado da decisão, o que, hodiernamente, obriga a teoria do direito a abandonar as velhas posições discricionárias em favor de uma postura coerente com todos os princípios que compõem a integridade moral de uma comunidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto acima, para construir uma teoria da decisão judicial, compatível com a nova realidade constitucional, faz-se necessário superar o pensamento positivista (normativista), enfrentando alguns problemas ocultados por esta corrente: como a interpretação e a discricionariedade judicial. De fato, com as transformações ocorridas a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, as condições do Poder Judiciário, para garantir a materialização dos direitos recentemente constitucionalizados, foram favorecidas e, conseqüentemente, acabaram transformando este espaço institucional em um importante lugar para a concretização da plena cidadania no contexto brasileiro. Desse modo, diante do deslocamento da esfera de tensão, até então apoiada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais, o Constitucionalismo Contemporâneo passou a exigir uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário, como condição de possibilidade para superar a postura absentéista do juiz como “boca inanimada da lei”, predominante no modelo liberal-individualista do positivismo exegético. No entanto, esse deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário, não deve(ria) ser encarado como a solução para todas as deficiências institucionais do Estado brasileiro.

Assim, o presente trabalho analisou o papel do Poder Judiciário na contemporaneidade e apresentou a possibilidade de construir uma teoria da decisão judicial sem discricionariedade. Para isso, foram criticadas todas as posturas que apostam no protagonismo judicial como resposta para o pro-

---

<sup>33</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 177.

blema da inefetividade da Constituição, já que, a insistência do pensamento dogmático, em continuar apoiando-se no positivismo normativista, tem colaborado ainda mais para o despreparo do Poder Judiciário, já que todas as transformações ocorridas na filosofia, a partir do giro ontológico-linguístico, não foram devidamente recepcionadas pelo Direito. Dessa forma, a superação do paradigma positivista foi apresentada como condição de possibilidade para a realização do Estado Democrático de Direito, pois, com a sobrevivência do positivismo jurídico, os juristas acabam se mantendo numa condição completamente despreparada para enfrentar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial.

Por conseguinte, a forte resistência do pensamento positivista diante das transformações implementadas pela viragem ontológico-linguística, no campo da filosofia, vem evitando o acontecer do novo Constitucionalismo. Nesse sentido, é no pensamento pós-positivista, com Ronald Dworkin, que essa questão foi tratada com maior afinco, levando em consideração a interpenetração entre direito e política e o vínculo existente entre direito e moral, numa reflexão completamente oposta as posições assumidas pelo positivismo. O trabalho demonstrou que a contribuição de Dworkin para a superação da discricionariedade, na interpretação das normas jurídicas, é de fundamental importância, pois, ao defender, por meio da integridade do Direito, a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, Dworkin superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito. Assim, Dworkin enfrentou um problema que não havia recebido a devida atenção pelo pensamento positivista, como a interpretação e os limites da decisão judicial, já que, nesta corrente de pensamento, os juristas aceitam antecipadamente múltiplas respostas possíveis sem nenhum vínculo direto com o mundo prático. Com Dworkin a hermenêutica não nega a existência de múltiplos significados para um texto, mas rejeita as posturas analíticas que tentam estabelecer significados *in abstracto*.

Portanto, diante das transformações filosóficas que superaram a tradição do pensamento metafísico, o presente trabalho demonstrou que não faz mais sentido continuar apoiando-se no paradigma positivista, como resposta para os problemas complexos enfrentados pelo Direito. Para que o Poder Judiciário tenha uma atuação em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, é necessário encarar aquilo que o pensamento positivista ocultou, deixando numa posição secundária questões jurídicas mais pragmáticas, como a interpretação, a discricionariedade e a decisão judicial. Assim, levar em consideração a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin, é condição de possibilidade para superar o positivis-

mo e elaborar uma teoria da decisão livre de qualquer tipo de protagonismo judicial.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: ed. Ícone, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14<sup>º</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica.** Vol. II. Tradução de Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno.** Madrid: Trotta, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?** In: Novos Estudos Cebrap, n. 31, out/1991.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia.** vol. III, 5<sup>º</sup> ed., São Paulo: Paulus, 1991.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: Bricolagem de Significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano.** Porto Alegre: ed. Movimento, 1983.

\_\_\_\_\_. **Aproximações sobre Hermenêutica.** 2º ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise.** 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **O que é isto — decido conforme minha consciência?** — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso.** 4º ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II.** Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1995.



# PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE JUNHO A SETEMBRO DE 2013 A PARTIR DA PROPOSTA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

---

*Denise Almeida de Andrade\**  
*Roberta Laena Costa Jucá\*\**

## **Resumo**

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, rompendo com um regime autoritário e apresentando o pacto democrático e a possibilidade/necessidade de participação popular para a real existência desse sistema político. No Brasil, às vésperas dos 25 anos da promulgação da CF/88, garantir a participação popular é um desafio, não só pela apatia da população, mas também pela resistência imposta pelo poder público. Os eventos ocorridos de junho a setembro de 2013 demonstram que é possível romper a barreira do comodismo, mas lançam a dúvida sobre o potencial de se consolidar essas iniciativas. Faz-se necessário refletir sobre esse momento à luz da proposta de uma democracia deliberativa, que de *per se* mostra-se reptante, em especial, por não se poder antever as reais contribuições que essas mobilizações podem trazer para a democracia brasileira.

## **Palavras-chave**

Democracia. Participação Política. Manifestação Popular. Democracia Deliberativa.

## **Abstract**

The Constitution of 1988 inaugurated a new legal order, breaking with authoritarian rule and presenting the democratic pact and the possibility / need for popular participation to the actual existence of this political system. In Brazil, on the eve of the 25th anniversary of the promulgation of CF/88, ensure popular participation is a challenge, not only by the apathy of the population, but also by the resistance imposed by the government. The events from June to September 2013 show that it is possible to break the barrier of complacency, but cast doubt on the potential to strengthen these initiatives. It is necessary to reflect on this moment in the light of the proposal of a deliberative democracy, which in itself shows up reptile, especially for not

---

\* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, bolsista CAPES-PROSUP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do Instituto Mirá. Professora Universitária.

\*\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Universitária. Analista do TRE. Membro do Instituto Mirá.

being able to foresee the real contributions that these demonstrations may bring Brazilian democracy.

**Keywords**

Democracy. Politics Participation. Popular Manifestation. Deliberative Democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

No Estado Neoconstitucional, cristalizado no Brasil em 1988, tem-se a proeminência dos direitos humanos e fundamentais e da Constituição. Tais elementos só encontram lugar em um Estado Democrático de Direito: direitos humanos e fundamentais e democracia, portanto, não podem ser dissociados, pois dependem um do outro para ter existência.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 resguarda o princípio da soberania popular, ao consagrar a democracia semidireta e permitir a real participação do povo na formação da vontade pública. Tem-se, então, no Brasil, uma democracia participativa.

Ocorre que, não obstante esse cenário, a realidade brasileira sempre apresentou um déficit participativo: a participação política no Brasil esteve em crise durante muitos anos. Os mecanismos participativos formais e informais sempre foram pouco utilizados pelos cidadãos e as ações coletivas pouco atenderam às expectativas do regime democrático.

Surpreendentemente, de junho a setembro de 2013, o País experienciou uma mobilização popular singular, a partir da qual uma série de questionamentos tem se acumulado no entorno das discussões sobre a democracia brasileira. Desta forma, entende-se indispensável analisar referidos eventos a partir de um olhar sobre a relevância da participação popular para um Estado democrático e de modelos participativos mais coerentes com a efetiva realização da democracia.

Diante disso, objetiva-se questionar a apatia política vivenciada no Brasil e a ruptura desse cenário com as mobilizações de junho a setembro de 2013, a partir de reflexões sobre possíveis causas e implicações para o regime democrático, para, empós, analisar a democracia deliberativa como possível modelo de superação do déficit participativo.

Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa teórica em doutrina especializada no tema e jornais de grande circulação no País.

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO POPULAR: BREVES NOTAS SOBRE A ATUALIDADE

Com o advento da Constituição de 1988, consolidou-se no Brasil o Estado Neoconstitucional. O Neoconstitucionalismo tem a marca, no aspecto filosófico, do pós-positivismo (superação das correntes jusnaturalista e juspositivista, reverenciando a Constituição como sistema aberto de valores, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, e agregando às normas os valores que traduzem os direitos mais fundamentais do ser humano) e, no campo teórico, caracteriza-se pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo surgimento de um novo paradigma da interpretação constitucional (sentimento constitucional e possibilidade de participação do povo no processo hermenêutico) (BARROSO, 2007, p. 203-249).

O Estado Neoconstitucional é dotado de uma Constituição Dirigente, o que significa que o documento político constitutivo do Estado afigura-se também um projeto para o futuro, um plano nacional de desenvolvimento a ser seguido pelos entes federativos, como forma de alcançar os fins do Estado. “O sentido da constituição dirigente no Brasil está vinculado [...] à concepção de constituição como um projeto de construção nacional” (BERCOVICCI, 2007, p. 167-175), e só faz sentido “enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como necessárias para a superação do subdesenvolvimento [...]” (BERCOVICCI, 2007, p. 167-175).

Destaque-se que o Estado da Constituição e dos direitos fundamentais só tem razão de ser em um Estado Democrático de Direito, à medida que aquele só existe se assegurar direitos fundamentais e estes só têm lugar em um Estado Democrático de Direito.

Surgido no final do século XX, em resposta às deficiências do Estado Social, o Estado Democrático de Direito confere ao povo o exercício do poder de que este é titular. Caracteriza-se, pois, pela ampla participação popular na formação da vontade política e na real possibilidade de fiscalização dos atos de governo por parte dos cidadãos, sendo a soberania popular o princípio basilar desse tipo de Estado. Assegura, ademais, um sistema de direitos fundamentais delineado em uma Constituição.

Nesse sentido, resume José Afonso da Silva (1999, p. 126):

são vetores do Estado Democrático de Direito os princípios da constitucionalidade (Estado fundado em uma Constituição), da democracia (Estado cujo regime político é a democracia), do sistema de direitos fundamentais (Estado garantidor de tais direitos), da justiça social (Estado que prioriza a ordem social e cultu-

ral), bem como os postulados da igualdade, divisão de poderes, legalidade e segurança jurídica.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o Estado Democrático de Direito está insculpido no art. 1º da Carta Magna, garantindo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a existência de um regime democrático e a possibilidade de real e efetiva participação popular. Por isso, tem-se uma democracia semidireta, com instrumentos participativos, denominada pela doutrina democracia participativa (BONAVIDES, 2003).

Com arrimo nesse postulado, ao longo do texto constitucional há inúmeros dispositivos que possibilitam a participação do povo na formação da vontade pública. Mas, se é verdade que os instrumentos clássicos de participação estão preconizados no art. 14 (plebiscito, referendo e iniciativa popular), não é menos verdade que a Constituição Federal de 1988 prevê outros mecanismos participativos, como o direito de petição aos poderes públicos (art. 5º, XXXIV), a ação popular (art. 5, LXXIII), a participação da comunidade no Conselho da República (art. 89, VII), na seguridade social (art. 194, VII), nas ações e serviços de saúde (art. 198, III), na educação (art. 205) etc. Consta-se, pois, que a Ordem Jurídica brasileira assegura o regime democrático em sua forma participativa.

Eis, portanto, a cenário teórico-normativo brasileiro no que concerne ao regime político adotado e à possibilidade real de participação do povo na formação da vontade pública.

### 3. CRISE DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

Não obstante as previsões constitucionais permitindo a participação popular nas instâncias públicas de decisão, e sem desconsiderar os inúmeros episódios históricos em que se contou com efetiva participação popular (CARVALHO, 2003), o que se vinha constatando no Brasil de hoje era o pouco uso, por parte do povo, dos mecanismos participativos formais e informais.

De fato, não se tinha — e ainda não se tem — uma cultura participativa forte, em que os cidadãos usem conscientemente e com frequência os instrumentos de participação popular. Poucos são os que conhecem e fazem uso desses mecanismos ou se interessam pelo engajamento social; a apatia<sup>1</sup> política sempre predominou em terra brasileira.

---

<sup>1</sup> Adota-se neste trabalho o termo apatia de forma ampla, não obstante a doutrina distinga apatia (ausência de estímulo à participação) de abulia (recusa à participação) e acracia (impossibilidade de participação). MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Direito de participação política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

[...] em que pesem as inúmeras formas de participação social disponíveis, o comodismo e a apatia dos atores sociais é evidente. Prova disto é o escasso número de ações populares ajuizadas, em uma nítida demonstração de que a coisa pública — a *res publica* — geralmente, não é considerada pelos cidadãos como pertencente a todos (CUNHA: *on line*).

E o que é mais grave: possuir conhecimento sobre os instrumentos de democracia direta e ter consciência de sua importância não são suficientes para estimular seu uso; na prática democrática brasileira, mesmo os mais politizados raramente manejam esses mecanismos ou se interessam por algum tipo de participação política. Como denota a doutrina, “[...] os instrumentos constitucionais do plebiscito, referendo e iniciativa popular possuem prática tão exígua no Brasil [...]” (LIMA, 2003, p. 203).

Constata-se que, de um modo geral, a participação popular no Brasil nunca correspondeu às expectativas democráticas, seja no âmbito informal, seja na esfera formal. E são várias as razões que se atribuem a tal fato: visão utilitarista da sociedade, clientelismo e manipulação, falta de informação e capacitação, escassez de tempo, desinteresse das pessoas, tensão democracia-governabilidade etc.

[A crise da participação política] É uma crise que não é mais que o reflexo do atual universo ontológico dominado pelo *homo economicus*, no qual as relações intersubjetivas são concebidas como uma luta egoísta entre indivíduos pré-sociais e não como pertencentes a uma comunidade e responsáveis por ela (MARTÍN *apud* LOPES, 2006, p. 21-34).

Com efeito, a proeminência do mundo econômico e dos valores do capitalismo estimula a individualidade, a aquisição de bens, a satisfação pessoal e o desapego ao que é compartilhado, público, estimulando o desinteresse por assuntos coletivos. Nesse contexto, observa-se o declínio da importância, em meio à coletividade, da esfera pública e a supervalorização da esfera privada.

Procedendo a uma análise geral sobre as razões do déficit da participação política, Wilson Gomes menciona o declínio da esfera pública e o mau uso dos meios de comunicação de massa:

Num horizonte mais amplo, remete-se o fenômeno a causas genéricas que, por sua vez, constituem alguns dos truísmos da ciência e da filosofia políticas contemporâneas: declínio da vida cívica em geral, crise da democracia representativa em particular. Um das plataformas argumentativas mais freqüentadas desse discurso consiste, todavia, numa vinculação unidirecional da baixa participação, da desinformação e do desinteresse políticos da esfera civil à comunicação de massa (GOMES: *on line*).

Aponta-se também, como fator determinante à crise da participação política, a cultura clientelista que ainda reina na maior parte dos municípios brasileiros e a consequente falta de recursos para capacitar e informar o povo em relação às práticas democráticas. De fato, sabe-se que o clientelismo e o coronelismo são marcas fortes e determinantes em boa parte das cidades do Brasil, impedindo qualquer forma de emancipação política e dificultando a participação consciente e livre. O que ocorre é que algumas “autoridades” locais ou regionais comandam a política das cidades ou regiões, e colocando o público a serviço do privado, e manipulando votos em troca de dinheiro, bens ou dádivas — muitas vezes incidindo no crime de corrupção eleitoral, previsto no art. 299 do Código Eleitoral.

A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população [...] o eleitor vota no deputado em troca de promessas e favores pessoais; o deputado apóia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais (CARVALHO, 2003, p. 223-224).

Esse panorama faz com que não se consiga erigir uma cultura ético-política forte, de valorização do público, das instituições e dos direitos e deveres dos cidadãos. Com a troca de favores e a submissão dos cidadãos ao poder dessa “autoridades”, não há espaço para a solidificação de uma consciência coletiva acerca da importância cívica da participação popular, tampouco uma introdução dessa prática no cotidiano da cidade.

Por isso, a doutrina relata que, mesmo nos dias de hoje, ainda são poucas as experiências brasileiras de aperfeiçoamento do sistema representativo. Denota-se, assim, a fragilidade da atuação política, notadamente no âmbito local, em razão da escassez de recursos, da cultura clientelista e elitista e do descrédito do povo na política (TEIXEIRA, 2002, p. 196-197).

Na esteira dessas constatações, mas abrangendo outros aspectos, cientistas sociais de Belo Horizonte, em pesquisa sobre as motivações da participação e da apatia política, concluíram que, para avaliar os motivos que levam uma pessoa a participar ou não da vida coletiva, deve-se considerar a relação entre as motivações dos atores sociais e o contexto socioeconômico e institucional em que eles vivem. E, em ação de campo realizada naquela cidade, verificaram que a propensão à participação política diminui com o aumento da renda, sendo a falta de tempo a principal causa da apatia política, seguida da escassez de dinheiro e de informação:

[...] o principal fator alegado [...] para a não-participação é a falta de tempo, o que confirma a teoria de que, em sociedades muito desiguais [...] o tempo é um recurso escasso que é comprometido

do, sobretudo, com atividades que garantam a sobrevivência dos atores.

[...] a falta de interesse em participar da ação coletiva. Essa motivação [...] apresenta uma correlação significativa com a variável renda. Dentre os indivíduos de renda alta, 34,2% afirmam não ter interesse em participar, por contraste com os de renda baixa, cujo percentual de “desinteressados” é de apenas 13,2% (AGUIAR: [s/a], p. 222-223).

Os pesquisadores destacaram, ainda, que o fato de possuir informação política é crucial para despertar o interesse na participação: “os respondentes com baixo índice de informação apresentaram maior propensão à apatia motivada por uma postura de clientela do Estado relativamente àqueles que declararam ter alto índice de informação” (AGUIAR: [s/a], p. 225).

Depreende-se, dessa forma, que todas essas circunstâncias influenciam na decisão de participar ou não da ação coletiva. Mesmo possuindo a informação necessária, o indivíduo pode não se interessar em participar ativamente da esfera pública, seja por razões egoístas, seja por descrédito no Estado. E mesmo com uma consciência política forte, o cidadão pode não ter condições de participar sem sacrificar de modo considerável sua vida privada, seja no que concerne a aspectos financeiros seja em relação ao tempo disponível para tanto.

Não se pode deixar de mencionar a tensão democracia *versus* governabilidade. Isto porque é a partir desse contraponto que se percebe a existência de um discurso conservador articulado com vistas a barrar as práticas democráticas, sob o pálio de que a soberania popular limita-se ao momento constituinte (LIMA, 2003, p. 214).

De todo modo, o fato é que todos esses fatores têm contribuído para a crise da participação política no Brasil, gerando um déficit participativo e, conseqüentemente, um distanciamento dos objetivos democráticos.

### 3.1. As manifestações populares no Brasil: de junho a setembro de 2013

É nesse contexto que se impõe uma reflexão sobre as manifestações que vêm ocorrendo no Brasil de junho a 07 de setembro de 2013, quando se vivenciou um fenômeno ainda não visto desde a promulgação da Constituição Federal de 1988: a tomada das ruas pela população brasileira, nos diversos estados da Federação.

Passados, apenas, 3 (três) meses das primeiras mobilizações é impossível analisar com clareza e isenção os seus desdobramentos, bem como seu real significado e conseqüências. Por outro lado, já se pode reconhecer a sin-

gularidade e a relevância do momento, tendo em vista que a população parece ter (re)assumido o protagonismo de seus interesses e descontentamentos.

Tem-se, também, uma espécie de consenso no que se refere à inexistência de lideranças, a partir de uma concepção tradicional (lugar normalmente ocupado por partidos políticos e movimentos sociais organizados), que personificam e defendem os interesses da população. Verificou-se uma multiplicidade de vontades, expectativas e frustrações, não sendo possível indicar uma pauta conjunta e uniforme de reivindicações.

Segundo a Folha de São Paulo, 84% dos manifestantes paulistas no dia 17 de junho não tinham preferência partidária, 71% participavam pela primeira vez de um protesto e 53% tinham menos de 25 anos. Pessoas com ensino superior eram 77%. [...] A preferência partidária sempre foi baixa no Brasil, embora tenha se revelado ainda menor na pesquisa citada (SECCO, 2013, p. 71).

Outra peculiaridade se refere à relevância das redes sociais nas mobilizações, as quais se configuraram em um espaço para exposição de pensamentos, ideais, medos, expectativas, bem como um instrumento de sensibilização das pessoas, *a priori*, alheias às mobilizações.

Raquel Rolnik entende que

podemos pensar essas manifestações como um terremoto [...] que perturbou a ordem de um país que parecia viver uma espécie de vertigem benfazeja de prosperidade e paz, e fez emergir não uma, mas uma infinidade de agendas mal resolvidas, contradições e paradoxos. Mas, sobretudo — e isso é o mais importante —, fez renascer entre nós a utopia... No campo imediato da política, o sismo introduziu fissuras na perversa aliança entre o que há de mais atrasado/excludente/prepotente no Brasil e os impulsos de mudança que conduziram o país na luta contra a ditadura e o processo de redemocratização; uma aliança que tem bloqueado o desenvolvimento de um país não apenas próspero, mas cidadão (ROLNIK, 2013, p. 8).

Espera-se, então, que se reflita sobre esse momento, suas possíveis repercussões e sua contribuição para a democracia do Brasil, pois, se de um lado comemora-se a ruptura do silêncio, de outro se teme pela fragilidade do “movimento”, o que coloca a todos numa expectativa sobre o futuro, na verdade, sobre o potencial de consolidação dessas manifestações.

Para o estudo do pacto democrático o momento é único, pois oportuniza uma análise em tempo real de um processo que pode ser de amadurecimento ou de demonstração de extrema porosidade das instituições e ideais democráticos. Para Carlos Vainer

Governantes, políticos de todos os partidos, imprensa, cronistas políticos e até mesmo cientistas sociais foram pegos de surpresa pelas manifestações de massa que mudaram a face e o cotidiano de nossas cidades em junho. Pela rapidez com que se espalharam, pelas multidões que mobilizam (SIC), pela diversidade de temas e problemas postos pelos manifestantes, elas evocam os grandes e raros momentos da história em que mudanças e rupturas que pareciam inimagináveis até a véspera se impõem à agenda política da sociedade e, em alguns casos, acabam transformando em possibilidade algumas mudanças sociais e políticas que pareciam inalcançáveis (VAINER, 2013, p. 35).

O artigo 3º<sup>2</sup> da Constituição Federal brasileira é um ponto de partida interessante para esse exame, pois explicita os objetivos que regem, ou deveriam reger, a República Federativa do Brasil. Percebe-se, pois, que todas as pautas levantadas pelas mobilizações, por mais diversas que sejam, vão ao encontro dos objetivos da República e deveriam, por conseguinte, ter o apoio do poder público.

Todavia, o poder público, em suas três esferas, apresentou, de logo, um posicionamento refratário às manifestações, demonstrando, no mínimo, pouca familiaridade com uma prática inerente à democracia, que é a manifestação pública da população em prol de seus interesses e da efetivação de direitos.

Diante disso, como falar em consolidação da democracia participativa quando o ir às ruas causa estranheza e desassossego, *a priori*? Questiona-se, nessa medida, não o compromisso dos chefes do executivo com o bem comum, com a liberdade de manifestação e com a vontade popular, essa resposta já foi dada, mas sim a compreensão que essas pessoas têm sobre os institutos e as instituições democráticas. Para Jorge Luiz Souto Maior

Do conjunto dos fatos ocorridos em junho — que estão inseridos em um processo que está apenas iniciando — sobressai, também, um abalo irreversível da concepção refratária às mobilizações de rua, que passaram a ser reconhecidas, expressamente, como manifestações políticas legítimas, superando, inclusive, em face do reconhecimento da relevância social das manifestações para solução de graves problemas sociais, o tradicional e reacionário paradigma do direito de ir e vir. [...] Para dar continuidade às mudanças requeridas nas ruas, é hora, portanto, de superar a noção que há muito se integrou ao ideário retrógrado

---

<sup>2</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

brasileiro, de que a questão social, desde quando enfim passou a ter sua existência admitida, trata-se de “caso de polícia”[...]. (MAIOR, 2013, p. 83-84).

Percebe-se, então, que a incerteza sobre a efetiva contribuição desse momento para o avanço do País se confirma, na mesma medida em que se acumulam as narrativas e rareiam as reflexões sobre o que se apreendeu dessa experiência. Por que a ocupação das ruas, genuínos espaços públicos, é vinculada à ausência de responsabilidade, quando o apego ao coletivo/público e a construção dialogada das decisões públicas são marcas inerentes à democracia?

Nesse contexto, é necessário mencionar a mudança de comportamento da mídia de massa, especialmente a televisão, que cedeu à legitimidade das manifestações (e também aos interesses de alavancar os índices de audiência com a cobertura dos protestos), mas que genuinamente conservadora iniciou a cobertura dos eventos de maneira hostil. Esclareça-se que não será possível analisar a isenção ou parcialidade da mídia e imprensa nacionais, mas não se pode deixar de registrar a “mudança de comportamento” dos veículos de comunicação após a constatação de que as manifestações agregaram milhões de pessoas<sup>3</sup>.

#### 4. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Como se viu, o Ordenamento Jurídico brasileiro respalda uma democracia participativa, cuja essência reside na real participação do povo na formação da vontade do Estado. A democracia participativa possibilita que os cidadãos efetivamente tomem parte dos processos públicos de decisão e contribuam para a eleição dos rumos do Estado, além de permitir a fiscalização da gestão pública pelos cidadãos.

Todavia, entende-se que a prática meramente participativa afigura-se insuficiente para atender às expectativas de um regime verdadeiramente democrático. Na verdade, tem-se por mais adequada a denominada democracia deliberativa, que possibilita aos participantes a tomada de decisões a partir do diálogo argumentativo e crítico. A democracia deliberativa mostra-se um modelo aperfeiçoado da democracia participativa, à medida que demanda uma participação crítica, racional e dialógica, entre pessoas livres e em igualdade de condições.

Nesse ponto, adota-se a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas (2003, p. 19), para o qual democracia deliberativa constitui

---

<sup>3</sup> Interessante mencionar o surgimento, em meio às manifestações, de uma espécie de mídia alternativa, a exemplo do Mídia Ninja e do Fora do Eixo, que buscaram apresentar os fatos de maneira menos formatada, na tentativa de apresentar um olhar diferente do veiculado pelos veículos mais conhecidos.

processo democrático [que] estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-atendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e de ordem insubstituível da socialização comunicativa.

Ou seja, deliberativa é a democracia que viabiliza a tomada de decisões coletivas por meio de um procedimento público em que os cidadãos, livres e em igualdade de condições, comunicam-se argumentativamente, em busca de um consenso. Nesse procedimento, permite-se que o povo, em uma esfera pública, debata racional e criticamente assuntos de interesse público, e encontre, após a eleição do melhor argumento (ainda que seja expressão de uma minoria), a decisão que melhor atenda ao bem comum. É, por isso mesmo, um procedimento inclusivo e adequado às demandas de um mundo plural e complexo, que necessita aprender a conviver com as diferenças.

Aceitar o diferente, buscar compreender as necessidades do outro, respeitar (não apenas tolerar) pensamentos e atitudes contrários aos seus interesses são decisões que os que vivem e defendem a democracia precisam se impor. Para que os processos de tomada de decisão se construam de maneira dialogada, as pessoas que participam desses processos precisam se familiarizar com a contraditção.

Nos acontecimentos entre junho e setembro do corrente ano, as reivindicações têm sido diversas e se renovam a cada manifestação, por outro lado, a intolerância, a violência e arbitrariedade têm se repetido e consolidado a cada momento.

Pondera-se, então, se essas manifestações podem ser utilizadas como “laboratório” para que fortaleçamos nossas práticas democráticas, na medida em que não se quer apenas participar, partilhando desejos e expectativas, mas se almeja protagonizar o processo decisório, interferir nas escolhas, direcionar as mudanças pelas quais o País deve passar.

Ao mesmo tempo, a satisfação por ver as ruas tomadas cede lugar ao espanto quando frases de efeito (Somos apartidários! Políticos não nos representam!) tornam-se palavras de ordem e conseguem a adesão da maioria. É necessário compreender que o País enfrenta sérios problemas de corrupção e representatividade, mas somos todos responsáveis pelo cenário atual e por sua mudança.

Não se pode avançar em democracia quando se desdenha de instituições que a constituem e fortalecem como os partidos políticos. Com acerto, se alinhar à desconfiança de Lenio Streck (*on line*) — de que se está a ignorar uma história de dedicação e persistência à causa democrática — se apresenta como correto, pois não se pode progredir esquecendo o passado de lutas e sofrimento em prol da promulgação da CF/88, pelas contribuições de homens e mulheres para a independência entre os poderes e pela liberdade de manifestação. Desacreditar das instituições democráticas não mostra independência nem autonomia, confirma a fragilidade da democracia brasileira e da necessidade de refletir-se sobre esse momento.

Esclareça-se, por oportuno, que a democracia deliberativa não pretende substituir a competência decisória do Estado pela do povo; ao revés, este teria o poder de realmente influenciar nas decisões políticas, por meio da pressão política e pelo uso dos mecanismos formais de participação:

a sociedade civil não assumiria poderes de decisão ou gestão criando estruturas paralelas, nem se proporia apenas a uma ação periódica (eleições) ou episódica (referendo, plebiscito) ou a atuar sobre uma estrutura que funciona segundo a lógica do poder (partidos), embora considerando importante esse tipo de atuação. Seu papel seria sobretudo “ofensivo” — com a ação coletiva — e “defensivo”, buscando assegurar estruturas da associação e da esfera pública, e produzir “contra-esferas” e “contra-instituições” (TEIXEIRA, 2002, p. 195).

A ideia é: mais importante que participar apenas formalmente é participar de forma racional, consciente e dialógica. Percebe-se, assim, que a democracia deliberativa supera a democracia participativa, haja vista primar pelo agir comunicativo entre os cidadãos e pela real possibilidade de influência do povo na esfera pública.

E mais: a democracia deliberativa abre espaço para manifestação das minorias, uma vez que se deve garantir a tais grupos “[...] a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos (supostamente) melhores (HABERMAS, 2004, p. 327)”.

Como se depreende, o modelo deliberativo é emancipatório, à medida que empodera os participantes quando permite que todos deliberem de forma argumentativa (todos os argumentos são ouvidos e considerados) e, sobretudo, que a vontade das minorias, oriunda do melhor argumento, possa prevalecer e formar o consenso.

Por essas razões, entende-se, pois, que a democracia deliberativa apresenta-se como modelo ideal para reger a complexidade da sociedade moderna e superar os entraves da democracia participativa, notadamente no que se refere aos problemas vinculados à crise da participação política no Brasil.

De fato, o estímulo à prática deliberativa por parte do Estado e a inserção desse tipo de procedimento no cotidiano das pessoas mostra-se poderoso instrumento para combater a apatia política que se tem hoje no cenário brasileiro. A prática do diálogo racional e da argumentação afigura-se eficaz mecanismo de educação para a cidadania e de conscientização política, capaz de combater, ou pelo menos de minimizar, os sintomas do déficit democrático anteriormente descrito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da apatia política, da crise da participação política vivenciadas hoje no Brasil e em meio às dúvidas surgidas após as mobilizações iniciadas em junho deste ano, o modelo habermasiano de democracia deliberativa se entremostra capaz de minimizar o déficit participativo. Porque é por meio da prática deliberativa que se tem a possibilidade de estimular o resgate da esfera pública e do civismo e enfrentar as consequências do individualismo disseminado pelo capitalismo. Porque é por meio dela se pode viabilizar uma educação política e capacitar os indivíduos para o exercício de uma cidadania consciente, livre dos auspícios do clientelismo e do coronelismo. Porque é por meio da deliberação que se pode resgatar no povo o senso de responsabilidade para com a coisa pública, a ponto de que o próprio povo volte a ter interesse na participação política, se dispondo, inclusive, a enfrentar os obstáculos — como a falta de recursos — que possam se apresentar.

A democracia deliberativa mostra-se, pois, como uma possível e viável opção ao aperfeiçoamento do regime democrático, e, conseqüentemente, como um caminho à concretização do Neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Neuma (Org.). **Desigualdades sociais, redes de sociabilidade e participação política**. Belo Horizonte: UFMG.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

BERCOVICCI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. Melheiros: São Paulo, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 4. ed. Civilização Brasileira, 2003.

CUNHA, Camila Santos da; EPPLE, Cristiane; HERATH, Maikiely. O direito fundamental de participação social no Estado Democrático de Direito. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_365.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_365.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2012.

GOMES, Wilson. Internet e participação política em sociedades democráticas. **Anais do V Encontro Latino de Economia Política da Informação, Comunicação e Cultura**, 2005. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/WilsonGomes.pdf>>. Acesso em: 05. jan. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Traduzido por: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V II. Traduzido por: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES, Ana Maria D`Ávila. A cidadania na Constituição Federal de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord). **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Malheiros: São Paulo, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A vez do direito social e da descriminalização dos movimentos sociais. In: **Cidades Rebeldes**: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo-Carta Maior, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito de participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ROLNIK, Raquel. As vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: **Cidades Rebeldes**: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo-Carta Maior, 2013.

SECCO, Lincoln. As jornadas de junho. In: **Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo-Carta Maior, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio. O velho travestido de novo e o moralismo do Faustão. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-27/senso-incomum-velho-travestido-moralismo-faustao>>. Acesso em: 09 set. 2013.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: **Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo-Carta Maior, 2013.





# A EFETIVAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO ICMS: INCENTIVOS FISCAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMAS DE LOGÍSTICA REVERSA

*Denise Lucena Cavalcante\**

*Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba\*\**

## **Resumo**

A questão em torno dos resíduos sólidos, problemática oriunda dos efeitos deletérios de uma sociedade de consumo, pós-industrial, pós-moderna, na qual se evidenciam riscos imprevisíveis, expõe a complexidade das relações atuais e acaba por promover uma maior concatenação nas divisões tradicionais dos ramos do Direito. Nesse ponto, vê-se que o estudo combinado do Direito Ambiental com o Direito Tributário faz-se mais do que necessário, especialmente ao se confrontar a gestão dos resíduos sólidos com a logística reversa. Diante disso, foi instituída a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), por meio da Lei nº 12.305/10, elencando um conjunto de princípios, objetivos e instrumentos para uma gestão integrada dos resíduos sólidos. Dentre os instrumentos previstos na PNRS, destaca-se a utilização de incentivos fiscais em atividades econômicas que se coadunem com o desenvolvimento sustentável, sendo este o objeto de investigação deste trabalho científico. A partir de uma pesquisa de natureza bibliográfica, descritiva e exploratória, verifica-se que o desenho dos incentivos fiscais na PNRS deve ser o mais amplo possível, em especial ao se tomar como paradigma o ICMS. Trata-se do tributo estadual mais importante e que tem revelado importantes vieses, ao serem estruturados incentivos fiscais que favorecem a implementação de sistemas de logística reversa. A partir de uma experiência adotada no Estado do Ceará, conclui-se que tal incentivo fiscal há de ser levado a discussão no âmbito do CONFAZ, visando a engajar outros entes federativos, com vistas a alcançar resultados mais frutíferos de estímulo no gerenciamento dos resíduos sólidos pelas empresas brasileiras.

## **Palavras-chave**

ICMS. PNRS. Incentivos fiscais. Logística reversa. Confaz.

---

\* Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro dos cursos de graduação e pós-graduação - UFC. Líder do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental (GTA-UFC). Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br.

\*\* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da UNIFOR. Integrante do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental (GTA-UFC). Auditora Fiscal Jurídica da Receita Estadual. E-mail: pacmara9@yahoo.com.br.

## Abstract

The question around the solid waste problem arising from the deleterious effects of a consumer society, post-industrial, postmodern, in which are evidenced unpredictable risks, exposes the complexity of current relationships and ultimately promote greater concatenation in the traditional divisions branches of law. At this point, it is seen that the combined study of Environmental Law with the Tax Law is now more than necessary, especially when comparing the solid waste management in reverse logistics. Thus was instituted the National Policy of Solid Waste (PNRS), by means of Law No. 12.305/10, listing a set of principles, objectives and instruments for an integrated solid waste management. Among the instruments within PNRS, we highlight the use of tax incentives in economic activities that are consistent with sustainable development, which is the subject of investigation of this scientific work. From a survey of literature, descriptive and exploratory nature, it appears that the design of tax incentives on PNRS should be as broad as possible, especially when taken as a paradigm of ICMS. This is the most important state tax and has revealed important biases, to be structured tax incentives that promote the implementation of reverse logistics systems. Starting a process in the state of Ceará experience, it is concluded that this tax incentive discussion is to be taken under the CONFAZ, aiming to engage other federal entities, with a view to achieve more fruitful results of stimulation in the management of waste solids by Brazilian companies.

## Keywords

\ICMS. PNRS. Tax incentives. Reverse logistics. Confaz.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao se considerar o atual estágio da sociedade de risco, conforme preconizada por Beck, verifica-se um aumento excessivo da demanda do setor produtivo, ao mesmo tempo em que se criam, em uma escala insana, uma infinidade de produtos. Trata-se da expressão da lógica da sociedade de consumo, na qual é evidenciado um descompromisso das empresas quando da estruturação do processo produtivo, levando a uma preocupação mais acentuada em torno dos resíduos sólidos e das possibilidades de logística reversa.

Nesse contexto, após quase duas décadas de discussão, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), a qual representa um conjunto de princípios, objetivos e instrumentos para uma gestão integrada dos resíduos sólidos, dos quais destacar-se-ão aqui somente os instrumentos fiscais, não obstante outras importantes diretrizes em prol da logística reversa, tais como, acordos setoriais, termos de compromissos, regulamentos estatais, dentre outros<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Neste sentido, abordam os autores: “Acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos são institutos jurídicos inovadores e fundamentais no direito brasileiro, concebidos no decorrer do processo legislativo que culminou com a aprovação da PNRS. Com fundamento no desenvolvimento sustentável e na cooperação entre as diferentes esferas do poder público – setor empresarial e demais segmentos da sociedade -, recomenda-se adotar o acordo setorial como instrumento preferencial para implementação do sistema de logística reversa, em especial, por sua essência participativa, técnica, harmônica e transparente.” (SOLER, Fabricio Dou-rado; MACHADO FILHO, José Valverde; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Acordos setoriais, regulamentos e termos de compromisso, In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MA-

Ao mesmo tempo, a lei reforça a utilização de incentivos fiscais em atividades econômicas que se coadunem com o desenvolvimento sustentável, conforme previsto em seu art. 8º, inciso IV, contribuindo, assim, para uma gestão efetiva de resíduos<sup>2</sup>.

É fato visível que a indústria nacional dos reciclados vem crescendo a cada dia<sup>3</sup> e pode ser considerada como uma aliada à questão da proteção ambiental, atuando em parceria com o Estado na luta contra o acúmulo da poluição, que é considerada a primeira grande crise de natureza grave, precedendo, inclusive a escassez dos recursos naturais, como bem alertou Nicholas Georgescu-Roegen<sup>4</sup>.

O excesso de poluição decorrente do excesso de consumo é fruto da crise ecológica instaurada no mundo contemporâneo<sup>5</sup>. Para se ter uma ideia do volume de resíduos produzidos no Brasil, já em 2008, plástico, papel e papelão representavam 40,1% dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil<sup>6</sup>.

---

CHADO FILHO, José Valverde. **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. São Paulo: Manole, 2012, p. 98).

<sup>2</sup> “Deve-se atentar, quando utilizados os instrumentos fiscais, é para a possibilidade de melhor adequar e reutilizar os materiais recicláveis, bem como induzir a necessária mudança de comportamento da atual sociedade de hiperconsumo, decorrente da *obsolescência programada*. A PNRS trata expressamente da possibilidade de utilização de instrumentos econômicos e fiscais àqueles que atuarem em prol do desenvolvimento da adequada reutilização e reciclagem dos resíduos sólidos, assim estabelecendo: Art. 8º - São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: [...] IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios.” (CAVALCANTE, Denise Lucena. Instrumentos fiscais na efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos: do poluidor-pagador ao protetor-recebedor. In: CAVALCANTE, Denise Lucena (Coord.). **Tributação ambiental: reflexos na Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Curitiba: CRV, 2014, p. 145).

<sup>3</sup> “No Brasil, as cadeias produtivas envolvidas com lixo movimentam um mercado enorme. São 22 bilhões de reais de receitas por ano, segundo uma estimativa da ABRELPE, a entidade que representa as empresas de limpeza pública do país. Esse número, que nem considera a manipulação de resíduos gerados por indústrias e hospitais, deverá aumentar rapidamente. ‘Até 2017, o tamanho do mercado vai dobrar’, diz Carlos Silva Filho, diretor da ABRELPE.” (A riqueza que vem do lixo. **Revista Exame PME**. Ed. n. 72, São Paulo: Abril, abr. 2014, p. 26).

<sup>4</sup> GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O decrescimento: entropia, ecologia, economia**. Trad. Maria José Perillo Isaac. São Paulo: SENAC, 2012, p. 95.

<sup>5</sup> “Eso que llamamos <crisis ecológica> es más bien una crisis histórica de la relación entre la humanidad y su medio. Su causa fundamental reside en la sobreproducción de mercancías, que acarrea acumulación creciente de riquezas y sobreconsumo de un lado, y acumulación creciente de pobreza e infraconsumo de un otro lado. Se trata, por tanto, y en última instancia, de una crisis social y sería infinitamente más acertado hablar de un cambio climático capitalista en lugar de un cambio climático <antrópico>.” (TANURO, Daniel. **El imposible capitalismo verde: del vuelco climático capitalista a la alternativa ecosocialista**. Madrid: La Oveja Roja, 2011, p. 56).

<sup>6</sup> Plano Nacional de Resíduos Sólidos – versão preliminar para consulta pública. (Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/253/\\_publicacao/253\\_publicacao02022012041757.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/253/_publicacao/253_publicacao02022012041757.pdf). Acesso em 15 jul. 2014).

Dessa forma, tal estudo se mostra relevante na medida em que promove uma discussão sobre dois temas relevantes do Direito Tributário e do Direito Ambiental: a concessão de incentivos fiscais e o estímulo aos sistemas de logística reversa, embora o fato de se prever um instrumento tributário em uma lei com forte viés ambiental, como é o caso da PNRS, não necessariamente garante o diálogo entre os ramos do Direito.

Nesse contexto, analisar-se-á a adoção de uma política de incentivos fiscais pelo Estado do Ceará, a qual apresenta traços fortes de potencialidade para alcançar um efeito positivo direto na construção de sistemas de logística reversa. Sabe-se que o empresário brasileiro, na atualidade, debate-se entre a norma que o força à promoção da logística reversa e a realidade do custo produtivo, na qual esta logística pode significar a perda de competitividade de seus produtos, por encarecer o preço final.

Assim, o Estado do Ceará passou a diferenciar, em termos tributários, os produtos resultantes da utilização de materiais reciclados, tornando o imposto menos oneroso, o que, em última análise, favorece que as empresas incrementem a logística reversa em seus ciclos produtivos, alcançando preços menores que o produto tradicional.

Com tudo isso, o objetivo geral deste trabalho é analisar de que forma podem ser conjugados a PNRS e a tributação do ICMS, a partir do referencial adotado pelo Estado do Ceará, apontando se não seria possível a implementação dessa política em todo o país, a partir de discussões no CONFAZ.

A metodologia utilizada é bibliográfica, descritiva e exploratória, a partir de uma elucidação da potencialidade dos instrumentos da PNRS, em especial ao se vislumbrar os incentivos fiscais em sede do ICMS, como mecanismos que podem influenciar positivamente a tomada de decisão das empresas brasileiras, no sentido de implementar sistemas de logística reversa.

## 2. A LOGÍSTICA REVERSA COMO MEDIDA IMPOSITIVA DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SOCIEDADE DE RISCO

A teoria da sociedade de risco, inicialmente contextualizada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck com a publicação da obra “A sociedade de risco”, em meados da década de 80 “designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial” (BECK, 1997, p. 25).

Profetiza Beck que o desenvolvimento científico ou da técnica, com especial ênfase no século XX, contraditoriamente, não conseguiram mais prever e controlar os riscos que contribuiu para criar e que podem gerar consequências gravíssimas para a saúde humana e para o meio ambiente. Tais

consequências, quando descobertas, tendiam a ser irreversíveis (GUIVANT, 2001).

A partir de tais premissas, aceitou-se uma parcela de risco, o que possibilitou uma discussão do modo complexo da relação entre o homem com o meio ambiente. Tal circuito risco↔precaução, é observado por Edgar Morin (2011, p. 75-76) ao tratar das incertezas e a ecologia da ação:

A ecologia da ação é, em suma, levar em consideração a complexidade que ela supõe, ou seja, o aleatório, o acaso, a iniciativa, a decisão, o inesperado, o imprevisto, a consciência de derivas e transformações. [...] O princípio da incerteza provém da dupla necessidade do risco e da precaução. Para toda ação empreendida em meio incerto, existe contradição entre o princípio do risco e o princípio da precaução, sendo um e outro necessários; trata-se de poder uni-los, a despeito de sua oposição, segundo as palavras de Péricles, in Tucídides, *Guerra do Peloponeso*: “Todos sabemos ao mesmo tempo demonstrar extrema audácia e nada empreender sem madura reflexão. Nos outros, a intrepidez é efeito da ignorância, enquanto a reflexão engendra a indecisão”.

Assim, é inconteste que a sociedade atual produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial<sup>7</sup>. Tal sociedade de risco traduz um modelo teórico que marca a falência da modernidade, fazendo surgir a chamada “pós-modernidade”, marcada pelo giro da incerteza. A crise de paradigma atualmente vivenciada promove uma perda da habilidade para explicar os desenvolvimentos da ciência e da sociedade, aprofundando o “caráter líquido dos conceitos clássicos” (BAUMAN, 2001, p. 20).

Na mesma linha, Morato Leite (2000, p. 13) assenta que “é inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco”, explicitando que a mesma teria sido deflagrada a partir da constatação de um conflito entre a qualidade de vida e as condições

---

<sup>7</sup> “We have argued that environmental questions can be analysed today from another perspective, where risk is an integral (or inherent) element of decision-making. Accordingly, it would seem worthwhile to look into the need for a new policy design which would immediately address the deterioration which decisions made in the industrial era have led us to. The main characteristic of Reflexive Modernity lies in the fact that it inaugurates a stage in which risk will be accompanied by multiple options. Political, economic and cultural decisions will not refer to one sole alternative. The options make it possible to unfold a horizon of different possibilities and, subsequently, of multiple risks” (COHEN, Miriam Alfie; SÁNCHEZ, Adrián de Garay. Risk society and the precautionary principle. In: BENIDICKSON, Jamie et al. **Environmental law and sustainability after Rio**. UK/USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 91).

tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade.

O próprio Relatório Brundtland, também chamado de “Nosso futuro comum”, proferido em 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, evidenciou a urgência na adoção de instrumentos que levem os Estados a enfrentar a crise ecológica por conta da escassez dos recursos naturais percebida em nível planetário.

Diante de tudo isso, faz-se evidente a necessidade de enaltecer a problemática ambiental, a partir de seu viés multidisciplinar<sup>8</sup>, em especial, para o que aqui interessa, no âmbito dos estudos sobre o Estado e a tributação, haja vista que é condição para a sobrevivência das presentes e futuras gerações.

Como passo inicial do enfrentamento da temática proposta neste trabalho, faz-se necessário delimitar o conceito de logística reversa, confrontando-o com as disposições da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a qual instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) no Brasil.

Nesse tocante, os conceitos doutrinários vêm sofrendo, diuturnamente, alterações no arquétipo inicialmente atribuído à logística reversa, em face da complexidade dos mecanismos envolvidos nesta parcela específica de logística, e especialmente pela preocupação sempre crescente em envolver todos os atores dos ciclos produtivos de bens, em uma ideia de “apoio ao ciclo de vida” (BOWERSON; CLOSS, 2001, p. 51-52).

Assim, a partir dessa visão evolucionista, na qual destaca uma série de definições construídas desde a década de 1990, Paulo Roberto Leite (2006, p. 16-17) aponta aquela definição que seria a mais adequada ao atual estágio, compreendendo a logística reversa como

[...] a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo de negócios ou ao ciclo produtivo, por meio dos canais de distribuição reversos, agregando-lhes valor de diversas naturezas: econômico, ecológico, legal, logístico, de imagem corporativa, entre outros.

Conforme apontado, tal fluxo tem por objetivo fazer com que os bens produzidos, ou mesmos os materiais utilizados, retornem ao ciclo produtivo insito à atividade empresarial, seja esta predominantemente de produção, como no caso das indústrias, ou mesmo aquelas outras intervenientes apenas na negociação desses bens: tal se faz necessário em virtude da impossibilita-

---

<sup>8</sup> Ratificando tal entendimento, Belchior (2014, p. 98) assim sustenta: “Diante da insuficiência do paradigma simplista, conforme defende Morin, e de um imaginário jurídico e formal encaixotado, o Direito e, em especial, o Direito Ambiental, influencia e é influenciado por outros saberes, a partir de um diálogo inter e transdisciplinar, o que faz a epistemologia ambiental ser aberta e complexa”.

de de decretar o fim dos resíduos sólidos, sendo cabível uma gestão preventiva adequada deles (DERNBACH, 2009). Aqui, relevante papel compete ao comércio, o qual capilariza a produção industrial.

Contudo, outro fator que há de ser destacado na definição apresentada é que haveria a agregação de valores diversos, dentro do fluxo de logística reversa: nesse ponto, ao exercitar esse fluxo de retorno, o responsável por executá-lo incorporaria valores econômicos, ecológicos, legais, logísticos e de imagem corporativa, citados pelo autor, em um esquema aparentemente completo do alcance de tal logística.

Tal fluxo é disparado desde a captação das respectivas informações e da operacionalização do “fluxo desde a coleta de bens de pós-consumo ou de pós-venda, por meio dos processamentos logísticos de consolidação, separação e seleção, até a reintegração ao ciclo” (LEITE, 2006, p. 17).

A partir de tais noções, o empresário tradicional, desacostumado com uma conexão que o vincule aos bens mesmo após estes terem sido transferidos a terceiros, poderia questionar: quais os fatores que obrigam à prática da logística reversa, tendo em vista que a mesma compreende um fluxo que agregará custo à atividade produtiva?

Para tanto, e deixando por alguns instantes a resposta a tal questão, Dália Maimon (1994), ainda no início das discussões no Brasil acerca da responsabilidade ambiental das empresas, afirmava que três linhas de ação poderiam ser basicamente adotadas pelas empresas:

- adaptação à regulamentação ou exigência do mercado, incorporando equipamento de controle de poluição nas saídas, sem modificar a estrutura produtiva e o produto;
- adaptação à regulamentação ou exigência do mercado, modificando os processos e / ou produtos (inclusive embalagem). O princípio é de prevenir a poluição, selecionando matérias-primas, desenvolvendo novos processos e / ou produtos;
- antecipação aos problemas ambientais futuros, ou seja, adoção de um comportamento pró-ativo e de excelência ambiental. O princípio é de integrar a função ambiental ao planejamento estratégico da empresa.

A se observar de forma superficial a realidade brasileira, algumas dúvidas pairam quanto às empresas aqui sediadas estarem ainda na primeira dessas linhas de ação, ou mesmo fluindo lentamente para a segunda delas. Nesse sentido, e retornando à pergunta feita acima, faz-se necessário contextualizar a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a qual instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) no Brasil.

A partir de tal diploma normativo, não restam dúvidas de que a logística reversa deixa de ser uma alternativa às empresas, configurando-se como verdadeiro mandamento, cuja responsabilidade não deixa azo à imaginação dos empresários. A resposta à pergunta acima pretendida, vem logo reproduzida na redação do inciso XII, do art. 3º, da citada lei, ao se definir a logística reversa como

instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Assim, como ações, procedimentos e meios que viabilizem o retorno dos resíduos sólidos ao setor empresarial, não há mais como se vislumbrar o empresário em uma atitude de passividade e conforto frente ao reaproveitamento ou destinação final dos bens que comercializa.

Ademais, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas integram os instrumentos da PNRS (art. 8º, inc. III), “relacionados à implementação da responsabilidade compartilhada do ciclo de vida dos produtos”. Cabe, ainda, ao poder público “instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de produção de estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa” (art. 42, inc. V, PNRS).

Já em um patamar de maior gravidade, foram nominados os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de determinados produtos cuja logística reversa revela-se uma necessidade premente a ser implementada de forma independente do serviço público, em virtude dos malefícios que tais produtos podem se revelar ao meio ambiente, incluindo a saúde humana<sup>9</sup>.

Nesse diapasão, e voltando-se às linhas de ação de Dália Maimon (1994), tomadas em conjunto com a PNRS, tem-se a possibilidade de estímulo intensivo às empresas que adotarem a logística reversa, alocando-a em seu

---

<sup>9</sup> Lei nº 12.305/2010: “Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II - pilhas e baterias; III - pneus; IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes”.

ciclo produtivo, em virtude dos incentivos fiscais terem sido apontados como instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 9º, inc. 8º).

Ainda mais, nos termos do art. 44 do mesmo diploma, as pessoas políticas poderão instituir normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, respeitadas as limitações da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), a

I- indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos produzidos no território nacional;

II - projetos relacionados à responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, prioritariamente em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda;

III - empresas dedicadas à limpeza urbana e a atividades a ela relacionadas.

Em virtude de tais disposições, as quais funcionam como verdadeiros estímulos à atividade produtiva, as organizações tenderão a adotar a segunda linha de ação, passando a modificar seus processos e produtos como forma de atender às pressões contemporâneas (BOECHAT et al, 2013, p. 165).

Tais pressões, hoje, são geradas tanto pelos consumidores, mais exigentes quanto à responsabilidade socioambiental das empresas, e mais atentos aos ciclos produtivos, quanto por parte do poder público, a partir da instituição de instrumentos coativos, que promovem uma mudança abrupta nos hábitos organizacionais, como é o caso da PNRS. No tocante à lógica tradicional de mercado, na qual o cliente quer apenas o resultado final, tal lógica encontra-se subvertida, passando a interessar à sociedade como um todo o processo produtivo realizado para alcançar o resultado final<sup>10</sup>.

Nesse ponto, interessa a partir de agora localizar os incentivos fiscais no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em sede de um tributo estadual específico, qual seja, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transportes Interestaduais e Intermunicipais e de Comunicação (ICMS).

---

<sup>10</sup> Apesar de todas as estratégias existentes também no contexto mundial, o volume global de resíduos continua aumentando. Na União Europeia a introdução do conceito de ciclo de vida na política dos resíduos também é meta dos Estados membros, conforme relata Francisco Adame Martínez: “Para la consecución de estos objetivos de prevención, reciclado y reutilización de residuos se afirma en la Comunicación que estamos comentando que es preciso una combinación de medidas, entre las que destacarían: (...); introducción del concepto de ciclo de vida en la política de residuos.(Así se afirma en la web: <http://ec.europa.eu/environment/waste/strategy.htm>).” (ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Tributos municipales sobre residuos en derecho comparado. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). **Tributación ambiental y haciendas locales**. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 1028).

### 3. ICMS E INCENTIVOS FISCAIS COMO ESTÍMULOS À IMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMAS DE LOGÍSTICA REVERSA: POSSIBILIDADE DE AVANÇOS SIGNIFICATIVOS A PARTIR DO SELO VERDE CEARENSE

Alcançado o patamar de entendimento que possibilita uma concatenação das ideias acerca da logística reversa e dos incentivos fiscais, interessa a partir de agora, diante da multiplicidade de tributos existentes no Sistema Tributário brasileiro, eleger um deles, que disponha de possibilidades concretas para facilitar a implementação de sistemas de logística reversa, em estrita consonância com a PNRS, bem como com toda a legislação tributária.

Assim, vislumbra-se, no ICMS<sup>11</sup>, tal potencialidade. A uma, tal opção acaba por descortinar o tradicional enquadramento desta espécie de imposto como meramente arrecadatório, em um notório caráter fiscalista, o que ainda se evidencia na atualidade por se tratar da receita mais expressiva nas arrecadações dos Estados-membros e do Distrito Federal.

A duas, por restar incontroverso que, a despeito de tal fiscalidade contundente, a extrafiscalidade é sempre uma alternativa viável, em um verdadeiro raciocínio direcionado a prestigiar valores outros, também dispostos na Constituição Federal, e que podem surgir como alternativas promovidas pelos governos, a partir de mudanças paradigmáticas da sociedade. Conforme aponta Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 37):

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.

Nesse tocante, o art. 225 da CF funciona como um desses vetores que espargem valores a serem perseguidos pelo Poder Público e por toda a sociedade, não restando dúvidas de que a tributação pode, sim, ser instrumento de concretização dos cânones ali dispostos.

#### 3.1. A relevância do ICMS no Sistema Tributário Brasileiro

O ICMS é o mais expressivo tributo de competência estadual e distrital. Trata-se do imposto estruturado à semelhança do Imposto sobre o Valor

---

<sup>11</sup> Deve-se destacar que o ICMS consagra três antecedentes normativos distintos, conforme enuncia Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 727), contudo, apenas o primeiro deles interessa ao presente estudo: “a) realizar operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestar serviços de comunicação, [...]; c) prestar serviços de transporte interestadual ou intermunicipal.” Dessa forma, os incentivos fiscais que aqui se vislumbram pertinem apenas às operações relativas à circulação de mercadorias.

Agregado (IVA) europeu e do *Sales Tax* nos Estados Unidos. Sua arrecadação, em 2013, foi de R\$ 358.003.860.000,00 (trezentos e cinquenta e oito bilhões, três milhões, oitocentos e sessenta mil reais), sendo R\$ 187.310.601.000,00 (cento e oitenta e sete bilhões, trezentos e dez milhões, seiscentos e um mil reais) apenas para a região Sudeste, o que se configura na maior arrecadação de impostos do país<sup>12</sup>.

A fim de harmonizar questões afetas ao ICMS, a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, instituiu o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Trata-se de órgão que tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional (CMN) na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

Possui a estrutura de um fórum colegiado, integrante do Ministério da Fazenda, nos termos do Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011. Dentre as suas atribuições, ressalta-se a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição (ICMS), de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e com a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

Apesar de o ICMS ser um imposto de competência estadual, há a necessidade de se padronizar determinados aspectos a ele inerentes, tais como as alíquotas a serem utilizadas nas operações interestaduais, bem como fixar limites às alíquotas nas operações internas. Ademais, a fim de evitar a guerra fiscal, os benefícios quanto a este imposto só poderão ser concedidos após manifestação prévia dos entes políticos, em virtude do pacto federativo.

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CF/88, dispõe genericamente sobre a forma como se darão as isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS). Aduz, ainda, que este mesmo tratamento será aplicável às hipóteses de redução da base de cálculo, devolução total ou parcial do tributo, concessão de créditos presumidos ou quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais.

---

<sup>12</sup> Dados contidos na página oficial do Conselho Nacional de Política Fazendária. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/>>. Acesso em 28 jul. 2014.

### 3.2. O ICMS em prol da logística reversa

Diante de tudo o que se disse, resta agora apontar a legislação que aqui será tomada como paradigma, a fim de se compreender de que forma os incentivos fiscais podem favorecer a estruturação de sistemas de logística reversa. Nesse ponto, merece destaque a Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Ceará, a qual instituiu o ICMS, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997. Em tal lei, podem ser vislumbrados cada um dos critérios que compõem a regra-matriz de incidência tributária<sup>13</sup> do imposto, conforme preleciona Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 134).

A partir da redação do art. 43 da Lei nº 12.670/96, é que importantes efeitos podem ser sentidos quanto ao estímulo para implementação de sistemas logísticos no âmbito das empresas:

Art. 43 Nas operações internas e de importação com os produtos da cesta básica, a base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, será reduzida em:

I – 58,82% (cinquenta e oito vírgula oitenta e dois por cento), para os seguintes produtos:

[...]

z.1) produtos resultantes de reciclagem de plásticos, papel, papelão, resíduos sólidos da construção civil e outros materiais recicláveis conforme dispuser em regulamento, desde que possu-

---

<sup>13</sup> Quanto à regra-matriz de incidência tributária (RMIT), esta representa do que uma estrutura lógico-formal, abstrata, que isola as proposições componentes das normas jurídicas em sentido estrito (aquelas que marcam o núcleo de cada um dos tributos), revelando um juízo hipotético-condicional. Dessa forma, a partir da bipartição entre hipótese e conseqüente, são eleitos critérios relevantes para estruturar qualquer das espécies tributárias contidas em nosso ordenamento. Além disso, tal estrutura pode ser utilizada, genericamente, na leitura de qualquer outra norma. A hipótese da RMIT aludirá a um fato, enquanto a conseqüência prescreverá “os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar” (CARVALHO, 2009, p. 298). Assim se fala em hipótese enquanto descritor, enquanto a conseqüência seria o prescritor. Na hipótese, ainda, congregam-se os critérios material (verbo + complemento reveladores de um comportamento de uma pessoa), temporal e espacial. Já no conseqüente, revelam-se os critérios pessoal (o qual se subdivide em ativo e passivo), além do critério quantitativo, o qual se subdivide em base de cálculo e alíquota. A função do conseqüente da RMIT, em especial, é desenhar a previsão de uma relação jurídica que se instala, automática e infalivelmente, assim que se concretize o fato previsto na hipótese ou descritor. Além disso, o conseqüente fornece os “critérios para identificação do vínculo jurídico que nasce, facultando-nos saber quem é o sujeito portador do direito subjetivo; a quem foi cometido o dever jurídico de cumprir certa prestação; e seu objeto, vale dizer, o comportamento que a ordem jurídica espera do sujeito passivo e que satisfaz, a um só tempo, o dever que lhe fora atribuído e o direito subjetivo de que era titular o sujeito pretensor” (CARVALHO, 2009, p. 353).

am a Certificação do Selo Verde emitida pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE;

[...]

Assim, de forma pioneira no Brasil<sup>14</sup>, o Estado do Ceará passou a conceder uma redução na base de cálculo do ICMS, o que representa um relevante incentivo fiscal para aquelas operações de circulação de produtos que sejam resultantes da reciclagem<sup>15</sup>, dentre outros materiais, de plástico, papel, papelão e resíduos sólidos da construção civil.

Atentando-se para a redução na base de cálculo concedida, da ordem de 58,82%, chega-se à conclusão de que isto representa uma redução na carga tributária de 17% (que é a alíquota-base da tributação do ICMS cearense) para apenas 7%. Isso porque, como o critério quantitativo do ICMS, dentro do esquema da regra-matriz de incidência tributária, é tomado a partir da multiplicação da base de cálculo pela alíquota, reduzir a base em 58,82% tem o mesmo efeito matemático que mantê-la no mesmo valor inicial e reduzir a alíquota do ICMS para 7%.

Contudo, tal incentivo fiscal possui alguns condicionantes. O primeiro deles está contido na limitação de que os produtos que podem gozar desta carga tributária mais benéfica possuam o Certificado do Selo Verde, a ser concedido pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE). Em virtude disso, foi promulgada a Lei nº 15.086, de 28 de dezembro de 2011, a qual instituiu o Selo Verde.

Conforme disposições da legislação do Selo Verde, o Estado acaba por criar a “Taxa de Certificação de Selo Verde”, cujo “fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido à SEMACE, para controle, fiscalização e

---

<sup>14</sup> A Espanha tem experiência interessante em relação ao selo verde de propriedades rurais, identificando o solo com vocação agrária ou florestal e permite incentivos fiscais, conforme relatado por Tulio Rosembuj: “La etiqueta verde agraria es el certificado de corrección ambiental que puede permitir el acceso a los incentivos tributarios, a la financiación, a las subvenciones previstas. La ayuda pública puede ser variada y plural, sea en forma de subvenciones, créditos baratos o a un plazo de amortización perpetuo; en función del tiempo, del suelo, de lo que se quiere proteger o estimular.” (ROSEMBUJ, Tulio. **El impuesto ambiental**. Barcelona: El fisco, 2006, p. 206-207).

<sup>15</sup> Uma das principais finalidades da tributação ambiental é exatamente a redução dos hábitos contaminantes e os incentivos funcionam como estímulo a novas condutas. Registra-se, por oportuno, a afirmação de Manfred Nolte: “Las tasas medioambientales buscan por definición afectar los costes de producción para reducir los hábitos contaminantes. (...) se la contaminación es gratuita no existe incentivo alguno para innovar. Gravar al agente contaminante incentiva las actividades de Investigación y Desarrollo, tanto más cuanto mayor es el tipo impositivo y cuanto más cercano esté el agente contaminante a la autoridad de exacción.” (NOLTE, Manfred. *Fiscalidad y desarrollo humano sostenible*. In: URÍA GUTIÉRREZ, AITANA. **De la economía verde a las sociedades verdes: reflexiones para el futuro que queremos**. Madrid: Catarata, 2013, p. 108).

certificação de produtos que sejam compostos de materiais recicláveis” (art. 4º). Assim, em última análise, para gozar da redução do ICMS, a empresa contribuinte deverá pagar um outro tributo, enquadrado na espécie taxa<sup>16</sup>.

A segunda condicionante para o gozo deste benefício fiscal é que este apenas abarca as operações ocorridas no Estado do Ceará, também chamadas de “operações internas”. Tal determinação é elucidada a partir da interpretação conjugada da Lei do ICMS cearense com a lei que instituiu o Selo Verde. Isto porque, conforme preceitua o art. 1º desta lei, a certificação só há de ser conferida a empresas contribuintes do ICMS no Estado do Ceará.

Desta forma, apesar da redação do art. 43, da Lei do ICMS, apontar que “nas operações internas e de importação” fica concedida a redução na base de cálculo, no tocante às importações, trata-se de impossibilidade fática, posto que não há como a empresa ser contribuinte do ICMS no Ceará e ser sediada no Exterior<sup>17</sup>.

Por fim, uma última condicionante há de ser destacada, especialmente após o julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 110 (ADPF 110), pelo Supremo Tribunal Federal: a legislação cearense não está criando benefícios para que se promova a importação, dentre outros materiais recicláveis, de plástico, papel, papelão e resíduos sólidos da construção civil. O benefício fiscal restringe-se apenas às operações de circulação de mercadorias cujo ciclo produtivo tenha se utilizado desses materiais recicláveis, isto é, a redução na base de cálculo não é para o papel, o plástico ou o papelão comercializados enquanto insumos a serem utilizados no processo produtivo<sup>18</sup>, mas, ao revés, prestigia-se com a tributação menos onerosa o produto decorrente da utilização desses materiais<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Há de se ressaltar, apenas, que é prevista a isenção de tal taxa para as microempresas. Ademais, para os demais empresários, tal taxa é de, no máximo, R\$ 614,50, conforme valor da UFIRCE de 2014.

<sup>17</sup> Merece destaque as disposições da Lei Complementar nº 87/96, a qual estabelece normas gerais em sede do ICMS (também chamada de Lei Kandir), e que determina que, para efeitos desse imposto, considera-se autônomo cada estabelecimento (art. 11, §3º), fazendo-o diferir essencialmente dos tributos federais, por exemplo.

<sup>18</sup> Nas operações com sucatas de papel, vidro e plástico destinadas à indústria de reciclagem, o CONFAZ já autorizou e aprovou o Convênio ICMS nº 7, de 5 de abril de 2013, em cuja Cláusula Primeira se lê: “Ficam os Estados do **Ceará, Mato Grosso, Santa Catarina e o Distrito Federal** autorizados a conceder, na forma e condições estabelecidas em sua legislação, redução da base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a **carga tributária seja equivalente a aplicação de percentual de até 1%** (um por cento) sobre o valor das **operações internas** com sucatas de papel, vidro e plásticos, destinadas a estabelecimento industrial, que tenham como objetivo a reciclagem. § 1º Ficam os Estados do **Amapá e Pernambuco** autorizados a conceder **isenção do ICMS** nas operações de que trata o *caput*. § 2º Fica o **Distrito Federal** autorizado a conceder o benefício previsto no *caput* às **operações interestaduais**”. Em resumo, o que se vê é que, apesar da expressividade do valor “meio ambiente”, inserto na CF/88, e da necessidade absolutamente premente do Poder Públi-

A partir de tudo isso, e considerado o exemplo apresentado, pode-se facilmente inferir que a diminuição na tributação do ICMS nas operações com produtos resultantes da utilização de materiais recicláveis acaba por favorecer a estruturação de sistemas de logística reversa, ao menos para as indústrias sediadas no território cearense.

Isto porque, considerando-se que a logística reversa já é, por disposição legal, instrumento da PNRS, “caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios **destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos**” (art. 3º, inc. XII, PNRS), ao reduzir a tributação do produto final, a legislação tributária cria mais um atrativo para que a indústria promova um ciclo produtivo no qual seja previsto o reaproveitamento dos resíduos.

Em assim sendo, e diante da classificação proposta por Dália Maimon (1994) no início do presente trabalho, percebe-se que tal estímulo tributário acaba por promover uma mudança do mercado, na medida em que este acaba “modificando os processos e/ou produtos (inclusive embalagem). O princípio é de prevenir a poluição, selecionando matérias-primas, desenvolvendo novos processos e / ou produtos”.

Contudo, uma crítica que não pode deixar de ser apresentada relaciona-se ao parco envolvimento dos entes federativos instituidores do ICMS na concessão de incentivos fiscais, os quais não de funcionar como instrumentos da PNRS. No caso do Selo Verde cearense, apesar da relevância da iniciativa, vê-se que o mesmo não alcançou discussão no CONFAZ.

Além disso, ao se considerar que o Estado do Ceará não possui um parque industrial expressivo, ao ser tomado em comparação com o restante

---

co estimular os mecanismos de logística reversa, apenas 7 (sete), dos 27 (vinte e sete) entes que dispõem de competência para instituir o ICMS, fazem parte do citado convênio e, dentre todos, apenas o Distrito Federal está autorizado a benefício fiscal nas operações interestaduais.

<sup>19</sup> Como exemplo, a fim de facilitar a interpretação dos dispositivos normativos, pode-se apontar uma determinada empresa que fabrique cadeiras plásticas. Em sua linha de produção, terá dois modelos distintos de cadeira: no primeiro dele, fabrica um produto utilizando-se apenas de matéria-prima virgem, isto é, que jamais fora empregada em qualquer outro processo produtivo. Já no segundo modelo, a empresa passa a inserir no ciclo produtivo uma parcela de plástico reciclado, proveniente de um sistema de logística reversa recentemente estruturado, no qual são recolhidas as cadeiras descartadas pelos seus compradores originais. Assim, esse segundo modelo de cadeira usa, como insumo, tanto uma matéria-prima virgem, quanto uma parcela de matéria reciclada. Neste caso, atendidos os requisitos estabelecidos no regulamento do Selo Verde, a empresa poderia gozar de redução da base de cálculo na comercialização das cadeiras do segundo modelo de produção. Ao fazer isso, a tributação do ICMS sobre a segunda cadeira teria uma alíquota de 7%, enquanto que para a primeira cadeira seria mantida a alíquota de 17%. Não se pode esquecer que tais cargas tributárias incidem apenas nas operações internas ao Estado do Ceará.

do país, depreende-se que, apesar de simpática, a redução na base de cálculo do ICMS para produtos que se utilizem de materiais reciclados tende a não ser tão significativa, posto que circunscritas às operações ocorridas no interior do Estado.

Em assim sendo, conclui-se que tal incentivo deveria ser discutido no âmbito do CONFAZ, com vistas a envolver a maior parte dos entes federados, os quais poderiam promover ajustes no sentido de conceder incentivos fiscais em sede do ICMS para as operações interestaduais, o que representaria um incremento significativo para as empresas que estruturassem a logística reversa e modernizassem seu ciclo produtivo com vistas a aproveitar ao máximo os produtos já descartados pelos consumidores.

Dessa forma, o que propõe é que os Estados e o Distrito Federal utilizem os instrumentos relativos aos incentivos fiscais, conforme disposto na PNRS, atingindo as finalidades e os valores insertos nesta legislação, a partir do enaltecimento do caráter extrafiscal diferenciado, conforme se pode perceber na alternativa instituída pela legislação cearense. E tão logo alcançados os objetivos previstos na PNRS e efetivada a mudança de comportamento do mercado e da sociedade, hoje totalmente poluentes, tais incentivos não precisam mais existir, pois sabe-se que incentivos fiscoambientais devem ter prazos limitados e com a devida comprovação do benefício ambiental que o motivou.

Não existem mais justificativas para que o Estado brasileiro, diante do mandamento contido no art. 225, da CF, não se utilize dos diversos instrumentos legais para efetivar a proteção ao meio ambiente, notadamente ao se perceber a relevância da tributação na configuração desses valores. Quanto ao ICMS, para esta tomada de decisão, é fundamental a atuação do CONFAZ, enquanto harmonizador das normas e órgão no qual devem ocorrer as discussões relativas a incentivos e benefícios fiscais do imposto de maior expressividade estadual e distrital.

#### 4. CONCLUSÃO

A dinâmica estabelecida para enfrentar as complexidades das problemáticas oriundas dos efeitos deletérios de uma sociedade de consumo, pós-industrial e pós-moderna, nas quais os riscos estão marcados pelo traço da imprevisibilidade, tem gerado a necessidade de uma maior aproximação dos tradicionais ramos do Direito, notadamente, para a temática aqui disposta, entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental.

Apesar de um relativo atraso na aprovação da Lei nº 12.305/2010, comparativamente a outros países, tal Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) não perde sua importância, uma vez que contempla institutos bas-

tante diferenciados no direito positivo, podendo-se citar a logística reversa e a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Diante dos mandamentos contidos na PNRS, destaca-se um dos instrumentos, configurado na possibilidade de concessão de incentivos fiscais, a serem utilizados para atingir os objetivos da política. Nesse contexto, ao Poder Público são ofertadas diversas possibilidades para que as finalidades da PNRS sejam atingidas.

Nesse cenário, viu-se que o Estado do Ceará, em conformidade com a PNRS, passou a prever incentivos fiscais de ICMS, ao incluir, na lista de seus produtos sujeitos à redução na base de cálculo, aqueles resultantes da utilização de materiais recicláveis, tais como plástico, papel, papelão, resíduos da construção civil, dentre outros materiais.

A partir de tais disposições, o Estado instituiu o Certificado do Selo Verde, a ser utilizado nos produtos que gozarão da redução na carga tributária. O fato é que tal medida favorece apenas as operações internas ao Estado do Ceará, o que acaba por representar um parco alcance, ao ser comparado à abrangência que tal medida no âmbito nacional.

Em paralelo a isso, apesar da logística reversa ser um dos instrumentos inovadores da PNRS, sua operacionalização representa um custo a mais para as empresas brasileiras, o que acaba por desfavorecer uma mudança de atitude dos empresários.

Com isso, o que se propõe com o presente trabalho é que os Estados e o Distrito Federal debatam incentivos semelhantes ao Selo Verde cearense no âmbito do CONFAZ. O que se atestou é que, apesar da relevância da temática ambiental, e das possibilidades que a tributação favorece para alcançar objetivos outros que não a mera arrecadação, ainda existe uma demora em se implementar os valores da PNRS.

## REFERÊNCIAS

A riqueza que vem do lixo. **Revista Exame PME**. São Paulo: Abril, edição n. 72, p. 22-41, abr. 2014.

ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Tributos municipales sobre residuos en derecho comparado. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). **Tributación ambiental y haciendas locales**. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 1025-1044. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização**

**Reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997, p. 11-68.

BOECHAT, Cláudio Bruzzi; CAMPOS, Paulo Március Silva; PEREIRA, André Luiz; SILVA, Jersone Tasso Moreira; TADEU, Hugo Ferreira Braga. **Logística reversa e sustentabilidade.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

BOWERSON, Donald J., CLOSS, Davis J. **Logística empresarial.** São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2009.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Instrumentos fiscais na efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos: do poluidor-pagador ao protetor-recebedor. In: CAVALCANTE, Denise Lucena (Coord.). **Tributação ambiental: reflexos na Política Nacional de Resíduos Sólidos.** Curitiba: CRV, 2014, p. 141-158.

COHEN, Miriam Alfie; SÁNCHEZ, Adrián de Garay. Risk society and the precautionary principle. In: BENIDICKSON, Jamie et al. **Environmental law and sustainability after Rio.** UK/USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 84-100.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O decrescimento:** entropia, ecologia, economia. Trad. Maria José Perillo Isaac. São Paulo: SENAC, 2012.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. In: **Revista Estudos Sociedade e Agricultura.** Vol. 16. Abr, 2001, p. 95-112. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental.** LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa – meio ambiente e competitividade.** São Paulo: Pearson Prentice-Hall, 2006.

MAIMON, Dália. Eco-estratégia nas empresas brasileiras: realidade ou discurso. In: **Revista de Administração de Empresas.** Vol. 34, n. 4, Jul/Ago, 1994, p. 119-130. Disponível em: <[http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590\\_S0034-75901994000400013.pdf](http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901994000400013.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação.** São Paulo: Cortez-UNESCO, 2011.

NOLTE, Manfred. Fiscalidad y desarrollo humano sostenible. In: URÍA GUTIÉRREZ, AITANA. **De la economía verde a las sociedades verdes: reflexiones para el futuro que queremos**. Madrid: Catarata, 2013, p. 102-119.

ROSEMBUJ, Tulio. **El impuesto ambiental**. Barcelona: El fisco, 2006.

SOLER, Fabricio Dourado; MACHADO FILHO, José Valverde; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Acordos setoriais, regulamentos e termos de compromisso**. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde. Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos. São Paulo: Manole, 2012, p. 79-101.

TANURO, Daniel. **El imposible capitalismo verde: del vuelco climático capitalista a la alternativa ecosocialista**. Madrid: La Oveja Roja, 2011.





# A NECESSÁRIA (RE)ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO RISCO E À COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

---

*Fernando Hoffmann\**

## **Resumo**

O presente texto possui o escopo de investigar a necessidade de construção de um novo modelo de processo; um modelo democrático-constitucional(izado), que atenda aos desideratos político-sociais do Estado Democrático de Direito. Tal modelo surgirá a partir da ressignificação do direito material, bem como do reconhecimento do agir em processo como “estado de coisas” eminentemente hermenêutico. Assim, será possível se pensar em novos ambientes processuais compatíveis não só com os novos direitos oriundos da nova modalidade estatal, como também condizente com as necessidades da sociedade neotecnológica.

## **Palavras-chave**

Processo Civil. Direito Material. Novas Tecnologias. Hermenêutica. Constituição.

## **Abstract**

This text aims to investigate the need of constructing a new process model; a democratic-constitutional(ized) model which meets the political and social needs of the Rule of the Law. Such models will appear from the resignification of substantive law as well as from the recognition of act process as "state of affairs" eminently hermeneutical. So, it will be possible to think of new procedural environments not only compatible with the new rights from the new state mode, but also consistent with the needs of the neotechnological society.

## **Keywords**

Civil Law. Substantial Law. New technologies. Hermeneutics. Constitution.

---

\* Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista PROSUP/CAPES, Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ, Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Santiago,RS), Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias Informacionais e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, vinculado à UNIFRA e ao CNPQ. E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

Na modernidade, o Direito se apresentava limitado pelas construções teóricas do liberalismo, que eclodiram na Europa após a revolução burguesa. A partir desse momento, construiu-se um modelo de Estado estruturado sobre uma lógica individual-privatista, preocupado somente em proteger os sujeitos jurídicos dos abusos promovidos por ele próprio — Estado.

É marca do referido tempo, o modelo de Estado mínimo, que visou apenas proteger as liberdades individuais e, sobretudo, a propriedade privada e o contrato, bem como a economia de mercado. Desse modo, os conflitos produzidos nesse momento, ao menos no ambiente processual, envolvem direitos simplesmente individuais, exigindo uma solução simpl(ista)es que somente ponha fim ao conflito, após percorrido um procedimento alongado e universal, marcadamente ordinário, plenário e declaratório.

No entanto, passando-se a sociedade, e o processo, ao modelo de roupagem social de Estado, exige-se do Estado um pouco mais do que no antigo regime. O Estado Social surge com a intenção de trazer o adjetivo social, para o seio da sociedade, instaurando assim a questão social no Direito.

Neste caminho, deixa o ente estatal de ser meramente não interventor, passando a ser um possibilitador da questão social no âmago da comunidade. Ao lado dos direitos e prestações negativas do modelo Liberal, adentram à esfera político-jurídica direitos e prestações positivas, fazendo com que o Direito — e nesta onda o processo-jurisdição — passem a ser possibilitadores da questão social, ocasionando assim um novo agir do Estado e da jurisdição.

A eclosão do neoconstitucionalismo e a instituição do Estado Democrático de Direito acarretam uma complexificação ainda maior do viver em sociedade. E, para além dos modelos mantenedor — Estado Liberal — e promovedor — Estado Social —, constituem um modelo modificador das condições sociais.

A instituição de um Estado Democrático de Direito significa um *plus* normativo no que tange aos modelos anteriores, trazendo em seu bojo, como marca indelével, a preocupação com uma substancialidade constitucional. Ademais, as constituições do pós-guerra afluem uma série de direitos não existentes anteriormente, que mais do que positivados constitucionalmente, devem ser garantidos e concretizados em sua materialidade.

Tais modificações, como o surgimento de novos direitos — transindividuais, individuais homogêneos, difusos, coletivos —, geram uma complexificação social, bem como um aumento significativo da conflituosidade. Aliado a isso, adentra o mundo contemporâneo em uma nova era técnico-científica, rompendo com os paradigmas tecnológicos advindos da moderni-

dade, exurgindo daí um novo estado de coisas da sociedade contemporânea.

Veja-se que os influxos neo-tecnológicos são também geradores de novos espaços para o direito habitar. Sendo criadores de novos espaços de convívio social, a partir das novas tecnologias da informação e comunicação, são fomentadores de uma reviravolta nos estudos genéticos, necessitando-se de um novo paradigma ético-moral, entre outras modificações. São estas mudanças que vem ainda mais desassossegar o Direito e, nesse passo, o processo civil, ainda baseado na ordinariedade, num lugar de conforto sedimentado pela modernidade.

O presente trabalho, diante disso, num primeiro momento, traçará um panorama dos modelos de Estado e jurisdição liberal-social, buscando realçar os contornos da conflituosidade moderna e do papel — agir — processual-jurisdicional neste cenário.

Num segundo momento, buscar-se-á (re)compreender o direito processual civil a partir destas modificações paradigmáticas oriundas da contemporaneidade, o fazendo também desde um *novo* paradigma estatal, que exige um *novo* agir processual jurisdicional. Assim propõe-se um novo modelo processual invadido pela linguagem, pois, processo hermenêutico-factual, emergido do caso concreto, do sentido de/da Constituição, do Direito — aqui levado a sério — da tradição decisória consolidada, etc.

## 2. DA JURISDIÇÃO LIBERAL À SOCIAL: UMA OUTRA CONFLITUOSIDADE

A ciência jurídica se encontra, atualmente, limitada pela dificuldade de superar velhos paradigmas e propor soluções aos institutos tradicionais, já desgastados com o passar do tempo. Não é diferente no direito processual civil atual, enraizado em um modelo de matizes moderno-racionalistas instituído pelo Estado Liberal, servindo de pilar base para a jurisdição liberal. Uma jurisdição alicerçada em uma dogmática normativo-positivista a-crítica, que não admite a interpretação da lei (norma), mas somente sua aplicação na busca por verdades absolutas.<sup>1</sup> O Direito da modernidade, portanto, é apresentado como um projeto sistematizado, de exatidão e confiabilidade. Atende a uma “calculabilidade”, uma vez que tem a pretensão de livrar o tráfico de mercadorias de incertezas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 179-180.

<sup>2</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

No Estado Liberal, o Direito — e mais ainda a jurisdição liberal — preocupava-se com os direitos do indivíduo, ou seja, em resolver conflitos individuais, bem como em manter e consolidar o estado de liberalismo econômico. Era dever do judiciário a defesa da propriedade privada, da liberdade contratual, da garantia do livre comércio e do desenvolvimento industrial, pilares vitais para ascensão e consolidação burguesa.<sup>3</sup>

O liberalismo, como uma concepção estatal balizada por pretensões oriundas do homem enquanto ser individualizado possui como aspecto central de suas determinações a figura do indivíduo, sujeito moderno, devendo a atividade estatal preocupar-se com um espectro mínimo da vida política em sociedade. Deveria garantir ordem e segurança aos indivíduos, salvaguardando assim as liberdades civis e a liberdade pessoal, bem como assegurando-lhes a esfera econômica, que deveria ser consolidada no âmbito do livre mercado.<sup>4</sup>

Para que seja possível falar do sistema processual moderno, há também que se trabalhar a concepção positivista do direito enquanto sistema normativo fechado. Para esta visão positivista, seria o direito nascido dele próprio, tendo sua validade determinada pela norma fundamental — Kelsen<sup>5</sup> — sendo assim concebido como um sistema de normas que decorrem daquela norma fundamental pressuposta, não guardando espaço para quaisquer fenômenos que não sejam jurídicos<sup>6</sup>. Logo, fica evidente que “a teoria positivista pretende apenas ser método, lógica, sistema, assim manter-se, respeitadamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política”.<sup>7</sup>

Ainda no que concerne ao Estado Liberal, insta salientar que os detentores do poder — a burguesia revolucionária — estavam preocupados em manter o que haviam conquistado a partir das revoluções burguesas. Nesse ambiente a jurisdição não podia ser entendida como tarefa interpretativa, haja vista a formação da magistratura no âmago da aristocracia. É assim que se engessaria a atividade da jurisdição-processual, que acabou sendo tratada como uma mera atividade reveladora das vontades — verdades — da lei (Chiovenda).

---

<sup>3</sup> ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46-47.

<sup>4</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

<sup>5</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Passim.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79 — 85.

<sup>7</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 104.

Isso explica porque a teoria da jurisdição processual moderna está asentada na busca por “verdades”, que se materializam ao final do *iter* procesual — em regra, ordinário. Tais “verdades” ganham o selo da certeza e da eternidade histórica, por estarem baseadas na norma posta e serem a verdade do soberano, que deverá ser proclamada pelo juiz ao final do processo.<sup>8</sup> Daí forjou-se uma atividade jurisdicional pronta a jurisdicionalizar apenas o que está posto pelo Estado, a fim de ultimar segurança jurídica, elemento vital para o desenvolvimento do liberal-individualismo.<sup>9</sup>

Desse modo, a construção *juspositivista* descreve mal o sistema jurídico, como se fosse não mais que um conjunto de normas opacas, sem a possibilidade de ganhar cor na interpretação político-social das mesmas normas (regras). Caberia ao magistrado, apreendê-las e interpretá-las, mediante o mero conhecimento técnico-burocrático visando uma aplicação não mais que modesta da norma posta, pronta e unívoca. É o que se convencionou chamar de silogismo processual.

É a partir desta “mal acabada” construção positivista é que se constrói a jurisdição liberal, alicerçada para manter o *status quo*, não devendo preocupar-se com questões de cunho social. Acabou assim destinada a resolver — e não mais que isso — conflitos de índole basicamente individual.<sup>10</sup>

Funda-se assim num modelo de tutela jurisdicional baseada no conflito entre particulares, ou entre particulares e o Estado, de modo a resolver tais conflitos aplicando a norma posta. O conflito, em suma, nada mais é do que uma disputa monetário-individual após originar-se o dano, não havendo mais nada a fazer do que quantificá-lo monetariamente.

Por isso a jurisdição moderna atém-se às individualidades dos sujeitos de direito, procurando solução para os conflitos individuais oriundos da ordem sócio-econômica liberal, não sendo tal instituto — a jurisdição — capaz de resolver os conflitos transindividuais da pós-modernidade. Ademais, forja-se a ordem jurídica liberal sob as bases do paradigma moderno-racionalista, sendo a jurisdição afastada da vida em sociedade, geradora de tantas angústias aos sujeitos jurídico-sociais. O Direito moderno está livre de toda e qualquer insegurança e incerteza, pois a norma posta pelo legislador não deixa margem a faltas ou lacunas legislativas, estando previsto normati-

---

<sup>8</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Passim.

<sup>9</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

<sup>10</sup> ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O Processo, os Direitos Fundamentais e a Transição do Estado Liberal Clássico Para o Estado Contemporâneo. **Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Vol. 3, N. 1, janeiro-junho 2011, p.84-94.

vamente todo e qualquer conflito, num procedimento necessário à resolução desse<sup>11</sup>.

Percebe-se que a conflituosidade moderna vêm marcada também pelas características principais do liberalismo, quais sejam, o individualismo, a hipostasiação da norma, do contrato, da propriedade privada, a garantia do “mercado” e, sobretudo, a racionalização dos conflitos em mero caráter resarcitório. Não há que se pensar aqui em garantia de qualquer direito que não o de contratar e ter propriedade.<sup>12</sup>

Tal situação somente se altera quando se passa do Estado Liberal ao Estado Social, o que culmina na busca por uma maior sociabilidade do acontecer jurídico-político. A modalidade estatal social vem marcada por uma primeira ruptura com o modelo Liberal e, sobretudo, pelo incremento das funções do Estado, que passa de um modelo meramente protetor e ingerente a um modelo que deve gerenciar a implementação efetiva do social através de um novo catálogo de direitos. .

Nesse sentido, agrega-se ao Direito um conteúdo social, onde são recepcionados os valores jurídico-políticos do modelo estatal liberal. Contudo, dá-se a estes um novo significado condizente com o presente social. Além de forjados certos direitos para limitar a atividade do Estado, são também concedidos aos sujeitos jurídico-sociais direitos a prestações estatais. Logo, a partir do advento do Estado Social de Direito, “projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”.<sup>13</sup> Por isso

[...] o modelo de welfare state adjudica a idéia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de patrocínio da igualdade transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade. O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Passim.

<sup>12</sup> LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 176.

<sup>13</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

<sup>14</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51-56

Aqui transita o direito processual civil, saindo de um processualismo liberal, determinado pelos direitos individuais das partes, eminentemente escrito, a um processualismo social(izado), que a partir da oralidade funda o juiz como um persecutor ativista dos anseios sociais.<sup>15</sup> Instaura-se, com isso, uma forma de tutela jurisdicional interventivo-ativista, que surge com a função de qualificar socialmente o modelo de Estado. Este novo modelo tem por norte a busca pela implementação da questão social nos espaços político-jurídicos que antes estavam apartados de tais discussões.<sup>16</sup>

Nesse caminho o juiz torna-se o verdadeiro “intérprete” do Direito, cabendo-lhe a missão de, ao interpretar os textos legislativos, ou suprir as lacunas deixadas pelo mesmo legislador, tornar possível então a chamada questão social. O juiz ora declarador de vontades torna-se um juiz construtor do arcabouço político-social, que só vai ser totalmente construído a partir da atividade jurisdicional marcadamente intensa nestes novos tempos.<sup>17</sup>

Passado esse momento, chega-se ao paradigma jurídico-estatal pós-moderno, marcado pelo Estado Democrático de Direito, que não pode ser dissociado do novo constitucionalismo. Tão pouco pode ser tratado como uma mera passagem de modelo. Ademais, é nesse momento da história que a teoria jurídico-estatal ganha um caráter transformador das circunstâncias político-sociais.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito [...]. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no status quo da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Esta-

---

<sup>15</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, Passim.

<sup>16</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 21-22. Embora não seja escopo do presente trabalho, insta referir que há que se tomar muito cuidado com a passagem do modelo processual liberal ao social. Porquanto não seja compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito um processualismo inerte, calcado na resolução de conflitos meramente de cunho individual-patrimonialista, a partir, da não menos mera subsunção fato-norma. Também não se coaduna com o novo paradigma, um processualismo que erige à condição de oráculo da questão social a figura do juiz, passando esse a ser um interventor ativista sem limites, na persecução do implemento do social (STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto — decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Passim).

do na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principlológico.<sup>18</sup>

Desse modo, é evidente que o modelo jurisdicional moderno sofre uma ruptura na pós-modernidade, atravessando uma crise de gigantescas proporções, pois não conseguiu resolver os conflitos transindividuais inerentes à modernidade líquida — Bauman —, não conseguindo dar vazão ao imenso número de processos que chegam às portas do judiciário. Consequentemente, não conseguiu concretizar os direitos garantidos constitucionalmente, e, sendo assim, não foi capaz de amortizar o caos social em que se encontra o mundo moderno.

Daí a tão falada crise da jurisdição e, porque não, do processo como um todo. O surgimento de uma nova conflituosidade, oriunda de novos direitos — coletivos, individuais homogêneos, difusos —, bem como a atribuição de capacidade atuante a novos atores jurídico-sociais, intensifica referido processo. Tais circunstâncias geram um déficit da jurisdicionalidade que não suporta a crescente litigiosidade.<sup>19</sup>

Registre-se que nesse contexto de reordenação das circunstâncias de mundo que permeiam a contemporaneidade, o surgimento de novas tecnologias, a partir da eclosão de um novo paradigma científico-tecnológico, agudiza ainda mais o estado de crise por qual passa o direito processual civil. Os novos meios de comunicação e informação — computador, celulares, *pager*, internet, etc — criam novos espaços de convívio/conflito jurídico-social, trazendo a reboque uma nova conflituosidade às esferas jurisdicionais.

Os avanços, principalmente no que tange à biomedicina, biogenética, robótica etc., fazem com que seja necessário o repensar dos parâmetros ético-morais anteriores, além do que abre um novo leque de possibilidades ao Direito, pois traz consigo uma gama de questionamentos referentes à função dele próprio nesse cenário. A bioética, a biosegurança, um novo paradigma ético para as pesquisas envolvendo seres humanos, passam a ser preocupações do nosso tempo. A construção de um arcabouço bio-jurídico.

Em meio a este novo contexto jurídico-social intensifica-se a chamada à jurisdição, partindo da positivação de novos direitos e do surgimento de novos ambientes sócio-técnico-científicos, o que gera a necessidade de construção de um novo *locus* jurídico-processual. É o que se passa a tratar nas linhas que seguem.

---

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

<sup>19</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. A Crise da Jurisdição e a Necessidade de Superação da Cultura Jurídica Atual: uma análise necessária. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion (Org). **Os(Des)Caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 65.

### 3. O PROCESSO CIVIL DESAFIADO PELA CONFLITUOSIDADE ORIUNDA DA SOCIEDADE NEO-TECNOLÓGICA: POR UM NOVO AMBIENTE PROCESSUAL

A partir principalmente do estado democrático de direito busca-se um novo *modus operandi* processual-jurisdicional, uma vez que o Direito está jogado à complexidade da sociedade de risco — Beck. A sociedade moderna vê colocados em xeque suas principais construções prático-teóricas. Surge em meio a este novo modo de ser-estar no mundo um emaranhado de estruturas técnico-científico-sociais não imaginadas pelo homem moderno, o que provoca um desassossego quando se chega a esta pós-modernidade<sup>20</sup>.

No transcurso desta “nova modernidade” — Giddens — já em sua origem modificadora do *status quo*, as instituições político-jurídico-sociais vão à ruína. A solidez social assentada na estratificação de classes; a solidez estatal consubstanciada em um Estado agigantado e claramente delimitado; a solidez jurídica garantida por um sistema normativo fechado: são todos exemplos disso. Exemplos que cedem à liquidez do constante jogo de ascensão e declínio social instaurado pelo capitalismo<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Faz-se necessário, nesse momento, alguns esclarecimentos sobre o termo pós-modernidade, bem como, sobre a condição do homem nesse dado momento. Lyotard compreende a pós-modernidade como uma época marcada pelo fim das grandes narrativas, ou seja, uma época de reordenação dos saberes, o que provoca um esfacelamento das instituições modernas, como, os Estados-nação que, não mais detém o “monopólio” do saber, o controle sobre os caminhos e descaminhos do político-social (LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 3-7). Lipovetsky, no entanto, encara a pós-modernidade como um momento de transição, para o autor, a designação pós-modernidade tinha o mérito de indicar uma mudança de rumos nos caminhos da modernidade, a partir da rápida expansão do consumo e da comunicação de massa, exacerbação do individualismo, consagração do hedonismo, etc. No entanto, tratava-se também de uma expressão ambígua, porque não designava um período de mera superação da modernidade, mas sim de continuação daquela anterior. “No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rotulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia”. Devido a esse esgotamento do termo pós-modernidade, a partir da potencialização de algumas características da modernidade, consubstancia-se a terminologia hipermodernidade, para designar uma época de hipercapitalismo, hiperclasse, hiperterrorismo, hiperindividualismo, etc. (LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 52-53). De outra banda, Dufour liga a pós-modernidade ao “sucesso” do regime capitalista em sua nova roupagem neoliberal, enquanto sistema político-econômico-social. Para tanto, o autor refere que esta pós-modernidade neoliberal deseja o fim do sujeito crítico kantiano, bem como, o fim do sujeito neurótico freudiano como símbolos da modernidade, substituindo essa concepção de sujeito, por um sujeito acrítico e psicotizante, aberto para todas as conexões e disponível ao mercado, tanto de produtos quanto de informações (DUFOUR, Dany-Robert. **A Arte de Reduzir As Cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, p. 117-119).

<sup>21</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Passim.

Cria-se daí um novo cenário, multifacetado e globalizado, que desterritorializa e destemporaliza o acontecer político e social. As instituições perdem o seu lugar seguro e passam a trabalhar com o risco, com o caos, com a incerteza. Constrói-se uma sociedade modernizante que tem no fluxo de modernizações a sua vitalidade. Há um sentimento de destruição criativa, o que possibilita um intenso e contínuo recriar, em nome de uma pretensa evolução.<sup>22</sup>

Aliado a este sem número de modificações no ser-estar-agir em sociedade, une-se uma estrondosa revolução tecnológica que ganha corpo volumoso, notadamente a partir do pós-segunda guerra. Ali ano após ano, década após década, origina-se e aperfeiçoa-se um novo aparato tecnológico. Tal situação ganha uma nova dimensão a partir das últimas décadas.

Vive-se então em uma sociedade que experimenta a construção de novos tempos, onde o aparato sócio-técnico propicia um novo estado de coisas. A concepção de um futuro imprevisível que se modifica com o passar do tempo e a constante evolução tecnológica. Neste bojo de evolução tecnológica, as novas tecnologias da informação e comunicação e as evoluções técnico-científicas ocorridas no âmbito da genética, da neurociência, da robótica, da biotecnologia como um todo, criam um novo modo de perceber o mundo e as “coisas do mundo”.<sup>23</sup>

No campo das novas tecnologias da informação e comunicação origina-se efetivamente um novo modo de convívio social, de inter-relação humana. Tais alterações provocam uma re-estruturação dos modos e meios de produção capitalista, organizados em torno da produtividade e processamento de informação e conhecimentos, a partir de uma interação entre as novas fontes de conhecimento e o uso das mesmas, especialmente para gerar uma melhora na geração de novos conhecimentos.<sup>24</sup>

As fronteiras da informação e da comunicação caíram a partir de um novo paradigma relacional. A vida em rede — a rede digital —, o ciberespaço<sup>25</sup>, a cibercultura<sup>26</sup>, surgem como instituições

---

<sup>22</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 36.

<sup>23</sup> VAZ, Paulo. Tempo e Tecnologia. In: DOCTORS, Marcio (Org). **Tempo dos Tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 69-92.

<sup>24</sup> CASTELLS, Manuel. **A Sociedade Em Rede — A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 53-54.

<sup>25</sup> Como ciberespaço há que se entender o espaço da rede, ou seja, a própria configuração da sociedade em rede é no ciberespaço. É o espaço — território — oriundo da interconexão informática, do estar ligado á internet, do estar na rede. Pierre Levy, ainda compreende o ciberespaço como um espaço comunicacional por excelência, de produção global do conhecimento, onde a interconexão humana em escala planetária gera um organismo vivo linguística e culturalmente (LEVY, Pierre. O Ciberespaço Como Um Passo Metaevolutivo. **Revista FAMECOS**, N. 13, dez/2010, p. 59-67).

imaginárias dissolvidas no tempo e no espaço, liquefeitas em sua origem, em seu porvir. Não há começo nem fim para a rede, não há espaço — fronteiras — para o ciberespaço, não há referencial concreto para a cibercultura. O ser humano neste mundo é um ser infinito, não identificável e sem identidade, desprotegido em meio ao contexto complexo desta cibersociedade desregulada e desreguladora.<sup>27</sup> Uma coisa é certa: vivemos hoje em uma dessas épocas limítrofes na qual toda a antiga ordem das representações e dos saberes oscila para dar lugar a imaginários, modos de conhecimento e estilos de regulação social ainda pouco estabilizados. Vivemos um destes raros momentos em que, a partir de uma nova configuração técnica, quer dizer, de uma nova relação com o cosmos, um novo estilo de humanidade é inventado.<sup>28</sup>

A sociedade contemporânea nesse espectro torna-se uma sociedade de simulacros e relações imaginárias. Criam-se novas complexidades que perpassam todo o tecido vivo social. As noções de tempo e espaço são jogadas à incerteza, bem como as inter-relações humanas são desterradas e jogadas em um mundo “imaginário”.<sup>29</sup> Não há mais lugar para o que é fixo e imutável. Vive-se um tempo de resignificações em que os significados reais das coisas — da modernidade — foram perdidos e, devem ser re-encontrados por um novo mundo institucional.

Dentro desse contexto que apresenta novas condições de mundo, há que se construir um novo Direito e, ademais, repensar também o processo civil, principalmente a partir dos novos direitos surgidos no âmago de uma verdadeira reviravolta sócio-técnico-científica. Para além de se exigir um processo democrático-constitucional(izado), exige-se um direito processual capaz de atender a uma nova materialidade jurídica.

---

<sup>26</sup> Entende-se por cibercultura: “o conjunto tecnocultural emergente no final do século XX impulsionado pela sociabilidade pós-moderna em sinergia com a microinformática e o surgimento das redes telemáticas mundiais; uma forma sociocultural que modifica hábitos sociais, práticas de consumo cultural, ritmos de produção e distribuição da informação, criando novas relações no trabalho e no lazer, novas formas de sociabilidade e de comunicação social. Esse conjunto de tecnologias e processos sociais ditam hoje o ritmo das transformações sociais, culturais políticas nesse início de século”. (LEMOS, André; LEVY, Pierre. **O Futuro da Internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 21-22).

<sup>27</sup> LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1998, p. 113.

<sup>28</sup> LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1998, p. 17.

<sup>29</sup> MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução: Francisco Rüdiger. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). **A Genealogia do Virtual**: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 81-107.

Como dito, não se pode abandonar a perspectiva de se construir um modelo de processo que, democrático-constitucional(izado), tenha por norte a efetivação do texto constitucional, bem como a possibilidade de participação cidadã no acontecer da democracia, dando voz aos sujeitos jurídico-sociais e implementando os direitos garantidos constitucionalmente em toda a sua materialidade.<sup>30</sup> Por isso é que cumpre no momento atual relacionar processo civil e Constituição, materializando os princípios constitucionais através do processo. O direito processual deve passar por uma materialização através da constitucionalização de suas diretrizes basilares, ao mesmo tempo em que o direito constitucional reconhecerá a importância do processo/procedimento para a materialização/concretização desses novos direitos, advindos com a nova roupagem constitucional.

Nessa perspectiva de constitucionalizar-se o processo, faz-se necessário fundar uma “jurisdição constitucional(izada)”<sup>31</sup>. Jurisdição esta que, levando em conta a materialidade constitucional, refunde o direito no passo do novo paradigma, instituindo um modo-de-ser processual democrático e constitucional, capaz de dar vida ao texto da Constituição. Preocupado, por isso, com a materialidade do(s) direito(s).

Encontra-se no centro da discussão jurídico-processual a preocupação com a substancialidade jurídica — do Direito —, perfectibilizada no acontecer de um novo processo/procedimento apto a implementar e garantir toda esta gama de direitos nascida na contemporaneidade. A realização do direito em perspectiva material deve ocupar decisivamente a atividade jurisdicional — o agir em processo.<sup>32</sup>

Nesse sentido, a já falada crise do processo e da jurisdição toma corpo, devido ao descompasso entre um processo — jurisdição — que ainda não

---

<sup>30</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Aparentamentos Iniciais de Um Processualismo Constitucional Democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 352-353.

<sup>31</sup> A partir deste momento, usar-se-á o termo “jurisdição constitucionalizada” em detrimento do termo “jurisdição constitucional”. Tal opção, dá-se pela possibilidade de se entender o termo “jurisdição constitucional” como um modelo jurisdicional face a uma jurisdição não-constitucional, estando-se assim aprisionados a uma concepção metafísico-dualista. Já, ao empregar-se o termo “jurisdição constitucionalizada” tem-se o sentimento de que todo o espaço jurisdicional foi constitucionalizado, ou seja, que a Constituição passou a habitar as entranhas do sistema jurídico e, assim, também, do Direito Processual, não cabendo em meio ao novo paradigma operar-se sob uma concepção dualista que cinda a atividade jurisdicional em constitucional e ordinária (HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Passim).

<sup>32</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis ; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). **Constituição e Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.120.

assumiu os conteúdos democrático-constitucionais que lhes foram apresentados. Segue ele galgando uma concepção de processo que se basta enquanto procedimento e que se coloca em evidente descompasso com a roupagem dos direitos e conflitos erigidos na/da sociedade neo-tecnológica.<sup>33</sup>

Daí que a atividade jurisdicional, nesse novo contexto histórico, deve assumir para si a condição de viabilizadora do aflorar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. O que importa à jurisdição enquanto efetividade e eficácia é o oferecimento ao cidadão de meios aptos a realizar o direito material. Os direitos materialmente albergados no texto constitucional. Se o processo contemporâneo permanecer ligado aos institutos tutelares imóveis da processualística moderna, e não se preocupar em alcançar aos sujeitos jurídico-sociais meios de efetivar o direito material, estará à distância de um abismo da atividade jurisdicional compatível ao Estado Democrático de Direito. Com efeito:

[...] o processo judicial, se na sua origem, significava deslindar e interromper a incerteza, consistindo na fase terminal de um drama, amiúde individual, com vários personagens, muda de horizonte. Destina-se a promover a concretização dos valores constitucionais. Da finalidade de curto prazo — então a solução do caso individual — passa-se à finalidade de longo prazo — consolidação dos valores democráticos e a paz pública.<sup>34</sup>

Na revalorização do direito material face ao processo está o mais importante passo na retomada do processo-jurisdicional como algo que importa à concretização e garantia do direito material constitucionalmente garantido. No horizonte lançado pelo Estado Democrático de Direito, permeado por um novo paradigma técnico-científico, o processo civil que se exige é um processo preocupado com o acontecer do direito material e da Constituição.<sup>35</sup>

Torna-se imprescindível, nesse momento histórico, que se reconheça a força modificadora — do *status quo* — característica do direito material, como força motriz do processo/procedimento. Trata-se de compreender o processo civil como algo para além de mera técnica, capaz de fazer acontecer o direito materialmente pretendido nos passos exigidos pela Constituição. Assim é

---

<sup>33</sup> ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010, p. 5-26.

<sup>34</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS — N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

<sup>35</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010. Passim.

possível construir um processo que reconheça a força do direito material na imposição de seu conteúdo, e que ocupe o seu lugar na satisfação do direito a partir da construção de sentido de um novo direito característico da sociedade neo-tecnológica.<sup>36</sup>

Nesse caminho, processo se faz no mundo, no tempo, buscando sentidos através da compreensão hermenêutica — circular hermenêutica — dos fatos trazidos ao mundo processual, que, embora seja dimensão diversa, por óbvio se perfaz em determinado momento histórico-temporal.<sup>37</sup> Nestes novos tempos, passa — ou deve passar — a relação jurídico-processual a ser, para além dela mesma, uma relação hermenêutico-processual; de desvelamento do significado constitucional dos fatos, do ser constitucional do próprio processo. Este novo modo de se compreender/fazer processo permite o encontro do processo com a Constituição no momento da satisfação do direito material, que será desvelado no seio da decisão, enquanto resposta constitucional e jurídico-materialmente adequada. A resposta correta “surge”, assim, de um ambiente processual democrático-constitucionalizado que pauta a busca por ela (resposta) em uma conduta íntegra e coerente com o direito institucionalizado, capaz de garantir e concretizar o direito material posto em conflito.

O direito só se materializará enquanto direito, nesta nova roupagem paradigmática, por meio do caso concreto, exigindo mais que apenas a resolução do conflito. Uma resposta constitucionalmente adequada à satisfatividade do direito em pauta deve surgir nos novos caminhos abertos pela Constituição e pela institucionalização de um novo processualismo implicado no processo de concretização e garantia de direitos.<sup>38</sup> Por isso que ao agir processualmente o juiz deverá se pautar na integridade, na coerência, na tradição, nas respostas que integrativamente foram construídas anteriormente. Agir em jurisdição nesta época é uma questão de história efetual, é seguir hermenêuticamente o caminho processo-jurisdicional na busca pela resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto, desvelando-a no momento decisório.<sup>39</sup>

Não é compatível com o processo de um Estado Democrático de Direito, muito menos com os novos direitos forjados na sociedade contemporânea

---

<sup>36</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. **Relação Entre Direito Material e Processo Uma Compreensão Hermenêutica**: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 164.

<sup>37</sup> ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010, p. 5-26.

<sup>38</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 268-269.

<sup>39</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica À Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98-99.

científica, tecnológica e socialmente complexificada, o aceite de basicamente apenas um procedimento — ordinário, eminentemente plenário e declaratório —, como o único meio apto a concretizar e garantir direitos tão diversos entre si. Por isso é que o direito processual civil na contemporaneidade deve ser (re)considerado materialmente, como instrumento a serviço do(s) direito(s)<sup>40</sup>. O processo contemporâneo deve trazer consigo o “adjetivo” constitucional(izado); um processo capaz de oferecer respostas constitucional e materialmente adequadas ao caso concreto. Assim é que se resgata o mundo prático no direito processual civil, especialmente pela redescoberta do direito material como fator primordial de efetividade do processo/procedimento.

Para tal, propõe-se a construção de um *locus* processual diverso do processo de conhecimento, que tenha em si a busca por satisfatividade do direito no caso concreto. Se avista esse novo *locus* a partir da resignificação dos interditos — do Direito Romano Clássico<sup>41</sup> — como temporalidades processuais diferenciadas/diferidas, operadas pelo pretor de acordo com o direito que estava posto em discussão. Claro, que no atual momento, o poder de *imperium* — do antigo pretor romano — vem ao juiz-intérprete contemporâneo mediado pela linguagem que interpenetra a relação intérprete-direito-caso concreto, fazendo com que não seja possível confundir tal poder de *imperium* com qualquer tipo de discricionariedade exagerada ao pondo de gerar decisões arbitrárias e decisionistas.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Aqui, cabe deixar claro que não se faz referência á qualquer tipo de uso utilitarista do processo, como se fosse um meio instrumentalizável a serviço de escopos metajurídicos realizáveis processo-jurisdicionalmente, como defende a escola instrumentalista paulista. Estar a “serviço” do(s) direito(s), é ter aptidão para concretizar e garantir os direitos constitucionalmente tutelados.

<sup>41</sup> Neste ponto, se faz necessário melhor localizar de que período do Direito romano se está falando. Deste modo, o direito romano, no curso de sua história, encontra-se dividido em três períodos: o do direito romano antigo ou pré-clássico (753 a.C até 149/126 a.C) tido como um momento primitivo da historia jurídica romana; o do direito clássico (149/126 a.C até 305 d.C) que tem origem com a *Lei Aebutia*, que substitui o processo das *legis actiones* pelo processo *per formulas*, findando no reinado de Dioclesiano; e finalmente o denominado período pós-clássico, a partir do reinado de Justiniano (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil. A Sumariedade Material da Jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá. Passim).

<sup>42</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 232-234. Quando se fala aqui em poder de *imperium*, este, não guarda relação com um poder discricionário exacerbado — a discricionariedade em sentido forte dworokiniana — típica das construções jurídicas normativo-positivistas. O *praetor* tinha um poder de *imperium* que se perfectibilizava no caso prático, nos fatos da vida e, que, a partir destes, definia com base no que antes havia sido decidido — no período Clássico do direito romano, as fontes primeiras do direitos eram a jurisprudência a partir do trabalho dos jurisconsultos e os éditos dos pretores — qual a “fórmula” — o procedimento — apropriado para o conflito de direito existente, tendo como como horizonte de compreensão para o caso concreto a exigên-

A esse novo ambiente processual instituído hermeneuticamente em meio ao paradigma do Estado Democrático de Direito dá-se no nome de sentença liminar de mérito, percebendo-a não como o fim de um conflito individual, mas como o atendimento — garantindo ou concretizando — aos direitos humano-fundamentais-sociais. Abre-se espaço a um processo jurisdicional pluralista tanto quanto aos envolvidos — partes — pois para além da participação de autor e réu, se o caso exigir, aberto à sociedade, quanto em relação ao procedimento que, não estará mais limitado ao processo de conhecimento de rito ordinário-plenário-declaratório pautado em cognição exauriente.<sup>43</sup>

Este novo espaço-tempo processual tem como pressuposto ressignificar a verossimilhança em processo civil, pensando a decisão jurídica para além da chegada a uma verdade posta pelo Estado via atuação do magistrado, seja ela formal ou material. Parte-se de uma “verdade do momento” hermenêutica e consubstanciada no caso concreto apresentado em juízo, o que possibilita ao intérprete dar uma primeira significação decisória a partir do que já está posto no caso em tela. A “verdade verossímil” vem mediada pela linguagem e pelo modo-de-ser-no-mundo do intérprete que opera com o caso concreto desde-já-sempre jogado no mundo, mundo que o circunda e pré-compreende algo anterior aqui, autenticamente, pois, com base no direito, no caso concreto, na Constituição e em uma tradição decisória, etc.<sup>44</sup>

Pressuposto outro, é que seja um processo participativo, orientado pela oralidade e pela construção hermenêutica da decisão com fulcro na mediação feita pela linguagem. Não cabe ao juiz protagonista o desenlace do caso concreto, mas sim, cabe ao juiz e às partes — e à sociedade quando for o

---

cia formular/procedimental do direito material. Ou seja, nesta primeira fase jurisdicional — *in iure* — o pretor com base em decisões anteriores e nas fórmulas que já haviam sido utilizadas, tinha o condão de seguir os passos já trilhados, ou, com base no caso concreto eleger fórmula nova que melhor atende-se às pretensões do direito material. Deste modo, resta claro que o poder de *imperium* exercido pelo pretor não guarda relação com o poder discricionário concedido ao magistrado na modernidade, pois aquele — o pretor — não criava o direito tendo como ponto inicial um grau zero de compreensão, mas sim, orientando-se por uma prática decisória anterior baseada no caso concreto. Fica evidente que tal jurisdição não é a que nos foi legada a partir da modernidade, pois a jurisdição clássica romana, tinha como base a prática jurídica e não a lei — como uma criação metafísica da modernidade racional —, tinha como base a “possibilidade procedimental” e não o procedimento ordinário que reveste com exclusividade a jurisdição declaratória a qual está aferrado o processo civil ainda no momento atual (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-54).

<sup>43</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 236-239.

<sup>44</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 245-255.

caso — dialogalmente construir uma decisão volitivo-constitucionalmente correta, pois, a partir de um contraditório efetivamente constitucional e dinamizado através do diálogo jurídico-social. Logo, tal ambiente não deve ficar dependente de um outro procedimento, mas sim, autonomicizar-se em relação ao processo de conhecimento sendo efetivamente um *locus* processual democrático-sumarizado.<sup>45</sup>

O modelo de processo democrático-constitucional que se defende, é um ambiente de contradição dialógica entre as partes. Configura-se em um espaço-tempo hermenêutico-discursivo de simetria participativa em que, não há protagonista — o juiz — nem, imobilidade do juiz perante as partes. Os atores do processo dialogam em posição de igualdade dentro do cenário jurisdicional, formando um contexto decisório hermenêutico-comparticipativo atravessado pela linguagem.<sup>46</sup>

Dessa forma a jurisdição reafirma o seu papel na arena político-social como um espaço-tempo propício ao habitar da democracia. Essa reafirmação democrática do ambiente jurisdicional dá substância ao fenômeno processual, o que conforma toda a prática judicativo-processual a agir em nome da Constituição, dos direitos humano-fundamentais-sociais, da ressignificação da esfera pública e, sobretudo, do encontro hermenêutico-democrático do processo com a facticidade do caso concreto.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 286-293. Cabe fazer referência, que a sumarização não implica um esvaziamento do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas sim, o seu redimensionamento democrático e, sobretudo, substancialmente constitucional(izado). Opera-se nesse ambiente, para além do contraditório prévio, com outros tipos de contraditório como o diferido e o eventual, possibilitando uma efetiva participação em contraditório no processo de desvelamento do direito no caso concreto (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 294-301). Como salienta Francisco José Borges Motta, agir democraticamente em processo — jurisdição — significa permitir aos contraditores tomar parte da construção do provimento, não necessariamente um ajudando mutuamente o outro — opinião nossa —, mas sim, ambos buscando dialogicamente a produção de uma resposta adequada ao caso — ao seu caso — e, ao deslinde da controvérsia. “Essa “participação” de que falamos transcende a tradicional “bilateralidade da audiência” para se concretizar na efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo das decisões judiciais...” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando O Direito A Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 177).

<sup>46</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 196.

<sup>47</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil. A Sumariedade Material da Jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 406.

Este modelo processo-decisório sumário, encurtado temporalmente — sem ser acelerado —, mas, não substancialmente, traz em si próprio a legitimidade, consubstanciada na participação democrática das partes em processo e da sociedade como um todo, em matérias de repercussão e interesse da comunidade. Assim, não se coloca a legitimidade da decisão distante do caso concreto, em detrimento de estar próxima das abstrações mortas da modernidade — segurança jurídica, pacificação social, certeza, etc — presentes até hoje no ideal de coisa julgada, de sentença final de mérito, etc.

Não se trabalha nesse novo *locus* processual com uma legitimidade artificial, mas sim, com uma legitimidade mundano-existencial, pois, construída hermeneuticamente a partir do caso concreto e do diálogo entre as partes em um procedimento atravessado pela linguagem. Nesse trilhar, o que deve estar claro, é a exigência de um novo processo e de uma nova jurisdição, não apenas voltada aos direitos individuais, figuras centrais do liberalismo, mas sim, que esteja adstrita aos desideratos do Estado Democrático de Direito e condicionada aos novos direitos emanados do novo paradigma sócio-técnico-científico. Um processo/jurisdição que caminhe ao encontro do direito constitucionalmente considerado, e da realização do direito material a partir do caso concreto, propiciando a construção de *lôcus* processuais diferenciados, de acordo com as necessidades de cada direito, com isso atendendo a materialidade jurídica, e dando ao processo caráter de caminho apto à realização do direito material.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade relegou-nos um sistema jurídico fechado em si próprio, em-si-mesmo para com as coisas do mundo. Em que somente era direito o que estava dado *a priori* pela codificação, pelo Estado, pelo soberano, não havendo espaço para os acontecimentos ocorridos fora do plano jurídico.

Também nos deixou como herança uma racionalidade técnico-burocrática no concernente ao manejo do direito. Tal racionalidade jurídica é o que serve de sustentáculo para um modelo processual forjado a partir das revoluções burguesas, o qual tinha por objetivo primeiro: sustentar um ambiente de mobilidade social e, conseqüentemente, a ascendência da burguesia ao poder.

Este sistema processual oferece ao povo um modelo de tutela jurisdicional que somente tem a função e a capacidade de garantir o funcionamento da máquina estatal liberal num regime de não intervenção da esfera privada. Para a jurisdição liberal, bastava garantir aos particulares um espaço para livre contratar, bem como, garantir o contrato e, proteger os sujeitos jurídico-sociais contra possíveis excessos do Estado.

Logo, tal jurisdição é construída a partir de um procedimento único e universalizado, qual seja, o procedimento ordinário, para atender a uma conflituosidade de cunho individual, ressarcitório e reparatório. Os direitos envolvidos em disputa são direitos meramente do indivíduo, em conflito com outro indivíduo ou com o ente estatal. Assim, este modelo de jurisdição contenta-se com a mera resolução do conflito, cabendo ao juiz mecanicamente determinar o *quantum* indenizatório devido pela violação de um direito — individual.

Porem, tal situação modifica-se com a passagem ao Estado Social de Direito, fazendo exsurgir um processo também social(izado), que passa a ser responsável pela instituição da questão social no âmbito político-jurídico. O modelo estatal social faz com que a máquina estatal para além da não intervenção, passe a conduzir o modo de agir político-jurídico para uma compreensão social do Direito. Fazendo com que se forje uma esfera de proteção ampliada e, que não se basta com o simples proteger, mas sim, com o agir em busca do social.

Tal modificação acentua-se ao adentrar-se o paradigma do Estado Democrático de Direito, que, como dito anteriormente, acontece como um *plus* normativo aos modelos anteriores e, carrega consigo um caráter modificador do *status quo*. Pois, traz em sua contenedística, os direitos humano-fundamentais agora positivados e garantidos constitucionalmente.

Este corte paradigmático aliado a complexificação científico-tecnológica vivida pela sociedade contemporânea gera o surgimento de uma nova conflituosidade mais complexa, porque atinente a novos direitos não positivados anteriormente. Também provoca um aumento da litigiosidade, porquanto, aos sujeitos jurídico-sociais agora, são alcançados direitos que devem ser garantidos e concretizados e, que, em não sendo, deve o judiciário — via jurisdição — propiciar o acontecer destes novos direitos.

Evidentemente, necessita-se de um novo modelo processual que inspirado no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito de uma nova amplitude ao aparato processo-jurisdicional. O processo consubstanciado pelo novo paradigma deve ser um processo/jurisdição democrático-constitucionalizado atinente a participação democrática do cidadão tanto enquanto parte em processo, como enquanto sociedade civil organizada na garantia e concretização dos direitos humano-fundamentais-sociais.

Este novo modelo processual nasce invadido pela linguagem, pois, processo hermenêutico-factual, emergido do caso concreto, do sentido de/da Constituição, do Direito — aqui levado a sério — da tradição decisória consolidada, etc. É um ambiente processual democrático-sumarizado, participativo, alicerçado sobre um contraditório substancialmente constitucio-

nal(izado) e, sobre modo, autônomo em relação ao processo de conhecimento — ordinário-plenário-declaratório.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Detzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). **Constituição e Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legislares?**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade Em Rede — A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DUFOUR, Dany-Robert. **A Arte de Reduzir As Cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **A Refundação da Ciência Processual e a Defesa das Garantias Constitucionais: neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais**. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS — N.7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. **Relação Entre Direito Material e Processo Uma Compreensão Hermenêutica**: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica**: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010, p. 5-26.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMOIS, André; LEVY, Pierre. **O Futuro da Internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1998.

\_\_\_\_\_. O Ciberespaço Como Um Passo Metaevolutivo. **Revista FAMECOS**, N. 13, dez/2010, p. 59-67.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

LUCAS, Doglas César. A Crise Funcional do Estado e o Cenário da Jurisdição Desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução: Francisco Rüdiger. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). **A Genealogia do Virtual**: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando O Direito A Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMIRES, Maurício. **Crítica À Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil. A Sumariedade Material da Jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS — N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Crise da Jurisdição e a Necessidade de Superação da Cultura Jurídica Atual: uma análise necessária. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion (Org). **Os(Des)Caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Que É Isto — decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VAZ, Paulo. Tempo e Tecnologia. In: DOCTORS, Marcio (Org). **Tempo dos Tempos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.



# A ESTRUTURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAL

*Janaina da Silva Rabelo\**  
*Romana Missiane Diógenes Lima\*\**  
*Samira Macêdo Pinheiro de Amorim\*\*\**

## Resumo

O presente artigo pretende analisar a atuação dos princípios na jurisdição constitucional brasileira, diante do surgimento da nova interpretação constitucional, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tanto, buscar-se-á discutir o surgimento e a importância dessa nova hermenêutica, apresentando conceitos e distinções entre regras e princípios, e abordando, mais especificamente, como a doutrina brasileira utiliza-se de princípios instrumentais para a construção de uma interpretação especificamente constitucional. Por fim, pretender-se-á tecer críticas sobre a possibilidade de utilização desse tipo de interpretação, principalmente em face da conjuntura social e jurídica brasileira.

## Palavras-chave

Hermenêutica. Princípios. Regras. Interpretação especificamente constitucional.

## Abstract

This article aims to analyze the role of the principles in the Brazilian constitutional jurisdiction, before the emergence of the new constitutional interpretation, especially after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. To do so, will seek to discuss the emergence and the importance of this new hermeneutic, presenting concepts and distinctions between rules and principles, and approaching, more specifically, as the Brazilian doctrine makes use of instrumental principles for building a specific constitutional interpretation. Finally, will pretend making criticals about the possibility of using this type of interpretation, especially in the face of Brazilian social and legal conjuncture.

## Keywords

Hermeneutics. Principles. Rules. Specific constitutional interpretation.

---

\* Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), especialista em Direitos Humanos pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN); atualmente exerce atividade de pesquisa.

\*\* Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); atualmente exerce atividade de pesquisa.

\*\*\* Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP); atualmente exerce atividade de pesquisa.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do século XX, com a virada linguística gadameriana, a interpretação do Direito passou a ser considerada como um problema de determinação semântica do significado dos textos jurídicos, condicionada pragmaticamente. Rompe-se, assim, com os preceitos da escola da exegese que revelava um apego excessivo ao texto da lei como expressão da vontade do legislador, passando a experiência hermenêutica a ser entendida como diálogo permanente entre intérprete e texto e, conseqüentemente, o direito passa a contemplar constantes ressignificações.

Desmorona-se, desse modo, a construção teórica do paradigma positivonormativista, por entender que o Direito não encontra validade apenas na norma formalmente concebida. Surge assim, um novo paradigma, pautado na principiologia, influenciado principalmente pela ânsia de redemocratização e de teorias pós-positivistas, sobretudo em países da América Latina pós-regime ditatorial, e a conseqüente necessidade de implantação e fortalecimento de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe à tona a importância da busca de sentido da norma, correlacionando os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os fins a serem alcançados para uma solução constitucionalmente adequada do caso *in judice*, edificado no princípio da dignidade da pessoa humana. Adentra-se, assim, na “era dos princípios”, que vai embasar uma nova forma de compreender e de interpretar o Direito.

O presente trabalho tem, portanto, o objetivo geral de compreender a utilização dos princípios na jurisdição constitucional brasileira, considerando o surgimento, com a Constituição de 1988, de uma nova hermenêutica constitucional. Além disso, estão entre os objetivos específicos compreender o conceito e a distinção entre regras e princípios; analisar e discutir a importância e os problemas da aplicação dos princípios especificamente constitucionais na jurisdição constitucional, avaliando, por fim, a possibilidade ou impossibilidade de uma interpretação especificamente constitucional, frente à estrutura normativa da Constituição. Para isso, utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental, bem como pesquisa em sítios eletrônicos atualizados.

## 2. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A ESTRUTURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS CONSTITUCIONAIS

O surgimento de uma nova interpretação constitucional, principalmente pós-Segunda Guerra Mundial, traz em seu bojo, dentre outros pressupostos, a normatividade dos princípios e está relacionada, para muitos doutrinadores, com o neoconstitucionalismo.

Embora o termo neoconstitucionalismo não seja acolhido por todos e não tenha uma concepção teórica unívoca, é pacífico que houve mudanças no entendimento sobre a Constituição e sobre o seu papel na sociedade, em muitos países da Europa Continental e no Brasil.

Luís Roberto Barroso<sup>1</sup> entende que, entre as características que constituem o marco teórico do neoconstitucionalismo, estão o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

Nesse sentido, não apenas as leis, mas a Constituição passou a vincular o Judiciário, podendo incluir-se entre os fundamentos jurídicos de qualquer pedido, tendo em vista a sua força normativa.

Rompe-se, assim, com a ideia de que as normas constitucionais possibilitam um único sentido, válido para todas as situações sobre as quais incidem, como se coubesse ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Ressalta-se que essa ausência de criatividade é fruto da Escola da Exegese, que não considerava a importância da interpretação, mas sim apenas a submissão da vontade do intérprete à lei posta. Corroborando, Lênio Streck<sup>2</sup> afirma que

o positivismo exegético separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença — ainda muito presente no imaginário dos juristas, em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram.

A nova hermenêutica constitucional, assim sendo, consiste em ideias que alteraram o “papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as coalizões das normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.”<sup>3</sup>

Supera-se o legalismo exagerado, posto que as leis não são mais as únicas fontes normativas. Do mesmo modo, confere-se importância aos prin-

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 30.

<sup>2</sup> STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 32.

cípios, atribuindo-lhes força normativa e reconhecendo-os como fonte do Direito e espécie de norma jurídica, por isso, exigível.

No Brasil, a Constituição de 1988, além de importante fruto de redemocratização, é também um marco na hermenêutica constitucional. A partir dela, tornou-se possível uma produção democrática do Direito, com uma exploração fenomenológica da realidade jurídica através de interpretação constitucional, bem como se atribuiu normatividade aos princípios. Assim, a superação do positivismo, nas palavras de Streck, “dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito.”<sup>4</sup>

Diante dessas notas introdutórias, torna-se imprescindível uma discussão sobre o conceito de norma jurídica e a distinção entre suas espécies, quais sejam, princípios e regras, mais especificamente, princípios e regras constitucionais. Empós, buscar-se-á discutir brevemente a aplicabilidade prática na conjuntura brasileira.

Inicialmente, destaca-se que não há consenso entre os doutrinantes sobre a distinção entre regras e princípios. Há os que adotam uma distinção fraca, os que abraçam uma distinção forte e os que defendem que não existe qualquer diferença entre regras e princípios. Limitar-se-á a uma breve exposição da distinção fraca e a uma análise mais detida da distinção forte.

A distinção fraca compreende que há apenas diferença quantitativa entre regras e princípios. Nesse sentido, esses possuem uma maior generalidade e um elevado grau de abstração, o que acarreta um maior grau de subjetividade do intérprete, permitindo sua aplicação em diversas situações. As regras, por sua vez, não possuem nenhum grau de abstração — contendo aplicação em casos e condições delimitados ou quase delimitados — e de generalidade, com pouco ou quase nenhum subjetivismo do intérprete.<sup>5</sup>

A distinção forte, entretanto, considera uma diferença qualitativa entre regras e princípios (e não apenas de grau) e tem sua base teórica construída a partir das contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para os quais as regras e os princípios possuem estrutura diferente.

---

<sup>4</sup> “Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.” STRECK, Lênio. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. (orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo, UNISINOS, 2005, p. 161.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 84.

Segundo o professor inglês Ronald Dworkin, as regras são entendidas como dimensão de validade, ou seja, ou valem ou não valem no caso concreto: trata-se do método do “tudo-ou-nada”.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>6</sup>

Dworkin defende que os princípios possuiriam dimensão de peso ou de importância, preponderando, assim, o princípio que tiver maior relevância no caso: “quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”<sup>7</sup>, daí por que dois princípios em colisão podem ser válidos simultaneamente.

As regras, diferentemente, não possuem essa dimensão, apenas “são *funcionalmente* importantes ou desimportantes” e, no caso de conflito entre elas, “uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”<sup>8</sup>, como, por exemplo, a regulação de conflitos através de outras regras, mais específicas.

Reconhecendo a importância do docente inglês para a construção da teoria do direito e para a teoria da Constituição, Marcelo Neves, contudo, tece algumas críticas sobre as ideias dworkianas, aproximando-se dos fundamentos críticos de Alexy, ao explicar que um sistema de regras no qual todas as suas exceções são enumeradas<sup>9</sup> só é possível em uma sociedade simples. Em uma sociedade complexa e pluralista, como a brasileira, não cabe falar de exceções enumeráveis, mesmo que teoricamente.

Neves também critica o critério do tudo-ou-nada.

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>9</sup> Dworkin, em sua obra *Levando os direitos à sério*, apresenta cláusulas de exceção ao sistema de regras, ao afirmar que essas cláusulas são enumeráveis e, conseqüentemente, evitam o conflito, pois uma das regras será declarada inválida. Já para Alexy, entretanto, “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

excetuados os casos de mera observância ou aplicação rotineira [...], toda e qualquer regra só é aplicável nos termos do ‘tudo-ou-nada’ no final do processo concretizador, quando já foram consideradas (ou excluídas) todas as (possíveis) exceções relevantes para a solução do caso, possibilitando-se a subsunção deste àquela mediante a norma de decisão.<sup>10</sup>

Com relação à tese dworkiana de que os princípios tem dimensão de peso, reitera Neves<sup>11</sup> que esses também “podem ser incompatíveis com uma ordem jurídica determinada e, portanto, não pertencerem a essa ordem ou, se surgirem no seu âmbito, devem ser declarados inválidos em confronto com outros princípios e regras constitucionais”. Logo, tanto princípios como regras podem ter dimensão de peso, sobretudo quando há colisão entre eles em um caso concreto, sem que decorra a perda de validade de uma dessas regras.

Para Robert Alexy, “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, posto que sem essa distinção “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.”<sup>12</sup>

Nesse sentido, os princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”<sup>13</sup> Ademais, no caso de colisão entre princípios, não haverá desprezo de um ou mais princípios envolvidos, mas sim um sopesamento/ponderação entre eles, visando, assim, chegar a um resultado ótimo.

Alexy considera que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes, como, por exemplo, o exercício da liberdade de expressão frente ao direito à intimidade e à privacidade.

De modo diverso, as regras expressam deveres e direitos definitivos, isto é, se uma regra é válida, deve-se realizar exatamente aquilo que ela prescreve. As regras são normas que ou são satisfeitas (cumpridas) ou não são (não cumpridas), ou seja, em caso de conflito, uma regra será declarada inválida diante de outra. “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 61.

<sup>11</sup> Idem, p. 62.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 85.

<sup>13</sup> Idem, p. 90.

<sup>14</sup> Ibid., p. 91.

Alexy entende a ponderação como uma técnica de decisão judicial utilizada em casos difíceis (*hard cases*), nos quais existem possibilidades de decisões diferenciadas, cuja aplicação da subsunção não foi suficiente. Contudo, advertem Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos<sup>15</sup> que “a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”, sendo necessário que essa prática esteja indissocialmente relacionado à teoria da argumentação, com a utilização de elementos normativos de caráter jurídico, da universalização de critérios adotados e de princípios instrumentais e materiais como etapas na concretização de uma melhor decisão, mais justa e mais correta.

Nesse azo, torna-se imprescindível uma breve discussão e confronto das teorias apresentadas frente à conjuntura brasileira, tornando possível, assim, uma ampla reflexão sobre as deficiências teóricas e práticas. Esses debates devem objetivar a concretização de um Estado Democrático de Direito pautado tanto em princípios como em regras, onde um não deve ser considerado mais importante ou se sobrepor ao outro, isso porque tanto os princípios como as regras possuem características essenciais para uma prestação jurisdicional adequada, ou seja, enquanto um viabiliza uma aproximação social, o outro fornece o preceito da segurança jurídica.

O uso indiscriminado de princípios, contudo, possibilita a satisfação de interesses pessoais, baseadas em estratégias políticas para a prática de atos ilegais e/ou inconstitucionais, principalmente em face do nosso resquício colonial oligárquico e coronelista, que utiliza a política de troca de favores para encobrir práticas condenáveis. É preciso, portanto, o uso de regras jurídicas como forma de segurança jurídica, inviabilizando, nas palavras de Marcelo Neves<sup>16</sup>, um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira.<sup>17</sup>

Assim sendo, em um sistema jurídico ideal, as regras devem desempenhar papel referente à segurança jurídica (previsibilidade e objetividade das condutas) e os princípios devem dar margem à realização da justiça no caso concreto.

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios do Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 291.

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. op. cit., p. 192.

<sup>17</sup> Ainda, segundo o autor, “Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa, com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição.” NEVES, Marcelo. op. cit., p. 191.

Com a reaproximação entre Direito e Justiça<sup>18</sup>, importante e elogiável é a força normativa que os princípios adquiriram na conjuntura jurídica e social brasileira. Entretanto, o problema da utilização dos princípios está na criatividade dos intérpretes, que vai além do plausível, evocando-os de maneira retórica e se beneficiando de sua relação intrínseca com a justiça social, para justificar qualquer de seus posicionamentos pessoais.

Nesse sentido, o cearense George Marmelstein Lima<sup>19</sup> criticou a utilização de princípios e da teoria de Alexy deturpada no Brasil, chamando-a de “Alexy à Brasileira”<sup>20</sup>. Isso porque, para ele, os intérpretes tem desprezado uma das premissas básicas da teoria de Alexy, que é a necessidade de fundamentação, com base em sólida e objetiva argumentação jurídica.

Virgílio Afonso da Silva também aponta severas críticas à teoria de Alexy, ao afirmar que o conceito de princípio “é um conceito axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição.”<sup>21</sup> Ademais, esse conceito “nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.”<sup>22</sup>

Acresce-se, contudo, que as teorias apresentadas foram construídas na década de 1960 (Dworkin) e de 1970 (Alexy), pensadas em uma realidade histórico-social-política diversa da realidade histórico-social-política brasileira, que são ainda confrontadas, debatidas e criticadas.

---

<sup>18</sup> Nas palavras de Sérgio Sérulo da Cunha, “A Constituição brasileira de 1988 elege a justiça como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito (preâmbulo), e dentre os objetivos fundamentais da República inscreve a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I). Assim fazendo, aparta-se de uma forte corrente positivista, modernamente representada pelo jurista Hans Kelsen, para o qual o Direito nada tem a ver com a justiça.” CUNHA, Sérgio Sérulo. **Uma deusa chamada justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

<sup>19</sup> LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 15 out. 2013.

<sup>20</sup> O autor também criou a teoria que chamou de Katchanda. A criação da teoria deu-se em analogia a uma anedota, na qual um homem rico vai a um cassino e o dono do local, pensando em ganhar dinheiro, chama-o para jogar, no entanto o homem rico diz que só sabe jogar Katchanga. Mesmo sem saber do que se tratava, os melhores crupiês foram colocados para jogar. Ao distribuírem as cartas, o homem rico gritava “Kachanga!” e ganhava, repetindo-se isso várias vezes até que um dos crupiês, querendo ser mais rápido, ao receber as cartas, gritou “Katchanga!”, pensando que iria ganhar. No entanto, o homem rico, cheio de confiança, olhou as cartas e disse que tinha uma Katchanga real. A anedota, em analogia com a utilização de princípios sem controle demonstra que os intérpretes podem e constantemente evocam-nos como o homem rico que entoava a Katchanga sem qualquer fundamento, apenas para garantir-lhe a vitória.

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 615.

<sup>22</sup> SILVA, op. cit., p. 613.

Com tudo isso, superou-se com a Constituição de 1988 a ideia de que as normas constitucionais teriam sentido unívoco e objetivo, considerando o conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente das cláusulas constitucionais, exigindo o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional. Dessa maneira, permitem-se várias possibilidades interpretativas dentro de uma moldura (BARROSO; BARCELLOS, 2007, p. 175).

Com todas as características dessa nova interpretação constitucional, especialmente com a normatividade dos princípios, surge também, paralelamente aos princípios gerais, os princípios instrumentais de interpretação constitucional, possibilitando uma interpretação especificamente constitucional, distanciando-se dos métodos clássicos de Savigny, voltados essencialmente às normas infraconstitucionais.

Nesse sentido é que Silva propõe a adoção de um catálogo de princípios de interpretação proposto por Konrad Hesse, quais sejam: princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da conformidade funcional, de feito integrador e da força normativa da Constituição, além dos princípios da interpretação conforme a Constituição e da máxima efetividade, adotados pela doutrina brasileira.

### 3. OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Tendo por objeto a lei infraconstitucional e o direito privado, no século XIX, Savigny fixou as bases da chamada hermenêutica clássica propondo algumas espécies de interpretação. Dessa maneira, quanto ao modo existiriam a interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica, quanto ao resultado haveria a interpretação extensiva e restritiva e em caso de antinomias utilizar-se-iam os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade.

A interpretação gramatical, também conhecida como textual, literal, filológica, verbal, ou semântica, “consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação”<sup>23</sup>. Esse método é o ponto de partida de todo o processo interpretativo, consubstanciando-se no fato de que o texto da lei é o primeiro suporte por meio do qual deve guiar-se o intérprete<sup>24</sup>.

Barroso comenta que muitas vezes a interpretação gramatical já é suficiente para se apreender o sentido real da norma. No entanto, em alguns casos, haverá risco para o intérprete que se apegar unicamente à literalidade

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 119.

<sup>24</sup> Ibid., p. 120.

dos dispositivos, pois tal excesso pode leva-lo a interpretações injustas, abusivas, ou fraudulentas<sup>25</sup>.

A interpretação histórica pretende encontrar a vontade histórica do legislador, para poder aplica-la de acordo com a vontade encontrada. É importante destacar que não se visualiza apenas sua vontade no momento de confecção da norma, mas também se busca identificar qual seria sua intenção legislativa se vivesse nos momentos atuais<sup>26</sup>.

Em termos mais procedimentais, esse tipo de interpretação recorre a uma avaliação dos variados projetos de leis existentes em um país, inclusive dos debates realizados anteriormente, das discussões das diversas comissões e dos relatórios formulados.

A interpretação sistemática objetiva a compreensão de todo o sistema de normas constitucionais, para que se possa aferir o sentido correto de uma das normas. Afinal, nenhum dispositivo pode ser analisado isoladamente, sem a apreensão do seu contexto.

Paulo Bonavides, discorrendo acerca desse método interpretativo, assim dispõe:

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema — a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema<sup>27</sup>.

Já na interpretação teleológica, busca-se a revelação da finalidade da norma, do valor ou do bem jurídico objetivado com a edição do determinado preceito<sup>28</sup>.

Bonavides faz uma junção desse método com o histórico, e os batiza de histórico-teleológico. Para o autor, os fins almejados pelo intérprete “tanto se acham *fora* como *dentro* das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade desse método estabelecer a vinculação histórica [...] visto que esta consente uma captação mais precisa do sentido da norma”<sup>29</sup>.

Todavia, a passagem do Estado liberal de Direito para o Estado democrático de Direito trouxe, entre outras características, a normatividade e a fundamentalidade dos princípios, favorecendo um novo horizonte herme-

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 120.

<sup>26</sup> Ibid., p.124.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 445.

<sup>28</sup> BARROSO, op. cit., p. 130.

<sup>29</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 446.

nêutico, diante do qual a hermenêutica clássica era insuficiente para a interpretação constitucional.

A insuficiência da hermenêutica clássica decorre do fato de as normas constitucionais possuírem certas peculiaridades que as diferenciam nitidamente das normas infraconstitucionais, a começar pela própria posição hierárquica superior daquelas em relação a estas, característica que já reflete a diferença substancial entre ambas.

Como norma hierarquicamente superior, o preceito constitucional deve ser sempre observado quando da aplicação da lei, de modo que esta não pode ir de encontro à Constituição, sob pena de ser eliminada do ordenamento jurídico.

Entretanto, saber se uma norma infraconstitucional é ou não compatível com a Constituição nem sempre é uma tarefa fácil, pois esta é um corpo político aberto, veiculadora de normas principiológicas e esquemáticas, com relativo grau de abstração. Conforme Barroso, “conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade”<sup>30</sup>.

Esses fatores dificultam a tarefa de aplicação das leis à luz dos dispositivos constitucionais, exigindo do intérprete uma série de posturas, que, tomadas em conjunto ou isoladamente, irão auxiliá-lo a resguardar da melhor forma possível o conteúdo da Constituição.

Segundo Maximiliano, um dos problemas que deve ser enfrentado é a constatação de que as normas constitucionais não são tão claras a ponto de se eliminar a seguinte avaliação: a interpretação deve ficar além ou aquém do sentido que as palavras parecem demonstrar?<sup>31</sup>

Levando-se em consideração que os métodos de interpretação clássicos não são suficientes para dirimir as questões constitucionais, especialmente após a normatividade dos princípios, impende-se fazer as pertinentes considerações acerca dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, que pretendem oferecer um balizamento o mais eficaz possível para a atividade interpretativa do jurista.

Assim, com o objetivo de reforçar a efetividade da Constituição, Konrad Hesse propôs alguns princípios diretores da atividade de interpretação

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102.

<sup>31</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 200.

constitucional, orientando o intérprete de forma a não se desvincular do real sentido proposto nos dispositivos da Carta Política vigente em seu Estado.

Os princípios de interpretação constitucional propostos por Hesse são a unidade da Constituição, a concordância prática, a conformidade funcional, o efeito integrador e a força normativa da Constituição. Somando-se aos cinco referidos princípios, a doutrina brasileira costuma apresentar mais dois, quais sejam, o princípio da máxima efetividade e da interpretação conforme a Constituição.

Os princípios propostos são de integração de todo o texto constitucional e pretendem uma visão interpretativa coerente, que busque a resolução dos conflitos postos ao Estado-juiz por meio de um aparato substancial, que serve de embasamento maior para toda a legislação vigente.

O princípio da unidade da Constituição pretende harmonizar todos os preceitos constitucionais, dispondo que eles devem ser interpretados de forma integrativa e coesiva, de tal modo que não venham a se chocar, tornando-se excludentes, mas a complementar uns aos outros, isso porque a Constituição é una, e, portanto, não admite divisões.

Para Willis Santiago Guerra Filho, esse princípio estabelece que se atente para o fato de que as normas constitucionais são interdependentes, formando um sistema integrado, “onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegar ao mais alto desses valores, expresso na *decisão fundamental* do constituinte”<sup>32</sup>.

Na concepção de Luís Roberto Barroso, o que caracteriza a efetividade desse princípio em uma autêntica interpretação constitucional é a consideração de que não existe hierarquia entre as normas da Carta Maior<sup>33</sup>, pois se houver um grau de superioridade entre as mesmas já não há interpretação coesiva e harmônica, na medida em que certos preceitos poderiam ser aplicados em detrimentos de outros, sem se ter sequer uma ponderação acerca dos respectivos conteúdos.

Canotilho apresenta uma contribuição ao referido princípio doutrinando a respeito do que Silva chama de “proibição de interpretação isolada”, método segundo o qual se deve interpretar os dispositivos constitucionais buscando evitar contradições — as chamadas antinomias ou antagonismos — entre os mesmos.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Da interpretação especificamente constitucional**. Revista de informação legislativa, Brasília a. 32 n. 128 out./dez. 1995, p. 257.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>34</sup> SILVA, op. cit., p. 125.

Conforme Canotilho, a interpretação sistemática beneficia o conjunto da Carta Política e impediria as mais diversas contradições, ao passo que a visão isolada de um determinado dispositivo poria em risco a unidade da Constituição.

O princípio da concordância prática, na visão de Silva, está relacionado à ideia de proporcionalidade, no sentido de que os dispositivos constitucionais sejam interpretados de forma a ter a máxima eficácia possível, buscando-se a não sobreposição de um em detrimento de outro<sup>35</sup>.

O princípio da conformidade funcional objetiva que o modo de interpretar a Constituição não venha a ferir a repartição de funções já estabelecida. Não se pode “chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke)”<sup>36</sup>.

O princípio do efeito integrador não se diferencia do princípio da unidade da Constituição, na medida em que seu ponto fulcral consiste na exigência de que, quando da realização da interpretação da Constituição, “deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”<sup>37</sup>.

De acordo com o princípio da máxima efetividade, uma norma constitucional deve ser interpretada sempre com vistas a lhe dar a máxima eficácia possível, como forma de se conferir supremacia aos dispositivos constitucionais. Este princípio serve como modelo operativo para todas os dispositivos constitucionais, sendo, nos dizeres de Canotilho, “sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”<sup>38</sup>.

O princípio da força normativa da Constituição é bastante parecido com alguns dos já anteriormente comentados, como o da concordância prática e o da máxima efetividade<sup>39</sup>. Seu conteúdo determina a busca de uma interpretação que leve a norma constitucional a ter uma efetividade ótima.

Por fim, a interpretação conforme a Constituição é utilizada quando há normas polissêmicas ou plurissignificativas. No caso em que um desses sentidos ou significados afronte a Constituição, deve-se adotar a interpretação que seja compatível com esta, ou seja, que esteja em conformidade com o seu teor<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 127.

<sup>36</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

<sup>37</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

<sup>38</sup> Ibid., p. 1224.

<sup>39</sup> SILVA, op. cit., p. 132.

<sup>40</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1226.

#### 4. CRÍTICAS A UMA INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAL

Encontra-se disseminado na doutrina brasileira, conforme anteriormente apresentado, a ideia de que haveria uma interpretação especificamente constitucional, que se distingue da interpretação tradicional de Savigny aplicada ao ordenamento infraconstitucional.

Por óbvio, como quase todas as questões jurídico-políticas, nem todos os doutrinadores concordam com a aplicação desses princípios instrumentais, havendo inclusive os que aceitam a cartilha proposta apenas de modo parcial.

Canotilho sustenta que esse catálogo de princípios “tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional”<sup>41</sup>, devendo ser observado por todos os juristas que pretendem uma melhor aplicação das disposições constitucionais.

Da mesma forma Barroso, que dispõe que tais princípios devem ser sempre o ponto de partida da atividade interpretativa, pois “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”<sup>42</sup>.

Por outro lado, Silva<sup>43</sup> defende a tese de que esses princípios não apresentam relevância quando da atividade de interpretação constitucional:

Em linhas gerais, a irrelevância desses princípios é revelada quando se percebe que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação. Mas a irrelevância pode basear-se também na impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional.

Silva é atualmente um dos maiores críticos na doutrina brasileira da interpretação especificamente constitucional, razão pela qual suas proposições serão analisadas no presente capítulo. Para ele, os princípios de interpretação constitucional desenvolvidos por Konrad Hesse apresentam-se em uma tendência constante na doutrina brasileira de importação de teorias, especialmente de teorias alemãs, por vezes, sem qualquer desenvolvimento no país de origem, mas com ampla aceitação no Brasil.

Assim é que o autor demonstra que embora normalmente se pressuponha que os princípios de interpretação constitucional elencados por Hesse sejam consolidados na doutrina Alemã, quando se propõe encontrar explicações sobre os referidos princípios em manuais naquele país, praticamente

---

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1223.

<sup>42</sup> BARROSO, op. cit., p. 141.

<sup>43</sup> SILVA, op. cit., p. 121.

nada se encontra. Com isso, conclui-se, como expõe Silva<sup>44</sup>, que esses princípios de interpretação constitucional, são, na verdade, sistematização de ideias de apenas um autor, no caso, Konrad Hesse.

Por isso, Silva<sup>45</sup> aponta que os princípios de interpretação constitucional não teriam papel tão importante na prática do Direito Constitucional, mas seriam, na verdade, uma busca de emancipação e anseio de modernidade.

Esse seria, para o citado autor, mais um exemplo de importação acrítica de construções dogmáticas e teóricas pela doutrina brasileira, que constitui verdadeiramente um problema atual no País. Todavia, referida crítica deve ser analisada minuciosamente para uma avaliação da pressuposta desnecessidade de uma interpretação especificamente constitucional, frente aos clássicos métodos de interpretação.

O princípio da unidade da Constituição, entendido como a proibição de uma interpretação isolada, almeja uma interpretação global, ou seja, que considere o todo constitucional e que busque a ausência de antinomias na norma. Nesse sentido as antinomias das normas constitucionais seriam apenas aparentes e não reais. Todavia em nada inova em relação à clássica interpretação constitucional de Savigny, pois seu conceito é idêntico ao modo de interpretação sistemático, ou seja, utilizam-se os mesmos conceito e objetivo para nomes diferentes.

Esse é um importante preceito hermenêutico e é um dos mais utilizados na Corte Constitucional, diariamente instada a decidir casos que envolvam diversos dispositivos constitucionais. Todavia, como se apresentou, em nada moderniza a interpretação constitucional, pois consiste na ainda interpretação sistemática aplicada à Constituição.

No caso, por exemplo, de análise do art. 5º, XXXV da CF/88 que trata sobre a inafastabilidade da jurisdição e do art. 217, §1º, CF/88, o qual dispõe que apenas será admitida apreciação do Poder Judiciário nos casos relativos à disciplina e competições desportivas, após o esgotamento das instâncias da Justiça desportiva, poderia se pensar em uma antinomia. Todavia, com a perspectiva da unidade da Constituição, ou, da mesma maneira, valendo-se de uma interpretação sistemática, tem-se que qualquer ação, com exceção às peculiaridades do art. 217. §1º da CF/1988, poderá ser submetida ao Poder Judiciário.

O efeito integrador também em nada inova a interpretação constitucional pois é realizado na exata medida em que se observa o princípio da uni-

---

<sup>44</sup> SILVA, op. cit., p. 121.

<sup>45</sup> Ibid., p. 120.

dade da Constituição ou da interpretação sistemática, vez que busca a realização da unidade político-constitucional.

O princípio da máxima efetividade também não contribui para a interpretação especificamente constitucional, considerando que pode ser abrangido na ideia de força normativa da Constituição e de concordância prática.

A interpretação conforme a Constituição, por sua vez, não deve ser incluída entre os princípios de interpretação voltados à Constituição<sup>46</sup>, considerando que é direcionado às normas infraconstitucionais e não às normas constitucionais entre si. Trata-se, pois, de um equívoco adicionar a interpretação conforme a Constituição entre os princípios de interpretação especialmente voltada à Constituição.

Nesse sentido, esse princípio não dispõe sobre a autêntica interpretação constitucional, já que não é a Carta Maior de um Estado que deve ser interpretada de acordo com ela mesma, mas sim as leis infraconstitucionais, de modo que esse tópico serviria como um critério para a interpretação das leis e não da própria Constituição.

O princípio da concordância prática ou da harmonização é, por vezes, confundido com o princípio da proporcionalidade, todavia dele se distingue por não possuir previamente definidas maneiras de se alcanças seus fins, como ocorre nesse, que possui três subprincípios, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, a concordância prática, ao contrário da proporcionalidade, não implica sopesamento de bens e valores<sup>47</sup>.

A força normativa da Constituição almeja uma efetividade ótima às normas constitucionais e, por sua vez, pouco se distinguindo da concordância prática e da máxima efetividade.

Na visão de Silva, a única diferença entre este e aquele princípio “é a preferência por uma eficácia ótima em vez de uma eficácia máxima”<sup>48</sup>. O autor comenta que essa diferença é significativa e ao mesmo tempo contraditória:

*Significativa* porque mais correta e compatível com a idéia de colisão entre direitos fundamentais. E *contraditória* pelo mesmo motivo, pois se o conceito de ‘efetividade ótima’ é compatível com a idéia de colisão de direitos, é, ao mesmo tempo, incompatível com uma das interpretações que se faz da idéia de unidade da constituição, caso a colisão de direitos seja solucionada dando preferência a um dos direitos em detrimento de outros.

---

<sup>46</sup> SILVA, op. cit., p. 132.

<sup>47</sup> Ibid., p. 128.

<sup>48</sup> SILVA, op. cit., p. 132.

A aplicação no Brasil do princípio da conformidade funcional, por sua vez, é criticada por Silva<sup>49</sup>, para o qual este seria um artifício contra o ativismo judicial, justificando inclusive a inércia da Suprema Corte Brasileira a conceder um pedido em um mandado de injunção, com base no argumento de que eventual concessão implicaria em uma postura estritamente legislativa, ocasião em que se estaria usurpando uma função para a qual não é competente.

Além de todas as críticas apresentadas aos princípios, saliente-se que a interpretação especificamente constitucional surgiu para solucionar problemas interpretativos advindos da normatividade dos princípios, que necessitaria, por sua natureza, de tratamento diferenciado das regras. Todavia a CF/1988 não está constituída apenas de princípios, mas também de regras.

Assim, considerando a própria razão de sua elaboração, a interpretação especificamente constitucional, se considerada necessária, deve se limitar à parte dogmática da Constituição, atribuindo às regras a clássica interpretação de Savigny.

Dessa maneira, Coelho<sup>50</sup> embora aceite a denominada interpretação especificamente constitucional, limita a sua utilização à parte dogmática das constituições, especialmente aos artigos que tratam sobre direitos fundamentais e se apresentam através de princípios, em razão de seu elevado grau de abstração, necessitando de atividade diferenciada do intérprete.

Diante de tudo isso, verifica-se que a doutrina não costuma enfrentar criticamente a interpretação especificamente constitucional, pelo que muito ainda deve ser discutido, partindo das críticas apresentadas, no sentido de verificar a verdadeira relevância prática dos princípios da interpretação especificamente constitucional em detrimento da interpretação clássica proposta por Savigny.

## 5. CONCLUSÃO

Depreende-se, com o desenvolvimento do trabalho, que muito se modificou no Direito com o pós-Segunda Guerra Mundial. Especificamente no Direito brasileiro essas alterações podem ser evidenciadas com a Constituição de 1988 e com a normatividade dos princípios, gerando uma nova hermenêutica constitucional que almejasse se adequar às peculiaridades constitucionais.

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 128-129.

<sup>50</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3 ed. rev. aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-67.

Nesse sentido surgiu a concepção de hermenêutica especificamente constitucional, com métodos e princípios de interpretação voltados exclusivamente para o texto constitucional, afastando-se do mesmo a interpretação clássica de Savigny voltadas às leis infraconstitucionais.

O presente trabalho buscou avaliar precisamente os princípios de interpretação especificamente constitucional, que embora se distingam em alguns doutrinadores, a maioria, como apresentado, apresentam os princípios produzidos por Hesse, quais sejam, a unidade da Constituição, a concordância prática, a conformidade funcional, o efeito integrador e a força normativa da Constituição, somando ainda os princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme a Constituição.

Verifica-se, todavia, que muitos desses princípios não trazem grandes inovações para a interpretação constitucional, que justifiquem essa especialidade da mesma. Como se demonstrou, muitos princípios não tem grande relevância prática na interpretação constitucional.

Mesmo diante de tudo isso, verificou-se que grande parte da doutrina apenas apresenta e distingue a hermenêutica clássica de a hermenêutica constitucional, conceituando seus métodos e princípios, sem qualquer indagação sobre as suas importâncias práticas, razão pela qual se conclui pela necessidade de olhares mais críticos e não apenas de reproduções automáticas em manuais sem qualquer conteúdo prático.

Por isso se espera que o trabalho estimule esse debate crítico na comunidade jurídica visando o aperfeiçoamento da interpretação e da doutrina da hermenêutica constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_; BARCELOS, Ana Paula de. **O começo da história: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios do Direito Brasileiro**.

*In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3 ed. rev. aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérulo. **Uma deusa chamada justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Da interpretação especificamente constitucional**. Revista de informação legislativa, Brasília a. 32 n. 128 out./dez. 1995, p. 257.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexyn-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 15 out. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. (orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo, UNISINOS, 2005.





# ASPECTOS COMPARATIVOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA

---

*João Luis Nogueira Matias\**  
*Julia Mattei\*\**

## **Resumo**

Na sociedade contemporânea, a proteção ao meio ambiente assume grande relevância. A tendência é de constitucionalizá-la, o que pode ser feito por diferentes modelos, tornando-a direito fundamental, como no Brasil, por exemplo, ou tornando-a um dos objetivos do Estado, sem a caracterização como direito fundamental, como na Alemanha. A opção por qualquer dos modelos, por si só, não garante a efetividade da proteção ao meio ambiente, devendo a escolha recair sobre o formato que melhor atenda às peculiaridades de cada ordem jurídica.

## **Palavras-chave**

Meio ambiente sadio. Direitos fundamentais. Brasil. Alemanha.

## **Abstract**

In contemporary society, the protection of the environment has great importance. The trend is constitutionalises it, which can be done by different models, making it a fundamental right, as in Brazil, for example, or making it one of the state's goals without the characterization as a fundamental right, as in Germany. The choice of either model alone does not guarantee the effectiveness of environmental protection, and the choice must falls on the format that best meets the peculiarities of each national law.

## **Keywords**

Healthy environment. Fundamental rights. Brazil. Germany.

## 1. INTRODUÇÃO

As incertezas que decorrem dos danos ao meio ambiente têm provocado grandes discussões em todo o mundo. Entre inúmeros dissensos, é pacífica a necessidade de implantação de políticas de proteção ao meio ambiente. Estados e inúmeras organizações têm atuado para promover a proteção am-

---

\* Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2009).

\*\* Doutoranda em Direito pela University of Cologne.

biental e difundir uma consciência que contribua para diminuir as interações negativas com o ambiente e alcançar uma melhor qualidade de vida.

Em tal cenário, o direito assume papel de relevância. A tendência atual é de inserção da proteção ambiental nas constituições. Em diversos países, a Constituição prevê o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, como no Brasil e em Portugal. Em outros, como na Alemanha, a proteção ao meio ambiente não assume o *status* de direito fundamental, embora seja referenciada nas normas constitucionais.

O objeto do presente artigo é estabelecer um quadro comparativo entre as normas jurídicas que regulam a proteção ambiental no Brasil e na Alemanha, com a finalidade de apontar as vantagens e desvantagens de cada sistema.

No Brasil, com a caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, por exemplo, é viável a sua postulação individual. Já na Alemanha, os cidadãos não podem pleitear diretamente na justiça o cumprimento de dispositivos ambientais, a não ser por meio de outros direitos fundamentais individuais. A proteção ambiental é realizada muito mais no âmbito do direito administrativo.

Ante tais diferenças, qual o sistema mais eficiente? Em qual das ordens jurídicas a proteção ao meio ambiente é mais efetiva? É o que se pretende analisar ao longo do artigo.

## 2. A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

A caracterização do direito à proteção ao meio ambiente como direito fundamental é inequívoca no direito nacional. A partir de uma interpretação dos próprios objetivos fundamentais da República, do que se extrai a noção de solidariedade social, consolidou-se a compreensão do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental de terceira geração/dimensão. Importa saber se tal caracterização é suficiente para garantir a efetiva concretização do direito ao meio ambiente sadio na sociedade de risco.

### 2.1. A sociedade de risco e a preservação do meio ambiente

Na sociedade contemporânea, definida como sociedade de risco a partir da impossibilidade de previsão dos efeitos e conseqüências do modo de produção em massa, é exigida uma nova postura na interpretação dos direitos e na percepção do modo de efetivá-los, talvez com a superação da tríade

de valores do ideário liberal clássico.<sup>1</sup> As noções de liberdade, de igualdade e de solidariedade devem ser visualizadas por meio de lentes que permitam a percepção do novo contexto, especialmente a urgência da proteção ao meio ambiente.

A liberdade deve ser inclusiva, superando o modelo liberal-individualista, com a firme atuação estatal na proteção dos danos decorrentes da sociedade de risco. A igualdade deve ser substancial, pressupondo o resguardo das individualidades. Deve ser estimulada a especificação dos direitos e deveres, inclusive de ordem ambiental. A fraternidade deve ir além, para conformar-se como solidariedade social, o que pressupõe uma constante preocupação com o outro, inclusive com as futuras gerações, preservando condições de vida que lhes permitam a sobrevivência digna.<sup>2</sup>

É inequívoco, assim, que a ordem jurídica contemporânea deve se transformar para atender às novas demandas sociais, entre as quais a efetivação do direito ao meio ambiente sadio. Diversos são os caminhos que podem levar ao fim pretendido, a opção do legislador brasileiro foi torná-lo direito fundamental.

## 2.2. O direito fundamental ao meio ambiente sadio

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 3º, estipula como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Trata-se de um valor eleito pelo constituinte, o qual se traduz em comando, que deve ser tornado concreto. O reflexo na seara ambiental é claro, não há sociedade solidária sem a proteção ao meio ambiente.

Flagrante é o caráter indutor de transformações sociais do dispositivo, que assume a condição de vetor interpretativo das demais normas jurídicas e deve inspirar a atuação do Estado e dos particulares. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária deve fundamentar e orientar a atuação estatal no planejamento, elaboração e aplicação de políticas públicas e de leis, assim como também deve servir de parâmetro para a interpretação e aplicação do direito.

Em dispositivo específico, a Constituição Federal de 1988 estipula:

---

<sup>1</sup> DENNINGER, Erhard. "Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity", in *Constellations*, volume 7, número 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000, P. 507/521, tradução de Christopher Long e William E. Schuerman.

<sup>2</sup> BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. O princípio da solidariedade como marco jurídico-constitucional do Estado de direito ambiental. In: HAUSCHILD, Mauro Luciano; GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. (Org.). *Meio ambiente, propriedade e agronegócio*. 1 ed. Brasília: IP Editora, 2011, v. 1, p. 125-156.

Artigo 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.

Trata-se de direito fundamental, direito fundamental de terceira geração. Apesar de não constar expressamente no rol do artigo 5º, a sua natureza essencial é inegável, tanto do ponto de vista formal, pela ampliação que decorre do parágrafo 2º do aludido dispositivo,<sup>3</sup> como do material, pelo conteúdo que expressa.<sup>4</sup>

Os Tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, corroboram a tese defendida pela doutrina.<sup>5</sup>

Quais as conseqüências de tal caracterização? A resposta é dada por Hermann Benjamin, que comentando os efeitos da abordagem da proteção ao meio ambiente como direito fundamental, destaca: “Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que

---

<sup>3</sup> Parágrafo 2º, do artigo 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>4</sup> LOPES, Ana Maria D’avila. O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. Revista de informação legislativa, Brasília, v.. 43, n. 172, p. 57-72, out/dez de 2006, página 60: “... o argumento da possibilidade da inclusão material do direito ao meio ambiente no catálogo dos direitos fundamentais, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, não é o único argumento nem talvez o mais forte. Pelo contrário, o argumento mais forte é sua correspondência substancial à definição de direitos fundamentais, entendidos esses como normas jurídicas positivas, de nível constitucional, que refletem os valores mais importantes de uma sociedade, visando proteger diretamente a dignidade humana, na busca pela legitimação jurídica da atuação de todas as pessoas”.

<sup>5</sup> É referência sobre o tema o Acórdão lavrado no Mandado de Segurança 22164/SP, publicado no Diário da Justiça, em 30 de outubro de 1995, cujo Relator foi o Ministro CELSO DE MELLO: *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inextinguibilidade*. Também no mesmo sentido: RE 415454/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário de Justiça, em 08 fev. 2007 e ADI-MC3540/DF, Relator o Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário de Justiça, em 01 fev. 2005.

outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram alcançar”.<sup>6</sup>

A importância de tal caracterização decorre da compreensão do direito ao meio ambiente sadio como um dos valores fundantes da sociedade, um dos valores que legitimam a organização estatal e a ordem jurídica, do que decorre o dever estatal de realizá-lo.

Como valor fundante da sociedade que é, a exigibilidade passa a lhe ser inerente, como conseqüência da concepção de estado democrático de direito, em que a legitimação da organização estatal e da própria ordem jurídica é vinculada a fins ou objetivos previamente determinados pelo legislador, tanto na Constituição como na legislação.<sup>7</sup>

Efetivamente, a principal vantagem da caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é o seu “*enforcement*”, ou seja, a possibilidade de sua exigência por meio do Poder Judiciário, a partir de postulações individualizadas. É reconhecido aos particulares o direito de lutar pela efetivação do direito ao meio ambiente sadio, assim como o dever de, também, torná-lo concreto.<sup>8 9</sup>

Tem-se por certo, desta forma, que uma das principais conseqüências da caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental no Brasil é a possibilidade de sua efetivação por meio da atuação individual.

Comete ao Poder Judiciário, no contexto do Estado democrático de direito, tornar efetivas as promessas constitucionais, sendo certo que a caracte-

---

<sup>6</sup> Em Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, (57-130), página 73.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* - RDM, São Paulo: Malheiros, n.50, p.57-74, abr./jun. 1983, p.58.

<sup>8</sup> É essa a perspectiva abordada por Morato Leite: “Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que significa para todos esta qualificação? Significa que, para a efetividade deste direito, há necessidade de participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O Estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito. Além desta ação positiva do Estado, é necessária a abstenção de práticas nocivas ao meio ambiente por parte da coletividade. O cidadão deve, desta forma, empenhar-se na consecução deste direito fundamental, participando ativamente das ações voltadas à proteção do meio ambiente.” LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente, in VARELLA, Marcelo Dias e BORGES, Roxana Cardoso (org.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 1998, (51-70), página 66.

<sup>9</sup> LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Helini Sivini. Tendências e perspectivas do estado de direito ambiental no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Helini Sivini e BORATTI, Larissa Verri (org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, (3-30), página 13.

rização de um direito como fundamental não é mero exercício teórico, mas se configura como um importante mecanismo de sua efetivação.

O Poder Judiciário no Brasil tem sido um eficaz meio de concretização do direito ao meio ambiente sadio,<sup>10</sup> Tal constatação pode ser comprovada por inúmeras decisões dos Tribunais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que tem a competência de harmonizar a legislação federal. Pode-se afirmar, a partir das decisões antes aludidas, que há em construção no Brasil todo um sistema de proteção ao meio ambiente sadio, munido de instrumentos hermenêuticos específicos, adequados ao seu fim, que tem renovado a ciência do direito.

Assim, como primeira conclusão, pode-se afirmar que a caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é um importante instrumento para a sua efetivação.

### 3. A LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

O Direito Constitucional Ambiental na Alemanha é relativamente novo. Inserida oficialmente na Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã apenas em 1994<sup>11</sup>, a proteção ambiental é hoje amplamente discutida em seus mais variados aspectos, buscando a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável europeu e a construção de um futuro Estado de Direito Ambiental.

Na Alemanha, a proteção do meio ambiente vem prevista expressamente apenas no art. 20a da Lei Fundamental (LF) e pontualmente na repartição de competências constitucionais.

Por outro lado, veem-se principalmente os arts. 2 I, II e 14 LF como direitos fundamentais vinculados à proteção ambiental, posto que eles protegem a vida, a integridade física dos homens e a propriedade como elementos do meio ambiente.

Diferentemente da Lei Fundamental, as constituições dos estados de Brandenburg, Sachsen e Sachsen-Anhalt possuem dispositivos mais detalhados sobre a proteção ambiental, por serem temporalmente mais recentes do

---

<sup>10</sup> MATIAS, João Luis Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luis Nogueira (org.). *Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais*. Curitiba: Editora CRV, 2013, (13-34).

<sup>11</sup> Isto se deu através da 42ª Alteração Constitucional (*Verfassungsänderung*) de 1994. O relativo atraso nessa inserção constitucional da proteção ambiental justifica-se pela antiguidade da Lei Fundamental alemã, que foi promulgada em 1949 e parcialmente revista apenas quando da reunificação alemã em 1990. Em ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. *Umweltrecht*, 3. ed. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010, p. 58.

que a Lei Fundamental<sup>12</sup>. A Constituição de Brandenburgo possui o único dispositivo constitucional da Alemanha que abriga um direito fundamental à proteção ambiental, embora restrito (Art. 39, II da Constituição do Estado de Brandenburgo)<sup>13</sup>.

### 3.1. Fases do direito ambiental constitucional alemão

O direito ambiental constitucional alemão é comumente dividido em quatro fases, segundo os ensinamentos do Prof. Michael Kloepfer<sup>14</sup>. Na primeira fase, que vai de 1973 a 1983, diante das preocupações ambientais levantadas pela Conferência da ONU em Estocolmo (1972), abre-se a discussão sobre se e como a ideia da proteção ambiental poderia ser colocada na Lei Fundamental. Durante os anos de 1983 a 1990, observam-se as primeiras tentativas concretas de inserção da proteção ambiental em nível federal e estadual. A terceira fase, de 1990 a 1994, é marcada pelo trabalho da Comissão Constitucional Conjunta da União e dos Estados para a alteração da Lei Fundamental, que permaneceu vigente após a reunificação alemã em 1990. Durante a quarta fase, que dura até os dias atuais, observa-se uma tentativa de fortalecimento do direito ambiental constitucional, tendo sido inserida em 2002 também a proteção animal no corpo do art. 20a LF.

Culminando então com a inserção do art. 20a na Lei Fundamental, a grande discussão à volta da proteção ambiental durou mais de 20 anos. Exaustivamente discutida, a ideia de um direito subjetivo à proteção ambiental, quer através da interpretação de direitos fundamentais já existentes, quer através da criação de um novo direito fundamental à proteção ambiental, foi rejeitada.

A Lei Fundamental traz a proteção ambiental principalmente sob dois distintos pontos de vista<sup>15</sup>: Como um objetivo a ser alcançado pelo Estado e como um reflexo dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

### 3.2. A proteção do art. 20a LF

O artigo centra sobre a proteção ao meio ambiente na Constituição alemã é o artigo 20a, que dispõe:

---

<sup>12</sup> Estes eram estados da antiga Alemanha Oriental.

<sup>13</sup> KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*, 3. ed. München: Beck, 2004, p. 115.

<sup>14</sup> KLOEPFER, Michael. *Ob. Cit.*, 2004, p. 116.

<sup>15</sup> Relevantes para a concretização da proteção ambiental são ainda alguns dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito previsto no Art. 20, LF, quais sejam o princípio da reserva legal, o princípio da determinabilidade das leis, pelo qual as normas devem ser elaboradas de forma que o seu conteúdo e campo de aplicação possam ser determinados através da interpretação jurídica ou da jurisprudência e o princípio da proporcionalidade.

## Artigo 20a [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais]

Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário.

Observa-se que o art. 20a foi inserido na Lei Fundamental como uma determinação normativa dos objetivos do Estado (*Staatszielbestimmung*), consagrando a proteção ambiental como um objetivo estatal (*Staatsziel*).

Tais determinações normativas são normas constitucionais vinculantes que prescrevem o cumprimento e a observância de determinados deveres às três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário)<sup>16</sup>. São consideradas mais do que simples normas programáticas, posto que não só representam um programa obrigatório no agir do Estado, como obrigam o poder estatal a dar forma à tal objetivo, não determinando, entretanto, os meios para a consecução desse fim ou para a sua concretização.

É pacífico que o art. 20a LF não é um direito fundamental e não implica por si só um direito subjetivo do cidadão à proteção ambiental. É muito mais um interesse jurídico objetivamente protegido (direito objetivo), não sendo permitido ao cidadão invocar o dispositivo para exigir judicialmente do Estado decisões ou ações concretas para a proteção ambiental, para defender-se contra agressões ambientais ou mesmo para impor judicialmente determinada obrigação de fazer ecológica<sup>17</sup>.

Além disso, a determinação do art. 20a LF não é preferencial aos demais princípios e bens constitucionais e, como não está protegida pela cláusula pétrea do art. 79 III LF, situando-se em nível inferior ao princípio da dignidade humana (art. 1 LF) e aos princípios do Estado Democrático de Direito do art. 20 LF<sup>18</sup>.

De acordo com a redação do art. 20a LF, o Estado está autorizado e é obrigado a proteger os recursos naturais vitais e os animais. Apesar de ter optado o legislador constitucional pelo termo “recursos naturais vitais”, menos abrangente do que o de meio ambiente, a doutrina majoritária aceita que a expressão compreende, além da natureza e dos animais, o meio ambiente

---

<sup>16</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 58.; STEINBERG, Rudolf. *Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung. Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 1991.

<sup>17</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 59. Segundo Steinberg, a proteção advinda do art. 20a pode ser observada no controle de normas constitucional, já que qualquer norma que colide com o referido artigo está sujeita ao teste de conformidade constitucional realizado pelo Tribunal Constitucional Federal. Em STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1992.

<sup>18</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 119.

criado pelo homem e a cultura, sem incluir, porém, o meio social do homem a exemplo do meio ambiente do trabalho<sup>19</sup>.

Assim como no direito brasileiro, a proteção ambiental tomada como objetivo do Estado engloba a responsabilidade em longo prazo perante as gerações futuras através do desenvolvimento sustentável. Além disso, com a expressa menção do dever de resguardar os direitos das futuras gerações, o dispositivo confirma a concepção antropocêntrica da proteção ambiental constitucional<sup>20</sup>, que se depreende também de uma interpretação sistêmica da Lei Fundamental fundada na dignidade da pessoa humana.

Quanto ao conteúdo da determinação normativa, esta impõe ao Estado proteger ativamente o meio ambiente na esfera judicial, através de normatização, planejamento, administração ou mesmo de atuação direta, vinculando as três esferas de poder. Diferentemente do dispositivo constitucional ambiental brasileiro, nem a sociedade como um todo, nem os particulares em si estão vinculados ao mandamento do art. 20a LF. A coletividade não possui um dever constitucional de proteger o meio ambiente em sentido amplo<sup>21</sup>. Essa obrigação só decorre indiretamente em situações concretas de não ofensa a um bem ambiental público ou privado. Ao particular, também não cria o art. 20a LF obrigações, nem outorga direitos. Apenas o Estado, no cumprimento do dispositivo, pode obrigar o particular no sentido de que este proteja o meio ambiente.

A doutrina considera que o art. 20a LF é endereçado primariamente e de forma direta e imediata ao legislador. Este tem o dever de concretizar o conteúdo da determinação normativa, criando e melhorando as normas de proteção ambiental. Secundariamente, o dispositivo obriga os poderes Executivo e Judiciário a agir em conformidade com a proteção do meio ambiente ao interpretar as normas, por exemplo, na definição de conceitos jurídicos indeterminados, bem como o Executivo ao tomar decisões governamentais e o Judiciário ao preencher lacunas legais.

---

<sup>19</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 120.

<sup>20</sup> KLOEPFER, Michael. Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG. *Das Deutsche Verwaltungsblatt*, 1996, p. 5 s.

<sup>21</sup> O princípio da cooperação não foi observado diretamente na dicção do art. 20a, aparecendo apenas indiretamente na opção que tem o Estado em obrigar o particular a proteger o meio ambiente. Dispõe esse princípio que a proteção ambiental não é apenas tarefa do Estado, mas sim um trabalho conjunto de forças estatais e não-estatais nas decisões ambientalmente relevantes. No direito ambiental alemão, o princípio da cooperação é colocado lado-a-lado com os princípios da precaução e do poluidor-pagador, configurando o tripé fundamental da proteção ambiental na Alemanha. Em DI FABIO, Udo. Das Kooperationsprinzip - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1999, p. 1953.

É questionável a importância da inserção do art. 20a na Lei Fundamental. Steinberg<sup>22</sup> afirma que o art. 20a surge para suprir algumas lacunas existentes na ordem objetiva de valor da Constituição, antes superadas pela aplicação do direito fundamental do art. 2 II LF. Segundo Kloepper<sup>23</sup>, ele tem apenas valor simbólico, sem grandes alterações no papel administrador do Estado. No entanto, deve-se admitir que o dispositivo funciona como um verdadeiro obstáculo a um possível retrocesso ecológico e é ainda peça fundamental na construção do Estado Ambiental (*Umweltstaat*) alemão<sup>24</sup>.

#### 4. PROTEÇÃO AMBIENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA

Nos termos da Lei Fundamental alemã é possível afirmar que a proteção ambiental não é objeto de um direito fundamental do cidadão. Nunca foi objetivo do legislador constitucional configurar o princípio da proteção ambiental de forma subjetiva<sup>25</sup>.

Tal opção do legislador<sup>26</sup> justificou-se, entre outros motivos, pela alegação de que não haveria um uso prático e individual de tal direito fundamental à proteção ambiental. Também a qualidade ambiental almejada seria por demais abstrata para ser definida em nível constitucional. Sua concretização só poderia ser efetivada em nível infraconstitucional.

Com o crescimento da consciência ambiental da população, criar-se-ia uma expectativa de proteção muito maior do que ela efetivamente poderia ser, já que um direito fundamental à proteção ambiental sempre acabaria colidindo e sendo limitado por outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Outro motivo apontado é que a proteção ambiental se dirige primeiramente à proteção de um bem coletivo, ou seja, a garantia de liberdade individual preponderante nos direitos fundamentais típicos não seria o seu objetivo direto<sup>27</sup>.

No entanto, comparando-se o modelo escolhido pelo legislador constitucional para a proteção ambiental e o modelo dos direitos fundamentais, tem-se, em termos de aplicabilidade, que o direito fundamental está acima da

---

<sup>22</sup> STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1985.

<sup>23</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 1996, p. 127 s.

<sup>24</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 1996, p. 9.

<sup>25</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 1996, p. 1 s.

<sup>26</sup> A decisão de inserção da proteção ambiental como determinação normativa de objetivos e não como direito fundamental já havia sido proposta desde 1983. De fundamental importância para esta decisão foi um trabalho do Prof. Michael Kloepper já em 1978, onde o mesmo discorre sobre as possíveis formas de inserção da proteção ambiental na constituição alemã, chegando à conclusão de que o ideal seria a determinação normativa de objetivos do Estado, como foi realmente aceita e inserida no art. 20a da Lei Fundamental. Em KLOEPFER, Michael. *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Vol. 56. Berlin, New York: De Gruyter, 1978.

<sup>27</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 60.

determinação normativa de objetivos do Estado, já que esta não pode ser pleiteada nem executada judicialmente. A ideia do legislador constitucional foi muito mais a de fortalecer os direitos ambientais já constitucionalmente garantidos através de sua interpretação conforme o art. 20a LF<sup>28</sup>.

Os direitos fundamentais são direitos amplos que têm como objeto liberdades estabelecidas pelo legislador constitucional como merecedoras e carentes de proteção, que implicam para o seu titular um poder jurídico, possuindo como destinatário primário o Estado<sup>29</sup>. A doutrina alemã clássica dos direitos fundamentais<sup>30</sup> aceita que a Lei Fundamental possui uma ordem de valor objetiva para a vida estatal e social, em cujo topo se encontram os direitos fundamentais, dotados de um valor intrínseco que, mesmo em sua forma abstrata, obrigam os entes estatais<sup>31</sup>.

Sob esse aspecto objetivo, o direito fundamental confere ao seu titular um direito a receber uma prestação (*Leistungsrecht*) do Estado, obrigando-o a preservar, também contra uma intervenção de terceiros, os bens constitucionais. Simultaneamente, o mesmo direito fundamental confere ao seu titular um direito subjetivo, que lhe permite uma defesa (*Abwehrrecht*) contra um agir do Estado, limitando o poder deste.

Apesar de a proteção ambiental ou o direito a um meio ambiente digno não serem em si direitos fundamentais, eles ganham a proteção constitucional equivalente através de outros direitos fundamentais que assumam relevância ecológica, como o direito fundamental de defesa contra ações ou omissões do Estado que causem danos ambientais<sup>32</sup>.

Também são aspectos relevantes para a efetivação do direito ao meio ambiente sadio o dever fundamental do Estado em garantir a vida em um meio ambiente digno e a ponderação entre a proteção ambiental promovida pelo Estado e os direitos fundamentais do explorador-poluidor.

É o que será analisado a seguir.

---

<sup>28</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 1996, p. 1 s.

<sup>29</sup> IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II: Grundrechte*, 12. ed. Köln: Heymanns, 2009, p. 17 ss.

<sup>30</sup> Principalmente baseada nas obras de Georg Jellinek e Robert Alexy.

<sup>31</sup> IPSEN, Jörn. Ob. Cit., 2009, p. 28. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu pela primeira vez os direitos fundamentais como uma ordem de valor objetiva a ser observada por todos os ramos do Direito no famoso “caso Lüth” de 1958. Decisão do TCF - BVerfGE 7, 198.

<sup>32</sup> Nesse caso, restando violado um direito fundamental através de um ato (ação ou omissão) do Estado, o cidadão pode pleitear uma ação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) em última instância junto ao Tribunal Constitucional Federal (Art. 93 I Nr. 4a LF c/c §§ 90 ss. BVerfGG).

#### 4.1. Direito fundamental de defesa contra atividades poluidoras

Com relação aos direitos fundamentais que concretizam a proteção ambiental, distinguem-se duas situações diferentes: Uma na qual o cidadão se defende contra uma atividade poluidora do Estado e outra quando o cidadão se defende contra uma atividade poluidora de terceiros, onde o Estado foi mediador como órgão fiscalizador, tendo como exemplo clássico a concessão de licenças ambientais.

Nessas situações entram em cena os arts. 2 e 14 LF, que seguem:

Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.”

“Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. (...)

O art. 2 I LF traz o direito fundamental de liberdade geral e ampla, sendo ele a base da ordem de valor da Lei Fundamental. A doutrina majoritária aceita que este dispositivo configura muito mais um direito objetivo do que um direito subjetivo, devendo sempre ser analisado em conjunto com os demais direitos fundamentais.

Já no art. 2 II LF encontra-se o clássico direito fundamental parcial à proteção ambiental. Ele garante um direito subjetivo de defesa contra ameaças e lesões à vida e à integridade física da pessoa. Com relação à proteção à vida, entende-se garantir aqui tanto o mínimo existencial geral como o mínimo existencial ecológico<sup>33</sup>. A integridade física da pessoa é determinada em sentido biológico-fisiológico. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a integridade psíquica também é protegida pelo dispositivo em questão.

Em matéria ambiental, o art. 14 LF que trata do direito à propriedade privada também garante ao cidadão a defesa de sua propriedade contra danos de ordem ambiental, como poluição sonora, poluição do ar, privação de luz, do sol ou de vista. Entretanto, esse direito só é garantido quando o bem ambiental violado é um bem jurídico individual. Ou seja, não se protege a

---

<sup>33</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 131.

flora, a fauna, a natureza ou mesmo a água de forma geral, a não ser que estes configurem um direito de uso<sup>34</sup>.

Como visto, tais direitos fundamentais são garantidos judicialmente de forma passiva, ou seja, quando violados por atividade poluidora do Estado ou por terceiros, surge de forma imediata um direito subjetivo do cidadão contra o Estado, caso a ser analisado a seguir.

#### 4.2. Dever fundamental do Estado de proteger o meio ambiente

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais implica um direito a receber uma prestação estatal. Na presença de pressupostos complementares, deste aspecto objetivo pode surgir para o Estado um dever de proteção (*Schutzpflicht*) do referido direito<sup>35</sup>.

Entende a doutrina que o direito de prestação decorrente de direitos fundamentais correlatos à proteção ambiental obriga, assim como o art. 20a LF, de forma imediata o legislador a criar novas leis ou leis que complementem as normas já existentes visando à proteção ambiental. Para os poderes Executivo e Judiciário, esse dever fundamental vem de forma indireta, advindo do dever de observância das leis (Art. 20 III LF) na sua aplicação e interpretação.

Portanto, a contrapartida do direito fundamental à vida e à integridade física e psíquica do art. 2 II LF e do direito fundamental à propriedade do art. 14 LF não implica uma obrigação do Estado em praticar positivamente atividades de proteção ambiental, mas sim em uma ação protetiva do Estado contra a ação poluidora de terceiros<sup>36</sup>.

Segundo Kloepfer<sup>37</sup>, só é pleiteável judicialmente de forma genérica a ameaça ao mínimo existencial ecológico no teor do art. 2 II LF, baseando-se no princípio do Estado Social. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal admite o caráter objetivo imediato do art. 2 II LF, obrigando o Estado a se posicionar de forma a proteger e fomentar o bem constitucional<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1987.

<sup>35</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 65 ss.

<sup>36</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 130.

<sup>37</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 134. Assim também STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1986.

<sup>38</sup> Esse dever de prestação do Estado de forma generalizada foi garantido na decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre os direitos do nascituro, admitindo o Art. 2 II LF como um elemento da ordem objetiva de valor constitucional. Decisões do Tribunal Constitucional Federal - BVerGE 39, 1 e BVerfGE 88, 203. Em STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1986.

O dever fundamental de proteção ambiental pode, na presença de determinados pressupostos (intensidade e verossimilhança<sup>39</sup>), gerar um direito subjetivo exigível pelo cidadão contra o Estado, quando um órgão público ou terceiro viola direito fundamental de um ou mais cidadãos. A violação do dever estatal, portanto, só ocorre quando não for tomada nenhuma precaução ou quando estas eram insuficientes ou inadequadas para a consecução do objetivo<sup>40</sup>.

O dever de proteção ambiental também abrange as situações de perigo de dano. Em matéria ambiental, por seu significativo potencial danoso, já uma pequena verossimilhança basta para constatar-se um estado de perigo que gera o dever de proteção por parte do Estado<sup>41</sup>. Entretanto, a simples omissão estatal, chamada proteção abaixo do padrão (*Untermaß*) ou insuficiente, não foi até agora aceita pelo Tribunal Constitucional Federal como fundamento de demanda constitucional cabível em matéria ambiental (este, por exemplo, já negou um dever do Estado em criar leis contra poluição do ar em casos de risco à saúde e danos a propriedades, bem como contra o barulho ocasionado pelo tráfego aéreo e terrestre<sup>42</sup>).

### 4.3. Direitos fundamentais do agente econômico e a proteção ambiental

A doutrina, no estudo do direito ambiental alemão, aborda ainda o assunto da proteção ambiental sob a ótica do particular que realiza qualquer atividade que proteja menos o meio ambiente ou que o agrida. Ele vê o seu direito fundamental de liberdade de fazer ou deixar de fazer limitado pela atividade do Estado em proteger o meio ambiente.

Em uma primeira análise surge a disputa entre a proteção ambiental pública e a privada. Nesse caso, o Estado proíbe total ou parcialmente a prática pelo particular de determinada atividade de proteção ambiental para que o próprio Estado a realize.

Pessoas físicas, pessoas jurídicas ou associações com fins ambientais podem ter seus direitos fundamentais, respectivamente de liberdade de ação (art. 2 I LF), de propriedade e liberdade profissional (arts. 14 e 12 LF) e de

---

<sup>39</sup> Quanto à intensidade, só um verdadeiro dano gera um dever de proteção por parte do Estado, e não uma mera interferência ou uma lesão de pouca relevância. Poderia se considerar como interferência, por exemplo, a fumaça expelida por um ou alguns automóveis ainda dentro dos padrões de poluição permitidos. A intensidade da agressão é normalmente estabelecida por métodos das ciências naturais, de forma que é de difícil delimitar o que seria aceitável e o que seria danoso.

A verossimilhança no caso do dano já é pressuposta. No caso da ameaça é que ela deve ser melhor analisada, sendo que quanto mais valor tiver o bem protegido e quanto maior for o possível dano, tanto mais verossímil será a ameaça ao direito fundamental.

<sup>40</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 131.

<sup>41</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 67.

<sup>42</sup> ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 66.

associação (art. 9 I LF), violados por um agir do Estado no cumprimento de seu dever ambiental.

Quando o Estado toma para si a responsabilidade por uma tarefa que visa proteger o meio ambiente, não se configura necessariamente uma limitação no direito fundamental do particular que exerce a mesma atividade, devendo ser analisado se ocorreu excesso no agir estatal (*Übermaßverbot* ou proibição do excesso).

Assim sendo, na proteção dos arts. 2 I e 9 LF, por serem dispositivos bem amplos, o direito fundamental de poder realizar a atividade de proteção ambiental só é exigível em caso de excessos no agir estatal. Mais concreta é a violação do art. 12 LF, que garante à pessoa jurídica que realiza atividade ambiental o direito de exercer sua profissão:

Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]

(1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. (...)

Ainda assim, a jurisprudência tem demonstrado que a intervenção do Estado em geral não é considerada inconstitucional<sup>43</sup>, posto que configura a concretização dos princípios do Estado Social previstos na Lei Fundamental. Em se tratando de atividades de grande relevância para a sociedade, é dever do Estado em sua função social não delegá-las ao setor privado, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em uma segunda hipótese, analisa-se se uma intervenção do Estado na atividade econômica poluidora realizada pelo particular é considerada uma violação dos seus direitos de liberdade e propriedade. Aqui, mais do que nos outros casos, evidencia-se a constante necessidade de balanceamento entre os três pilares sustentadores do Estado, quais sejam a economia, a sociedade e o meio ambiente, visando ao desenvolvimento sustentável.

Aqui deve-se examinar se a liberdade constitucionalmente protegida de exercício da atividade profissional (Art. 12 I LF) engloba também a atividade empresarial poluidora, o que reduziria na prática os pressupostos dos direitos das gerações futuras e se, no caso da propriedade, esta possui um valor ecológico nos termos do Art. 14 LF<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> No caso de empresas de coleta de lixo, em diversas batalhas judiciais, foi aceito que os direitos fundamentais dos arts. 12 e 14 LF não podem limitar o avanço da proteção do Estado no campo da proteção ambiental, devendo, entretanto, ser observada a proporcionalidade e razoabilidade da ação estatal. Em KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 134 s.

<sup>44</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 135 ss.

Do ponto de vista dogmático, encontra guarida no art. 20a a interpretação de que o dever ambiental do Estado é uma limitação geral dos direitos fundamentais. Apesar de a determinação normativa não se sobrepor aos direitos fundamentais no direito constitucional alemão clássico, com a inserção do art. 20a na LF criou-se um novo paradigma no qual uma interpretação sistemática da Lei Fundamental pode impor limitações de cunho ecológico ao direito de propriedade<sup>45</sup> e conseqüentemente ao direito de liberdade no exercício da profissão.

Na prática jurídica, a intervenção estatal em atividade profissional poluidora é considerada uma mera regulamentação do exercício da profissão, que, via de regra, não é inconstitucional quando razoável e não-arbitrária, valendo-se do princípio da supremacia do bem-estar social. As intervenções de cunho ambiental no direito à propriedade do particular são moderadamente aceitas, sendo comumente justificadas no âmbito da proteção constitucional da função social da mesma (Art. 14 II LF)<sup>46</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a proteção ambiental na Lei Fundamental alemã não conta com o prestígio a ela conferido pela Constituição Federal brasileira. Sendo inserida na Lei Fundamental alemã tardiamente em relação a outros países europeus, a proteção ambiental constitucional é muito mais parte da ordem objetiva da Constituição do que um direito subjetivo garantido aos cidadãos.

Mesmo se analisada sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, principalmente dos direito à vida e à integridade física e de propriedade, a proteção ambiental na Alemanha não é tão ampla como no Brasil, especialmente em razão de que se confere proteção ao meio ambiente como um todo e não como um bem jurídico individual.

Devendo suprir essa lacuna, o objetivo do Estado do art. 20a LF, por ser relativamente novo, ainda busca uma maior efetividade e concretização com a evolução do direito infraconstitucional e jurisprudencial, visando à instauração do Estado de Direito Ambiental, resguardando o meio ambiente tanto para as gerações presentes como para as futuras.

Entretanto, a opção do legislador alemão por uma proteção mais teórica em âmbito constitucional não prejudica a sua eficácia. Este fato é compensado por uma intensa e evoluída regulação infraconstitucional e por uma grande eficiência no campo da prática administrativa alemã. O controle e

---

<sup>45</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 136.

<sup>46</sup> KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 135 ss.

fiscalização em questões ambientais garantem uma eficaz concretização da proteção ambiental.

No Brasil, a opção pela caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é importante mecanismo de sua efetivação. Como corolário do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a proteção ao meio ambiente tem se constituído como um dos vetores essenciais da ordem jurídica nacional.

Em um país que demanda grandes e urgentes transformações sociais, a opção do legislador foi a mais sábia e eficaz, sobretudo em razão do caráter transformador que emana da Constituição Federal de 1988 e da função que compete ao Poder Judiciário no estado democrático de direito. Contudo, apesar dos grandes avanços, a prática administrativa confusa e ineficaz tem impedido que a efetivação do direito ao meio ambiente sadio ocorra de forma mais intensa. Mas não há dúvida de que, embora haja longo caminho a percorrer, a opção do legislador brasileiro em tornar a proteção ao meio ambiente direito fundamental foi a mais adequada para a realidade do país.

## REFERÊNCIAS

BEJAMIN, Herman, Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 57-130, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro - RDM**, São Paulo: Malheiros, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. O princípio da solidariedade como marco jurídico-constitucional do Estado de direito ambiental. In: HAUSCHILD, Mauro Luciano; GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. (Org.). **Meio ambiente, propriedade e agronegócio**. 1 ed. Brasília: IP, 2011, v. 1, p. 125-156.

BOHNE, Eberhard; KLOEPFER, Michael. **Das Projekt eines Umweltgesetzbuchs 2009**. Schriften zum Umweltrecht, v. 165. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. **Constellations**, Oxford, v. 7, n. 4, 2000, P. 507/521. Tradução de Christopher Long e William E. Schuerman.

DI FABIO, Udo. Das Kooperationsprinzip - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts. **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1999, p. 1153–1158.

ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. **Umweltrecht**, 3. ed. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010.

IPSEN, Jörn. **Staatsrecht II: Grundrechte**, 12. ed. Köln: Heymanns, 2009.

MATIAS, João Luis Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luis Nogueira (org.). **Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais**. Curitiba: Editora CRV, p. 13-34, 2013.

KLOEPFER, Michael. **Umweltrecht**, 3. ed. München: Beck, 2004.

\_\_\_\_\_. Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG. **Das Deutsche Verwaltungsblatt**, 1996, p. 73–80.

\_\_\_\_\_. **Zum Grundrecht auf Umweltschutz**. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Vol. 56. Berlin, New York: De Gruyter, 1978.

LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (org.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey editora, 1998, p. 51-70.

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Helini Sivini. Tendências e perspectivas do estado de direito ambiental no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Helini Sivini e BORATTI, Larissa Verri (org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 3-30, 2007.

LOPES, Ana Maria D'avila. O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 57-72, out./dez. de 2006,

STEINBERG, Rudolf. Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung. **Neue Juristische Wochenschrift**, p. 1985–1994, 1996.



# ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO: UMA ABORDAGEM DO DIREITO COMO CIÊNCIA DO COMPORTAMENTO HUMANO APLICADA

---

*Julio Cesar de Aguiar\**

## **Resumo**

O artigo propõe uma nova abordagem para a ciência do direito intitulada análise comportamental do direito. A referida abordagem parte da redefinição do fato do dever-ser como sendo o que os analistas comportamentais chamam de regras, ou seja, conjuntos de padrões comportamentais complexos, os quais auxiliam os indivíduos a adaptarem seu comportamento às contingências ambientais humanas e não humanas, sem terem de se expor diretamente a tais contingências. O artigo continua explicando os fundamentos epistemológicos das referidas regras, com base nos quais é proposta uma estrutura formal para descrevê-las. Em seguida, o artigo analisa detalhadamente a estrutura das normas jurídicas em termos de suas regras constitutivas, classificadas em três grupos, a saber, premissas comportamentais relevantes, metas sociais e contingências jurídicas.

## **Palavras-chave**

Análise Comportamental do Direito. Regras. Contingências Comportamentais. Premissas Comportamentais Relevantes. Metas Sociais. Contingências Jurídicas.

## **Abstract**

The article puts forth a new approach to legal studies named behavioral analysis of law. It begins by redefining the fact of the ought as what behavior analysts call rules, that is, sets of complex behavioral patterns which help individuals to adapt their behavior to human and non-human environmental contingencies without having to expose themselves directly to such contingencies. It continues by explaining the epistemological foundation of such rules on the basis of which a formal structure to describe them is proposed. Then the article analyses in detail the structure of legal norms in terms of their component rules, which are classified in three groups, namely relevant behavioral premises, social goals, and legal contingencies.

## **Keywords**

Behavioral Analysis of Law. Rules. Environmental Contingencies. Relevant Behavioral Premises. Social Goals. Legal Contingencies.

---

\* Mestre em Filosofia, Doutor e PhD em Direito, Professor do Mestrado da Universidade Católica de Brasília, Procurador da Fazenda Nacional.

## 1. INTRODUÇÃO

O horizonte epistemológico da maioria dos que intentam estudar cientificamente o direito tem sido dominado por uma visão dualista que se caracteriza por distinguir entre, de um lado, uma abordagem dita externa ao direito, representada por disciplinas como a sociologia e a antropologia jurídicas; e, de outro, uma abordagem dita interna ao direito, a qual gira em torno da dogmática jurídica, mas tende a incluir também disciplinas como a hermenêutica e a lógica jurídicas. Essa visão dicotômica tem como fundamento principal a chamada doutrina do abismo lógico entre ser e dever-ser, cabendo então, grosso modo, às disciplinas jurídicas externas estudar o ser e às internas, o dever-ser do direito.

Tal estado de coisas tem prejudicado sobremaneira o desenvolvimento da ciência jurídica, especialmente em uma época em que é cada vez mais importante para os teóricos e profissionais do direito entender de forma científica as consequências sociais mais amplas da instituição, modificação e aplicação diferencial das normas jurídicas, as quais não mais são vistas como preceitos normativos absolutos, mas como instrumentos contingentes na busca por soluções para os problemas da sociedade humana em escala global.

O presente artigo expõe os fundamentos de uma abordagem científica unificada do direito intitulada análise comportamental do direito. Tal abordagem se baseia em uma epistemologia naturalista inspirada no behaviorismo radical de Skinner, de acordo com a qual o que chamamos de conhecimento — inclusive sua manifestação mais avançada, a ciência moderna — nada mais é do que um modo de adaptação dos grupos humanos aos seus ambientes físicos e sociais; sendo, portanto, o resultado coletivo emergente de ações individuais, tornado possível pela linguagem, a qual permite aos indivíduos transmitir uns aos outros os padrões comportamentais percebidos como mais adaptativos em um dado contexto. O chamado dever-ser, por conseguinte, é tão somente uma forma abstrata de descrever o modo como o conhecimento humano é disseminado com o auxílio da linguagem. Mais especificamente, ele é uma forma sintética de se referir ao que os analistas comportamentais skinnerianos chamam de regras, isto é, conjuntos de padrões comportamentais complexos os quais auxiliam os indivíduos a adaptarem seus comportamentos às contingências ambientais humanas e não humanas, sem terem de se expor diretamente a tais contingências.

No caso específico das normas jurídicas, o artigo tenta demonstrar que o dever-ser nelas contido é basicamente um modo linguístico de descrever a relação causal entre a imposição de uma contingência comportamental — normalmente uma punição contingente a um comportamento omissivo ou comissivo descrito na norma — e a obtenção de um resultado determinado, definido politicamente como sendo do interesse da comunidade em nome da qual se instituiu a referida norma. Assim, no caso do furto, por exemplo, o

dever-ser de tal norma penal seria basicamente, segundo a visão resumida acima, uma descrição linguística da relação causal entre a punição da conduta ‘subtrair coisa alheia móvel’ e a obtenção de um estado de coisas percebido como socialmente desejável, a saber, a segurança da propriedade privada individual.

A estrutura do artigo é a seguinte. Após esta introdução, discute-se, numa segunda seção, a questão do substrato fático do dever-ser como constituído por regras, entendidas como mecanismos de transmissão social de padrões comportamentais considerados mais adaptativos em determinados contextos. A terceira seção é então dedicada à discussão do papel do que estamos chamando de regras de controle comportamental, entre as quais se incluem as normas jurídicas, na evolução sociocultural humana, finalizando com uma análise lógica de tais regras. Na quarta seção, a estrutura das normas jurídicas enquanto regras de controle comportamental é discutida em detalhes. Uma seção final, conclusiva, resume então os principais pontos do artigo e suas implicações para a teoria e prática do direito.

## 2. EM BUSCA DO FATO DO DEVER-SER

A noção de dever-ser tem uma extensa carreira na filosofia ocidental (ABBAGNANO, 1998). Um marco fundamental nesse debate filosófico é a contribuição do filósofo escocês setecentista David Hume (1711-1776), o qual formulou as bases do que veio a ser conhecido como a doutrina do abismo lógico entre ser e dever-ser (BRECHT, 1965), a partir da qual a questão do ser *versus* dever-ser passou da ontologia para a epistemologia. Em resumo, Hume argumenta que não se pode deduzir de um estado de coisas factual, isto é, de um ser, um estado de coisas normativo, ou seja, uma prescrição ou dever-ser (HUME, 1989). Como, para ele, apenas os estados de coisas factuais são passíveis de raciocínio lógico-dedutivo, isto é, racional, segue-se que os estados de coisas normativos, chamados por Hume de distinções morais, não são acessíveis ao pensamento racional, em outras palavras, não derivam da razão humana.

Tributárias dessa longa tradição filosófica, as versões dos juristas para essa questão fundamental são várias, a mais conhecida das quais é provavelmente a formulação proposta por Hans Kelsen (1881-1973), segundo o qual o “dever-ser simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma” (KELSEN, 1991, p. 41). Não faltaram também tentativas de superar a dicotomia humeana, destacando-se no âmbito do direito o movimento conhecido como realismo jurídico norte-americano (DUXBURY, 1995). Entretanto, como observa Luhmann, os realistas jurídicos estavam muito mais preocupados em discutir as motivações dos juristas enquanto indivíduos ou grupo social do que em esclarecer a natureza

sociopsicológica do direito em geral e das normas jurídicas em particular (LUHMANN, 1985).

Não é meu propósito neste artigo me alongar no comentário à discussão filosófica ou teórico-jurídica sobre a distinção epistemológica entre ser e dever-ser. Ao contrário, vou propor um caminho, por assim dizer, paralelo, o qual não passa pela filosofia nem pela teoria do direito tradicional, porém, pela ciência do comportamento humano, mais particularmente, pela versão dessa ciência proposta pelo psicólogo norte-americano B. F. Skinner (1904-1990) e desenvolvida pelos seus inúmeros seguidores ao redor do mundo, conhecida pelos apelidos sinônimos de behaviorismo radical ou análise comportamental (SKINNER, 1953; BAUM, 2005; MOORE, 2008; SCHNEIDER, 2012).

Conforme iremos explicar detalhadamente ao longo deste artigo, do ponto de vista da análise comportamental, o dever-ser do direito nada mais é do que uma descrição linguística de uma circunstância comum da vida social humana, a saber: o fato de a instituição de uma determinada norma jurídica — por exemplo, o crime de furto — ser geralmente percebida pelos instituidores da mesma como um modo de garantir, em última instância, a sobrevivência e reprodução do respectivo grupo social. Ou seja, a normatividade do direito, segundo esse ponto de vista, seria um modo de descrever a relação instrumental entre a instituição de determinadas normas jurídicas e a garantia do bem-estar da respectiva comunidade social instituidora das mesmas. Na base dessa concepção do dever-ser jurídico está o conceito analítico-comportamental de regra (SKINNER, 1969; BAUM, 2005). Para entender melhor tal conceito, entretanto, faz-se necessária uma discussão mais detalhada de um aspecto fundamental do behaviorismo radical de Skinner, ou seja, o conceito de seleção pelas consequências como modelo de explicação causal, passando, em seguida, à explicação o mais sucinta possível dos três níveis de seleção comportamental, para, só então, nas próximas seções, discutir em profundidade a ideia do dever-ser como constituído por regras.

### 2.1. A seleção pelas consequências como modelo de explicação causal

Diferentemente do chamado behaviorismo metodológico, personificado na obra do também psicólogo norte-americano John B. Watson (1878-1958), o behaviorismo radical de Skinner não nega a possibilidade de se estudar cientificamente os fenômenos ditos mentais, como pensamentos, crenças, desejos e lembranças. Recusa-se, porém, a reconhecer nesses fenômenos duas qualidades que, direta ou indiretamente, lhes são atribuídas pelas correntes psicológicas rivais, apelidadas de mentalistas pelos skinnerianos, a saber: a) que os fenômenos mentais ocorrem em um plano fenomenológico distinto e não físico denominado mente; b) que tais fenômenos são a causa

eficiente ou mecânica dos comportamentos humanos observáveis (SKINNER, 1953, 1976; BAUM, 2005).

De fato, para os analistas comportamentais, comportamentos ditos mentais como, por exemplo, pensar, imaginar, sentir, perceber e crer se dão no mesmo domínio fenomênico que outros comportamentos, não considerados mentais, tais como correr, nadar, comer e dormir. O fato de que esses últimos comportamentos sejam publicamente observáveis e os primeiros, em geral, não o sejam não os faz diferentes do ponto de vista das variáveis responsáveis pela sua ocorrência. Assim, se eu estou a caminho da pizzaria e imagino uma *marguerita* com muita mussarela, tomate e manjericão e ao chegar lá devoro uma dessas pizzas, tamanho gigante, em poucos minutos, não há, segundo os analistas comportamentais, fundamento científico para distinguir entre as variáveis responsáveis pela ocorrência dos dois comportamentos e muito menos para dizer que o ato de imaginar ocorreu na minha mente e o de comer, na pizzaria. Ao contrário, em termos de explicação causal, fatores como minha experiência prazerosa anterior com o sabor de pizzas semelhantes, a privação de alimento nas horas que antecederam a ida ao restaurante e o panfleto da pizzaria colocado na minha caixa de correio esta manhã foram igualmente importantes tanto na determinação do ato de imaginar quanto no de comer a pizza. Em termos mais técnicos, dir-se-ia que tanto o imaginar quanto o comer formam um único padrão comportamental complexo (BAUM, 2005; RACHLIN, 2000), cuja probabilidade de ocorrência é o resultado da conjugação de três tipos de variáveis comportamentais, a motivação (privação de alimento), o contexto (o ambiente urbano que inclui a disponibilidade de transporte e de restaurantes que vendem pizzas e fazem propaganda de porta em porta do seu negócio) e a história comportamental individual (a minha experiência anterior com o sabor de pizzas *marguerita*).

Da mesma forma, se eu estou no trabalho, começo a pensar na minha esposa e, logo em seguida, telefono para ela, o pensamento, do ponto de vista analítico-comportamental, não é a causa do telefonema. Na verdade, ambos, pensamento e telefonema, são partes de um padrão comportamental mais amplo cujas variáveis causais incluem um estado motivacional (privação da presença da minha esposa), um contexto (por exemplo, o ponteiro do relógio do escritório indicando que em alguns minutos estarei indo para casa) e uma história comportamental (em outras ocasiões, quando liguei do trabalho para minha esposa, ela me disse palavras carinhosas e alusivas aos bons momentos que logo estaríamos passando juntos).

Ora, aceitando o argumento behaviorista radical resumido acima, caberia perguntar: por que razão a maioria das pessoas, incluindo filósofos, psicólogos e leigos, compartilha tanto a ideia de mente como um plano distinto do físico em que fenômenos como pensamentos, imagens, e desejos

ocorrem quanto a de que tais fenômenos são a causa dos comportamentos relacionados que se seguem a eles? Para responder a essa questão, é necessário entender o conceito de seleção pelas consequências, proposto por Skinner como um novo modelo causal, distinto da causalidade mecânica, também chamada de causalidade eficiente.

Segundo autores como Baum, Moore e Skinner, do ponto de vista epistemológico, o cerne da divergência entre os behavioristas radicais e os adeptos das correntes psicológicas rivais, em especial, a chamada corrente cognitivista, está em que, contrariamente a esses últimos, para os analistas comportamentais, a explicação científica do comportamento humano depende de um tipo diferente de causalidade, característico da biologia evolucionária, da psicologia e da sociologia evolutiva, o qual é distinto da causalidade mecânica que tem caracterizado as explicações da física, da química e da biologia molecular. Skinner chama este novo tipo de explicação causal de seleção pelas consequências (SKINNER, 1981, 1990; BAUM, 2005; MOORE, 2008).

Como observa Baum, as explicações baseadas no modelo causal mecanicista se baseiam em eventos que se dão no momento mesmo em que o fenômeno a ser explicado ocorre. Por exemplo, a explicação astronômica para o fato de o sol nascer toda manhã faz referência apenas à posição da Terra relativamente ao Sol no momento da alvorada. Já as explicações baseadas no modelo causal da seleção pelas consequências — também chamadas explicações selecionistas (DONAHOE, 2003) — fazem referência a uma série histórica de eventos ocorridos em um período relativamente longo de tempo. Assim, a explicação selecionista da biologia evolucionária para, por exemplo, o pescoço comprido das girafas “requires reference to the births, lives, and deaths of countless giraffes and giraffe ancestors over many millions of years” (BAUM, 2005, p. 64).

A explicação baseada na seleção pelas consequências foi descoberta apenas no século XIX por Charles Darwin (1809-1882) e aplicada por ele à explicação da evolução das espécies, no que ficou conhecido como a teoria da evolução das espécies pela seleção natural (DARWIN, 1999; MAYR, 1998). O behaviorismo radical se caracteriza por aplicar um modelo causal análogo ao de Darwin para explicar a aquisição, modificação e extinção de padrões comportamentais em organismos animais individuais, inclusive seres humanos, durante o tempo de vida dos mesmos (SKINNER, 1953), assim como para descrever a evolução sociocultural humana (SKINNER, 1971, 1976, 1981, 1984; GLENN, 1991, 2004; BAUM, 2001, 2005; SCHNEIDER, 2012). Segundo os behavioristas radicais, pela mesma razão que, na ausência da explicação evolucionária de Darwin, a noção de um criador ou demiurgo funcionou durante séculos como explicação causal eficiente da diversidade das espécies, na ausência da teoria skinneriana da seleção comportamental ontogenética, a mente funcionou (para muitos, ainda funciona) como explicação causal efici-

ente do comportamento observado dos animais; enquanto que, na ausência de uma teoria selecionista satisfatória da evolução sociocultural, o surgimento e disseminação das instituições sociais, as normas jurídicas incluídas, são explicados por uma causa eficiente imaginária, que tanto pode ser uma mente coletiva, como em Comte (ARON, 1987), quanto um agente providencial, seja ele indivíduo ou grupo atuando como tal, como no maquiavelismo e no marxismo-leninismo, respectivamente (MAQUIAVEL, 2010; GRAMSCI, 1978).

Para o behaviorismo radical, então, a razão epistemológica da predominância do mentalismo na psicologia e do voluntarismo na sociologia e na ciência histórica é a mesma da supremacia do criacionismo na biologia evolutiva pré-darwiniana, qual seja, a dificuldade de se abdicar do modelo causal eficiente, que tantos avanços trouxe para ciências como a física e a química, aliada à emergência relativamente tardia do novo modelo causal selecionista descoberto por Darwin na biologia e aplicado por Skinner, primeiramente, na psicologia e, posteriormente, na sociologia (SKINNER, 1971, 1990).

## 2.2. Os três níveis de seleção comportamental

Segundo o behaviorismo radical, os padrões comportamentais de um dado indivíduo são o resultado da conjugação de três processos seletivos combinados, o filogenético, o ontogenético e o sociocultural (SKINNER, 1966, 1971, 1976, 1981). Como adiantado acima, é por intermédio desses três processos seletivos que as consequências de um dado comportamento individual influenciam decisivamente a preservação ou extinção desse padrão comportamental ao longo do tempo. Vale lembrar que, no caso da seleção filogenética, outros aspectos da biologia do animal distintos do seu comportamento — por exemplo, a coloração da plumagem ou a espessura da pele — são também afetados, ao contrário da seleção ontogenética e da sociocultural que afetam apenas o comportamento. Não obstante, estaremos nesse artigo interessados apenas na seleção filogenética de padrões comportamentais.

Entre os autores que, dentro e fora do campo behaviorista radical, advoam a extensão da explicação pelas consequências introduzida por Darwin para além da seleção natural, especialmente para os âmbitos psicológico (ontogenético) e sociocultural, é comum se descrever a lógica subjacente aos três processos seletivos por meio da fórmula variação, seleção e retenção, ou, mais sucintamente, variação mais retenção seletiva (CAMPBELL, 1974; DAWKINS, 1989; BAUM, 2001; HULL, LANGMAN, GLENN, 2001). Tal fórmula chama a atenção para o fato de que, em todo processo seletivo, variações de uma dada característica (um padrão comportamental, por exemplo) em uma dada população são seletivamente transmitidas ou não ao longo do tempo, em razão de serem, respectivamente, mais ou menos adaptativas, isto

é, de satisfazerem ou não as contingências de seleção correspondentes ao processo seletivo em questão. Segundo Skinner, tais contingências serão chamadas filogenéticas, quando pertinentes à sobrevivência e reprodução das espécies; ontogenéticas, quando se referirem à modelagem, manutenção ou extinção de padrões comportamentais durante o tempo de vida de um indivíduo; e socioculturais, quando relativas à sobrevivência e reprodução de um determinado grupo social como um todo (SKINNER, 1981). Para melhor explicar as analogias e desanalogias desses três processos, farei uma comparação entre eles no restante desta subseção, em termos de três características que mais de perto interessam ao tema desse artigo, a saber: a) a entidade que evolui como resultado da seleção comportamental; b) o tipo de consequência responsável pela seleção comportamental; c) o mecanismo por meio do qual a seleção comportamental atua.

### *2.2.1. Seleção comportamental filogenética*

No âmbito da seleção comportamental filogenética, a entidade que evolui é denominada espécie. O conceito de espécie ainda é bastante controverso, principalmente entre os filósofos da biologia (STERELNY, GRIFFITHS, 1999). Não obstante, para os propósitos deste artigo, adotaremos o chamado conceito biológico de espécie, o mais aceito entre os biólogos, como exemplificado na seguinte formulação de Mayr (2002, p. 183), segundo o qual, “[s]pecies are groups of interbreeding natural populations that are reproductively isolated from other such groups.” Quanto ao tipo de consequência responsável pela seleção comportamental — chamada por Skinner de contingência de seleção (SKINNER, 1981) — temos, no caso da seleção filogenética, a sobrevivência e reprodução da espécie. Isto significa que a preservação ou não de uma espécie, conforme definido acima, depende da produção de descendentes por parte daqueles indivíduos cujas características hereditárias os tornam melhor adaptados às demandas do ambiente natural, ao longo do tempo evolucionário, ou seja, ao longo de várias gerações de indivíduos pertencentes àquela espécie determinada (WILLIAMS, 1992). No tocante, por fim, ao mecanismo por meio do qual a seleção comportamental filogenética atua, trata-se da hereditariedade genética. Ou seja, dentre todas as variações individuais potencialmente adaptativas, apenas aquelas capazes de serem transmitidas por meio dos genes aos respectivos descendentes são relevantes para o processo de seleção comportamental filogenética (MAYR, 2002).

O tipo mais bem estudado de padrão comportamental filogeneticamente selecionado é o reflexo. Segundo Catania, “a reflex is the reliable production of a response by a stimulus” (CATANIA, 1998, p. 415). Como destacado na definição, o reflexo se caracteriza por uma relação fixa entre um determinado estímulo e uma determinada resposta (padrão comportamental),

relação essa que é comum aos membros de uma mesma espécie, podendo, claro, estar presente em várias espécies. Os reflexos são particularmente importantes para a sobrevivência dos recém-nascidos, pois possibilitam a eles reagir eficazmente ao ambiente, antes mesmo que tenham tido tempo e experiência para aprender novos comportamentos. É o caso, por exemplo, do chamado reflexo preênsil (*grasp reflex*) nos bebês humanos, em que a estimulação da palma da mão de um recém-nascido ocasiona o fechamento dos dedos com força suficiente para sustentar o peso do bebê durante alguns breves momentos (DONAHOE, PALMER, 2004). A explicação selecionista para a existência dos reflexos é a vantagem adaptativa que os mesmos trouxeram aos indivíduos que apresentaram tais características no passado, primeiramente de forma embrionária, acentuando-se gradativamente após várias e sucessivas gerações.

Apesar de sua importância, os reflexos são bastante limitados, já que não permitem ao indivíduo alterar seu comportamento conforme as variações ambientais ocorridas ao longo de sua vida. De fato, como ressalta Skinner, para que um padrão comportamental possa ser filogeneticamente selecionado, é necessário, entre outros fatores, que a contingência ambiental selecionadora permaneça estável ao longo de muitas gerações de indivíduos (SKINNER, 1984).

### 2.2.2. Seleção comportamental ontogenética

Na esfera da seleção comportamental ontogenética — também conhecida como aprendizagem operante —, a entidade que evolui é, segundo os behavioristas radicais, o repertório comportamental de um organismo animal — um ser humano, por exemplo. Na definição de Catania, repertório comportamental de um organismo significa “the behavior an organism can emit, in the sense that the behavior exists at a nonzero level, has been shaped or, if extinguished, may be rapidly reinstated” (CATANIA, 1998, p. 407). O aumento da frequência de um padrão comportamental no repertório de um indivíduo como resultado da aprendizagem operante pode ser considerado um processo de seleção análogo ao da seleção natural em razão de haver uma competição entre os diversos padrões comportamentais pelos recursos escassos do indivíduo, em particular, o esforço e o tempo despendidos por este na realização de um comportamento em um dado contexto (BAUM, RACHLIN, 1969; BAUM, 1997, 2001, 2005). A mesma ideia pode ser expressa com base no conceito de população (BAUM, 2001, 2005). Assim, o repertório comportamental individual pode ser concebido como uma população de padrões comportamentais consumindo recursos escassos do indivíduo como energia e tempo. A frequência relativa e, conseqüentemente, a quantidade de recursos escassos do indivíduo gasta com cada padrão comportamental será, en-

tão, determinada com base na respectiva taxa de reforçamento (MCDO-WELL, 1982, 1988).

O tipo de consequência que atua como contingência selecionadora na aprendizagem operante é a adaptação do indivíduo às circunstâncias mutáveis do ambiente durante o seu tempo de vida (SKINNER, 1966, 1981, 1984). Um animal selvagem aprende a distinguir em qual dentre dois sítios o forrageio tende a ser mais frutífero. Da mesma forma, todos nós aprendemos que tipo de roupa, conversa e gestos são ou não apropriados a diferentes contextos, por exemplo, uma reunião de trabalho ou uma festa em família. Tanto a escolha do local de forrageio quanto a da conversa mais adequada a cada contexto são frutos da aprendizagem individual e não poderiam ser adquiridos não houvesse evoluído em praticamente todas as espécies animais, inclusive o *Homo sapiens*, a capacidade de alterar o comportamento conforme as circunstâncias mutáveis do ambiente, durante o tempo de vida do indivíduo. De fato, como enfatizam, entre outros, Campbell e Skinner, a capacidade de aprendizagem operante não só é um produto da seleção natural como a substitui em certo sentido, na medida em que permite aos indivíduos adaptarem-se às transformações do ambiente, sem dependerem do incerto e demorado processo de transmissão seletiva das características hereditárias mais adaptativas (CAMPBELL, 1974; SKINNER, 1984).

O mecanismo básico da seleção comportamental ontogenética é o condicionamento operante, descoberto por Skinner, na década de 1930. Em termos bastante resumidos, o condicionamento operante pode ser descrito com base em quatro variáveis, a saber, a probabilidade de ocorrência de um padrão comportamental, o contexto, a motivação e as consequências, funcionando a primeira como variável dependente e as outras três como variáveis independentes. Os princípios fundamentais do condicionamento operante foram estabelecidos em laboratório, utilizando-se principalmente sujeitos não humanos, como pombos e ratos, mas têm sido testados também com sucesso em sujeitos humanos, tanto em ambientes laboratoriais, quanto em situações aplicadas, como clínicas de doentes mentais, hospitais, escolas, empresas e consultórios para atendimento psicoterapêutico (SKINNER, 1938, 1953, 1957; FESTER, SKINNER, 1957; DONAHOE, PALMER, 2004; MICHAEL, 2004; MALOTT, 2009; PIERCE, CHENEY, 2013).

Um exemplo deve bastar para ilustrar o modelo skinneriano de seleção comportamental baseada no condicionamento operante. Digamos que um homem esteja em seu ambiente de trabalho e, observando que o relógio de pulso marca 13 horas, diga a si mesmo — *Nossa! Já passa da hora de almoço!* —, dirigindo-se, então, ao restaurante em frente ao escritório, onde come um saboroso filé de peixe à *belle meunière*. Aplicando o modelo selecionista de Skinner ao padrão comportamental em questão, isto é, ‘dirigir-se ao restaurante e pedir ao garçom um filé de peixe à *belle meunière*’, temos o ambiente

de trabalho e a hora marcada no relógio funcionando como contexto; a privação de comida, digamos, desde o café da manhã, como motivação; e a oportunidade de comer a refeição como consequência, chamada, no caso, de consequência reforçadora ou reforço, tendo em vista que ela tende a tornar mais provável no futuro o comportamento de ir ao restaurante e repetir o prato em questão, dados o contexto e a motivação adequados. Digamos, porém, que o homem encontre um inseto repugnante no meio da comida. Ele, muito provavelmente, deixará de se dirigir àquele restaurante, ou mesmo a quaisquer restaurantes, ao menos por algum tempo. Nesses casos, em que a consequência de um comportamento torna-o menos provável, ela é chamada de consequência punitiva ou, simplesmente, punição.

Além da privação, mencionada no exemplo acima, um tipo de motivação muito comum é a estimulação aversiva. Por exemplo, se estou em minha sala, começa a soprar um vento gelado, e eu, então, me levanto e fecho a janela; o vento (estímulo aversivo) funciona nesse caso como elemento motivador, já que tornou a consequência 'término da sensação de frio causada pelo vento' uma consequência reforçadora para mim, ou seja, que torna o comportamento 'levantar e fechar a janela' mais provável no futuro, sempre que presentes a motivação e o contexto relevantes.

### *2.2.3. Seleção comportamental sociocultural*

No âmbito da seleção comportamental sociocultural, a entidade que evolui, segundo Skinner, é o ambiente social ou cultura (SKINNER, 1971, 1976, 1981, 1988). Tal ambiente social é constituído por padrões comportamentais que funcionam como contexto, motivação ou consequências reforçadoras ou punitivas para outros comportamentos humanos. Formulado dessa forma, entretanto, esse conceito é demasiado genérico, porquanto não enfatiza o elemento fundamental de todo processo evolutivo, inclusive o sociocultural, que é a transmissibilidade seletiva, conforme explicado acima. De fato, em qualquer espécie de animal social, o entrelaçamento dos comportamentos dos indivíduos pertencentes ao grupo constitui um ambiente social para os respectivos membros. No entanto, em princípio, apenas na espécie humana observamos o fenômeno da evolução sociocultural em seu sentido pleno, embora se possa falar em protoculturas ou culturas embrionárias em diversas outras espécies (AVITAL, JABLONKA, 2000; BAUM, 2001; SCHNEIDER, 2012). Isto porque, apenas na espécie humana, em razão da emergência da linguagem, foi possível se transmitir seletivamente no tempo e no espaço o que Skinner chama de práticas culturais, ou seja, padrões comportamentais que punem ou recompensam outros padrões comportamentais (SKINNER, 1981). É importante destacar que, para o behaviorismo radical, o conceito de prática cultural se refere não à transmissão de um indivíduo para outro dos

modos de realizar determinados comportamentos, mas ao fato de tal transmissão ocorrer por intermédio do comportamento de recompensar ou punir determinados comportamentos (SKINNER, 1971, 1976; BAUM, 2005). Assim, em termos de evolução sociocultural, não é o fato de um número qualquer de pessoas comerem com as mãos que conta, mas sim o fato de ser ou não tal comportamento punido pelo grupo social, por exemplo, como falta de modos, educação ou higiene. Em outras palavras, não é a oscilação do número de pessoas que comem com as mãos que indicará se a cultura mudou ou não em relação a esse comportamento, mas o fato de ele ser ou não punido pelo grupo social. Como diz Baum, conhecer uma cultura, na visão de Skinner, é conhecer as respectivas práticas de reforçar ou punir determinados comportamentos. Destarte, do ponto de vista da seleção sociocultural, “[w]hether cousins marry or not would be secondary; whether proposals of marriages between cousins were reinforced or punished would be primary” (BAUM, 2005, p. 270). Voltarei a esse ponto nas seções seguintes.

Quanto ao tipo de contingências selecionadoras responsáveis pela seleção sociocultural, temos o que Skinner denomina contingências de reprodução e sobrevivência do grupo social como um todo. Nas palavras daquele autor, em termos de seleção sociocultural, “[i]t is the effect on the group, not the reinforcing consequences for individual members, which is responsible for the evolution of the culture” (SKINNER, 1981, p. 502). Infelizmente, Skinner não desenvolveu esse ponto em seus escritos. Não obstante, na subseção 3.1, eu irei combinar as análises sociológicas de Skinner, desenvolvidas principalmente nos onze capítulos que compõem as seções IV a VI do seu livro clássico *Science and Human Behavior* (SKINNER, 1953), com a teoria dos sistemas sociais funcionalmente especializados (LUHMANN, 1990; TEUBNER, 1993), para tratar desse aspecto da seleção sociocultural de um ponto de vista analítico-comportamental.

Finalmente, em relação ao mecanismo por meio do qual a seleção sociocultural atua, o conceito analítico-comportamental relevante é o de regras, entendidas como padrões comportamentais complexos os quais auxiliam os indivíduos a adaptarem seus comportamentos às contingências ambientais humanas e não humanas, sem terem de se expor diretamente a tais contingências (SKINNER, 1969). Exemplos de regras são ordens, conselhos, máximas, leis jurídicas ou científicas (SKINNER, 1953, 1976). Por exemplo, se alguém diz a outro — *Se eu fosse você, não faltaria tanto ao serviço, pois você pode perder o emprego!* —, podemos interpretar o dito como um conselho (o falante e o ouvinte são casados, por exemplo) ou uma ameaça (o falante é gerente da firma em que o ouvinte trabalha). De qualquer modo, trata-se de uma regra do ponto de vista analítico-comportamental, porquanto, ao descrever um contexto (relação de emprego), um comportamento (faltar ao serviço) e uma consequência (ser demitido), o referido padrão verbal permite ao ouvinte tomar contato com uma contingência comportamental — no caso, a contin-

gência entre o comportamento de faltar demasiado ao serviço e a consequência punitiva de ser demitido —, sem necessariamente ter sido exposto a ela anteriormente (digamos que aquele é o primeiro emprego do ouvinte). Cabe ressaltar que, por outro lado, a regra permite ao falante (a pessoa que enuncia a regra) controlar o comportamento do ouvinte. No caso do exemplo acima, tanto o gerente pode diminuir a frequência das faltas, sem precisar demitir efetivamente o empregado, quanto o cônjuge sensato pode obter o mesmo resultado, evitando assim a consequência danosa para o cônjuge relapso e, presumidamente, para si mesmo. Como veremos em seguida, é essa função auxiliar no controle do comportamento do ouvinte por parte do enunciador da regra que mais interessa ao tema desse artigo.

Pode parecer inadequado considerar as regras como um ‘mecanismo’. Entretanto, para o behaviorismo radical, regras não são objetos (por exemplo, os textos em que leis jurídicas e científicas estão escritas), mas padrões comportamentais. Por conseguinte, quando falamos em regras, tal é apenas um meio cômodo e usual de nos referirmos ao comportamento de Ego de controlar (ou tentar controlar) o comportamento de Alter com base nesse tipo especial de contingência social verbalmente instituída. Por exemplo, digamos que a advertência do gerente tenha sido feita formalmente mediante um memorando endereçado ao empregado faltoso. Do ponto de vista analítico-comportamental, a regra em questão não é o papel e os símbolos linguísticos nela inscritos, mas o comportamento de controlar (ou tentar controlar) o comportamento de empregados faltosos mediante advertências formais, antes de finalmente demiti-los, em caso de desobediência.

Temos assim uma aproximação entre o conceito de regras e o de práticas culturais, conforme a definição dessas últimas proposta acima. De fato, do que foi dito até agora, podemos concluir que as regras são o elemento ou componente linguístico das práticas culturais. Embora se possa elaborar teoricamente em quais situações é mais adequado se falar em regras e em quais outras é melhor se falar em práticas culturais, tal elaboração teórica extrapolaria os limites deste artigo. Por outro lado, como veremos logo adiante, as práticas culturais, para serem seletivamente transmissíveis, têm de ser linguisticamente formalizadas em regras, de sorte que, para os fins do presente trabalho, é mais conveniente falar em regras quando quisermos nos referir ao mecanismo responsável pela seleção sociocultural.

Enquanto padrões comportamentais, as regras são submetidas às mesmas variáveis que controlam o comportamento dos indivíduos por meio do processo de seleção ontogenética. Assim, o comportamento do gerente no exemplo dado acima se explica porque, em ocasiões anteriores, advertir empregados faltosos resultou em uma consequência reforçadora, isto é, menos faltas e menos demissões por justa causa. Da mesma forma, o empregado

que, ao ser advertido, reduz significativamente o comportamento de faltar ao serviço, o faz porque, em ocasiões anteriores, não obedeceu a advertências formais de pessoas em posição de autoridade (professores, por exemplo) resultou em punição. Em suma, assim como o processo de seleção comportamental operante está baseado em uma capacidade filogeneticamente selecionada por meio da qual os animais, inclusive humanos, modificam seu comportamento ao longo da vida com base nas recompensas e punições advindas de tais comportamentos, o processo de seleção sociocultural está baseado na seleção comportamental operante. Como diz Skinner, “[u]ltimately, of course, it is all a matter of natural selection, since operant conditioning is an evolved process, of which cultural practices are special applications” (SKINNER, 1981, p. 502).

Conforme explicado acima, o conceito de seleção sociocultural não se aplica a qualquer modificação comportamental resultante da imposição de regras, mas tão somente à alteração no grupo social do repertório de comportamentos de recompensar ou punir determinados comportamentos. Em outras palavras, a seleção sociocultural não é uma seleção de comportamentos quaisquer com base em regras, mas a seleção dessas próprias regras — que poderíamos chamar de primárias — com base em outras regras — que poderíamos denominar secundárias. Isso implica dizer que o mecanismo da seleção sociocultural não é qualquer tipo de regra, mas um tipo especial que visa a controlar o próprio comportamento dos membros do grupo social de controlar os comportamentos de outros por meio de regras. Eu denomino regras de controle comportamental a esse tipo especial de regras que regulam a imposição de regras, entre as quais, como veremos, se incluem as normas jurídicas e que constituem o tema da próxima seção.

### 3. REGRAS DE CONTROLE COMPORTAMENTAL

Nesta seção discutiremos o que eu denomino regras de controle comportamental, as quais são responsáveis pela seleção sociocultural. Para entender a razão por que tais regras emergiram, é preciso, primeiramente, entender a necessidade da internalização da seleção sociocultural (TEUBNER, 1988, 1993), a qual, por sua vez, passa pelo processo de especialização funcional dos sistemas sociais humanos (LUHMANN, 1990). Vou começar pela internalização.

Nos três processos de seleção comportamental estudados na seção anterior, o elemento comum é a adaptação do comportamento dos indivíduos a um ambiente que, na terminologia behaviorista radical, estabelece as contingências selecionadoras que determinam a preservação ou extinção do referido padrão comportamental. Como vimos, tais contingências selecionadoras são: no caso da seleção filogenética, as contingências de sobrevivência e reprodução incidentes sobre várias gerações de indivíduos da mesma espécie;

no da seleção ontogenética, as contingências de reforço ou punição incidentes sobre o comportamento de um indivíduo durante o seu tempo de vida; finalmente, no caso da seleção sociocultural, as contingências de sobrevivência e reprodução incidentes sobre um dado grupo social como um todo ao longo da sua história.

Conforme também já mencionado, inerente a esse modelo geral, está a ideia de que, cada nível de seleção, começando pelo filogenético, passando pelo ontogenético, até o sociocultural, não apenas emerge a partir do nível mais básico, como, de certa forma, o substitui. Assim, enquanto que, na seleção filogenética, a evolução de um padrão comportamental depende da produção de descendentes por parte daqueles indivíduos que possuam o referido padrão em detrimento dos que não possuam; na seleção ontogenética, tal dependência para com a produção de descendentes ao longo de várias gerações é, por assim dizer, substituída pela capacidade de modificação do comportamento em razão das consequências reforçadoras ou punitivas incidentes sobre ele, durante o tempo de vida de um único indivíduo. Analogamente, na seleção sociocultural, a seleção de comportamentos considerados como benéficos para a sobrevivência e reprodução do grupo social como um todo, por meio de regras de controle comportamental, substitui a seleção filogenética em nível grupal (CAMPBELL, 1974; DAWKINS, 1989). Na verdade, conforme argumenta Teubner (1988, 1993), qualquer que seja a importância da seleção grupal para a evolução das espécies (WILSON, 2006), no caso da seleção sociocultural, inexistem evidências de que a relação entre os grupos sociais e o ambiente não social externo seja capaz de produzir o tipo de modificação cumulativa e direcional que caracteriza qualquer processo evolutivo (MAYR, 1976). Ou seja, tem-se transmissão cultural, mas sem seletividade. E mais, quando observamos a história humana, vemos que o processo de evolução sociocultural se intensifica exatamente naquela parcela da humanidade que alcançou um nível de desenvolvimento tal que possibilita a seleção de práticas culturais por processos internos ao próprio grupo, isto é, sem que a existência do grupo enquanto tal esteja ameaçada de desaparecimento (ACEMOGLU, ROBINSON, 2012). Teubner denomina esse fenômeno de *internalização* da evolução sociocultural (TEUBNER, 1988, 1993). A questão, então, é: como se dá tal internalização?

Minha tese é que a internalização é possível por meio da especialização funcional dos sistemas sociais (LUHMANN, 1990), a qual, por sua vez, tem como mecanismo fundamental as regras de controle comportamental. Resumidamente, a ideia é que tais regras permitem aos grupos sociais internalizar, para usar a expressão de Teubner, as respectivas contingências de sobrevivência e reprodução, de modo a permitir a seleção de práticas culturais — que, como vimos, são regras de primeiro grau —, conforme a sua maior ou

menor contribuição para a sobrevivência e reprodução — em uma palavra o bem-estar — do grupo social.

No restante dessa seção, eu irei explicar o melhor possível dentro dos limites do artigo, o que são esses sistemas sociais funcionalmente especializados e, em seguida, a estrutura e a função das regras de controle comportamental. Na seção seguinte, eu irei aplicar o modelo à análise comportamental das normas jurídicas.

### 3.1. Sistemas sociais funcionalmente especializados

Podemos definir sistema social como uma rede de padrões comportamentais entrelaçados (*interlocking behavioral patterns*), em que cada padrão comportamental serve de contexto e fonte de reforço ou punição para o outro e vice-versa; ou seja, um sistema social é um tipo de ambiente social, conforme definido acima. O sistema social mais simples é a interação social, a qual tem por característica a dependência da copresença dos respectivos participantes para a reprodução do sistema (LUHMANN, 1990). Os exemplos mais comuns de interação social são díades, como a conversa casual entre duas pessoas denominada evento verbal por Skinner (1957).

Um tipo de sistema social fundamental na evolução da sociedade moderna é a organização. Uma organização ou sistema social organizado surge quando um fundador ou líder controla, com vistas a um fim de seu interesse, o comportamento de outros indivíduos, por meio de reforçadores ou punidores sociais como, respectivamente, o dinheiro e as sanções penais (SKINNER, 1953). O exemplo típico são as organizações econômicas ou firmas.

Nas organizações, as contingências que controlam o comportamento do fundador ou líder são normalmente distintas das que controlam o comportamento dos demais membros. Isto ocorre porque, uma vez formada, a organização adquire o controle sobre um novo reforçador ou punidor, a saber, o produto do comportamento organizado dos seus membros; o qual é capaz então de respectivamente reforçar ou punir o comportamento de pessoas externas à organização, cujo comportamento, por sua vez, reforça ou pune o comportamento do líder ou fundador da organização (GLENN, MALOTT, 2004). Por exemplo, nas firmas, tais produtos são bens ou serviços, por sua vez reforçados com dinheiro; nos órgãos governamentais, bens públicos, como segurança e justiça, reforçados pelos cidadãos-contribuintes com votos; e assim por diante.

A sobrevivência das organizações depende, então, em última instância, da manutenção dessa capacidade de reforçar ou punir o comportamento de pessoas externas a elas. Por exemplo, as rotinas e procedimentos de uma firma prestadora de serviços alimentícios, que nada mais são que padrões comportamentais entrelaçados, dependem para sua sobrevivência da manu-

tenção do comportamento dos clientes de consumirem (e pagarem por) os serviços da firma, reforçando assim o comportamento do proprietário da firma de pagar os empregados para prestarem tais serviços aos clientes.

A manutenção dos padrões comportamentais entrelaçados que compõem o ambiente social tanto interno quanto externo das organizações pode ser em muito facilitada pela utilização de regras. Como vimos anteriormente, as regras descrevem uma contingência comportamental — basicamente, se você fizer tal coisa em tal contexto, seguir-se-á tal reforçador ou punidor —; razão pela qual são muito úteis ao aprendizado mais rápido de comportamentos por parte de seus destinatários, ao mesmo tempo em que proporcionam um maior controle sobre o comportamento desses destinatários por parte dos formuladores de regras (BAUM, 1995, 2005; GLENN, 1987; SKINNER, 1969, 1976, 1989).

O fato de as organizações se especializarem na produção de determinado tipo de reforçador ou punidor (mercadorias e serviços, por exemplo) faz delas o fator fundamental para a emergência de um terceiro tipo de sistema social, a saber, os sistemas sociais funcionalmente especializados, ou simplesmente, sistemas funcionais, entre os quais figura o direito.

Um sistema social funcionalmente especializado emerge quando os padrões relativamente estáveis de influência comportamental recíproca entre determinadas organizações e os indivíduos que compõem o seu público-alvo se especializam no cumprimento de uma importante função para a sobrevivência e reprodução do grupo social como um todo, em um dado contexto espaço-temporal. O exemplo clássico é a economia. Segundo a descrição simplificada dos economistas, o sistema econômico é composto basicamente pelos padrões comportamentais entrelaçados de famílias (indivíduos) e firmas (organizações) mediados pelo reforçador dinheiro (MANKIWI, 2008).

As sociedades contemporâneas são compostas predominantemente pelos sistemas sociais funcionais especializados (LUHMANN, 1995), com destaque para os sistemas econômico, político, jurídico, científico e educacional (RODRÍGUEZ, ARNOLD, 2007). Não se trata, porém, de vários processos isolados que culminaram nas sociedades funcionalmente diferenciadas que temos hoje, mas de um processo historicamente integrado de diferenciação das sociedades em sistemas, ao mesmo tempo, funcionalmente distintos, porém, interligados e dependentes uns dos outros (LUHMANN, 1982; MOELLER, 2006).

### 3.2. Estrutura e função das regras de controle comportamental

Vimos na seção anterior que, na versão humeana, a dicotomia entre ser e dever-ser se torna uma questão epistemológica, no sentido de que, se-

gundo Hume, o conhecimento factual ou do ser não se confunde com o conhecimento — intuitivo e irracional, segundo ele — que temos das distinções morais ou dever-ser. De um ponto de vista behaviorista radical, entretanto, tal distinção entre conhecimento factual e intuição moral se torna relativa senão inadequada, porquanto, o conhecimento, qualquer que seja o seu objeto, deixa de ser visto como contemplação para se tornar ação, ou ainda, comportamento (SKINNER, 1969, 1971). Em particular, o conhecimento científico, segundo os analistas comportamentais, nada mais é que um modo de transmissão entre os indivíduos de comportamentos mais adequados às contingências ambientais, sejam elas compostas de fenômenos físico-químicos ou biológicos, incluindo-se entre esses últimos, as contingências oriundas do comportamento de outros seres humanos (SKINNER, 1953, 1969; BAUM, 2005; MOORE, 2008).

Do ponto de vista lógico, que nos interessa nessa subseção, a concepção epistemológica skinneriana tem como consequência que todo conhecimento descritivo pode ser formulado como regra de ação. Senão vejamos.

Tomemos a seguinte formulação do conhecido princípio da dilatação dos corpos pelo calor, também chamado princípio da dilatação térmica, aplicado, no caso, à dilatação linear de um metal:

*Sempre que a temperatura do metal 'M' for elevada em 'g' graus centígrados, o mesmo sofrerá uma dilatação linear de 'x' unidades de medida do comprimento.*

Tal formulação pode ser reescrita de modo a enfatizar o fato de que se trata de uma regra para controlar o comportamento daqueles para os quais, em um dado momento, a dilatação linear de um metal qualquer seja desejada. Teríamos, então:

*Se quiseres dilatar linearmente o metal 'M' em 'x' unidades de medida do comprimento, debes elevar a temperatura do mesmo em 'g' graus centígrados.*

Nessa segunda formulação, fica mais explícito o fato de que a descrição do princípio da dilatação térmica não é uma regra (isto é, uma lei científica) que os corpos físicos seguem, mas uma regra que pessoas interessadas em dilatar, por exemplo, metais seguem.

Podemos explicitar ainda mais a natureza comportamental do princípio em questão, se substituirmos a expressão 'se quiseres', por outra que torne explícito o fato de que o verbo querer, em termos analítico-comportamentais, significa estar em um estado de motivação tal que a coisa querida se torna momentaneamente um reforçador. Teríamos, então:

*Se a dilatação do metal 'M' em 'x' unidades de medida do comprimento for um evento reforçador, em um dado momento, para o indivíduo 'E', o comportamento 'elevar a temperatura do metal em 'g' graus' centígrados será reforçado, isto é, passará a ser mais forte no repertório de 'E' em contextos semelhantes, sob condições de priva-*

ção semelhantes (ou seja, que estabeleçam a dilatação do metal como evento reforçador).

A formulação acima acrescentou outra relação causal àquela descrita nas duas primeiras, qual seja, a relação entre o comportamento de aquecer o metal tendo como resultado a dilatação linear do mesmo e o aumento da frequência de tal comportamento, sempre que a dilatação linear de metais for um evento momentaneamente reforçador, ou seja, sempre que o indivíduo esteja motivado a dilatar metais. Ora, se a primeira relação causal, entre o acréscimo de calor e a dilatação do metal, deve ser descrita como regra para enfatizar que se trata de um modo de transmitir tal comportamento de um indivíduo para outro, segue-se que o mesmo deve ser verdadeiro com relação à segunda relação causal, qual seja, a do aumento da frequência do comportamento aquecer metais, quando se está motivado a dilatar-los. Chegamos, então, à seguinte fórmula:

*Para aumentar a frequência do comportamento 'elevar em 'g' graus centígrados a temperatura do metal 'M' no repertório do indivíduo 'E', em um dado contexto, o indivíduo 'A' deverá comportar-se de tal modo a providenciar para que a dilatação linear do metal 'M' em 'x' unidades de medida do comprimento seja um evento reforçador para o indivíduo 'E', no contexto dado.*

O leitor atento dever ter percebido que a regra acima é um exemplo de regra de controle comportamental, já que tem claramente como objetivo transmitir de um indivíduo para outro o comportamento de alterar o comportamento de outros indivíduos. Em termos coloquiais, o indivíduo formulador da regra está ensinando o indivíduo 'A' como alterar o comportamento do indivíduo 'E'. Um exemplo de concretização da referida regra em um contexto educacional seria tornar a nota de química do semestre condicionada à execução bem sucedida em classe por parte dos alunos de um experimento de dilatação linear de metais. Observe-se que, nesse caso, não se trata apenas de alterar o comportamento dos estudantes. A regra em questão visa, ao contrário, alterar o comportamento do professor para ajudá-lo a alterar mais efetivamente o comportamento dos estudantes. Em suma, trata-se de uma regra de segundo grau, conforme explicado acima.

Agora, se aplicarmos ao exemplo dado o raciocínio exposto na subseção anterior, veremos que os estudantes são o público alvo da organização escola que faz parte do sistema social especializado educação. O princípio da dilatação térmica é uma regra de primeiro grau, no sentido de que ajuda os que precisam dilatar metais a fazê-lo por meio do calor. Já a regra acima, quando adaptada ao contexto educacional, é uma regra que ajuda o professor a alterar o comportamento dos estudantes no sentido de modelar nos respectivos repertórios comportamentais o comportamento de dilatar metais por meio do calor. Razão pela qual, chamamo-la regra de segundo grau. É

fácil constatar que, na verdade, tal regra está na base do sistema de ensino contemporâneo, o qual se baseia em estabelecer contingências reforçadoras com base no reforçador nota ou grau, de sorte que os comportamentos que se quer ensinar se tornem parte do repertório dos alunos, a fim de prepará-los para as contingências da vida profissional (SKINNER, 1968). Tais regras educacionais de segundo grau emergiram, de acordo com a nossa tese, a partir da especialização do sistema educacional, fruto da reiterada experiência dos membros das organizações educacionais (escolas) com o seu público-alvo, os alunos.

Evidentemente, as regras de segundo grau, nos diversos sistemas especializados, inclusive o educacional, são muito mais complexas do que a fórmula descrita acima, a qual, entretanto, serve de ilustração para o ponto que eu estou querendo explicar. Na próxima seção, eu irei aplicar esse modelo lógico de regra de controle comportamental às normas jurídicas.

#### 4. AS NORMAS JURÍDICAS COMO REGRAS DE CONTROLE COMPORTAMENTAL

Nesta seção, eu aplico o conceito de regra de controle comportamental à análise comportamental das normas jurídicas. Cabe ressaltar que minha análise parte do pressuposto de que estamos falando do direito positivo moderno, ou seja, do direito enquanto meio de controle social do comportamento dos indivíduos submetidos a uma dada ordem social com poder de impor coercitivamente normas de conduta (SKINNER, 1953; LUHMANN, 1985; KELSEN, 1991). Isto significa que o sistema social especializado direito é concebido como composto essencialmente pelas organizações jurídicas estatais (os tribunais de todas as instâncias) e seu público alvo, ou seja, todos os indivíduos submetidos à jurisdição brasileira, nos termos da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais.

Não obstante, a concepção de norma jurídica que estou propondo neste artigo difere daquela tradicionalmente esposada pelo positivismo jurídico em, pelo menos, dois pontos essenciais. Primeiro, por não conceber as normas jurídicas como objetos linguísticos dotados de significado, os quais os juristas devem interpretar; mas sim como redes de padrões comportamentais complexos, para os quais os objetos linguísticos estudados pelos juristas tradicionais servem tão somente de contexto para a emissão dos comportamentos que compõem tais padrões comportamentais complexos; comportamentos esses que podem ser verbais — uma sentença, por exemplo — ou não verbais — por exemplo, a condução do sentenciado ao presídio para cumprimento da pena. Segundo, por entender que os preceitos normativos — constituições, leis, decretos, precedentes judiciais — estudados pelos juristas tradicionais, que eu chamo de contingências jurídicas, são apenas um dos componentes das normas jurídicas enquanto regras de controle comportamental, as quais incluem também — ainda que de forma implícita e não sis-

tematizada — dois outros tipos de regras, que eu chamo de metas sociais e premissas comportamentais relevantes. O entrelaçamento desses três tipos de regras forma então a regra de controle comportamental jurídico ou, simplesmente, norma jurídica.

#### 4.1. A estrutura das normas jurídicas como regras de controle comportamental

Como já ressaltado, as regras de primeiro e segundo grau formam o componente linguístico das práticas culturais. Uma discussão mais profunda sobre a relação entre os componentes linguísticos e não linguísticos das práticas culturais está além do escopo deste artigo. Não obstante, é importante frisar novamente que, sem a formulação verbal das regras, torna-se muito mais difícil ou, em muitos casos, impossível transmitir uma prática cultural de um indivíduo para outro. Isto implica que as variações na formulação verbal de uma prática cultural são um elemento decisivo na seleção dessas mesmas práticas, no sentido de que a versão formulada de modo linguisticamente mais eficaz tenderá a ter uma vantagem seletiva em relação às demais formulações da mesma prática ou de outra funcionalmente equivalente. Tal fato, em minha opinião, está na base, por exemplo, dos conceitos epistemológicos de elegância e parcimônia aplicados às teorias científicas.

Nesse sentido, a fórmula linguística que eu vou propor abaixo para as normas jurídicas enquanto regras de controle comportamental não pressupõe que outros estudiosos da teoria do direito ou mesmo os juristas práticos já se utilizem dessa fórmula de maneira implícita, mas sim que a utilização da mesma pode auxiliar no processo de seleção das normas jurídicas. Trata-se, pois, de um exemplo do que Skinner chamou de planejamento cultural, o qual não é, de forma alguma, incompatível com a visão selecionista defendida neste artigo (SKINNER, 1971, 1976, 1981).

A fórmula da estrutura das normas jurídicas como regras de controle comportamental é a seguinte.

{DADO QUE [as seguintes *premissas comportamentais relevantes* são válidas segundo o estado atual da ciência comportamental humana], SE [tal consequência mediata ou imediata da imposição da *contingência jurídica* abaixo é uma *meta social*, ou seja, um estado de coisas que presumidamente favorece o bem-estar do grupo social como um todo], ENTÃO [a seguinte *contingência jurídica* deve ser imposta pelo sistema jurídico (SE tal *conduta*, ENTÃO, tal *sanção*)]}.

Depreende-se da fórmula apresentada acima que, enquanto regra de controle comportamental, as normas jurídicas são concebidas como uma

regra mais abrangente na qual o comportamento de impor a contingência jurídica — ou seja, imputar uma sanção a uma determinada conduta omissiva ou comissiva descrita na lei — é causalmente vinculado à obtenção de um estado de coisas definido politicamente pela sociedade como desejável, ou seja, a meta social. A base para a pressuposição do vínculo causal entre a imposição da contingência jurídica e a obtenção da meta social são as premissas comportamentais relevantes. No restante dessa subseção, eu discutirei com algum detalhe cada um desses elementos fundamentais da norma jurídica como regra de controle comportamental.

#### 4.2. Meta social

O direito positivo moderno é um direito politicamente definido, no sentido de que as leis são decididas por organizações pertencentes ao sistema social especializado política (LUHMANN, 1985, 1990). Em relação a essa subordinação do direito à política, a teoria do direito tradicional tende a enfatizar o texto da lei como garantia de que o juiz não irá atuar como legislador, extrapolando o seu papel de aplicador da lei positiva. O caminho da análise comportamental do direito é diferente, em lugar da letra da lei, a ênfase recai sobre a obtenção de uma meta social. Senão vejamos.

No caso do crime de furto, por exemplo. Podemos descrever a norma jurídica correspondente nos seguintes termos.

{DADO QUE [as seguintes *premissas comportamentais relevantes* são válidas segundo o estado atual da ciência comportamental humana], SE [a proteção da propriedade privada de bens definíveis como coisas móveis é uma *meta social*, ou seja, um estado de coisas que presumidamente favorece o bem-estar do grupo social como um todo], ENTÃO [a seguinte *contingência jurídico-penal* deve ser imposta pelo sistema jurídico (Art. 155 — Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: reclusão, de um a quatro anos, e multa)]}.

A discussão sobre os fins sociais das leis de modo algum é nova, já sendo encontrada, por exemplo, nas obras clássicas de Platão *A República* e *As Leis* (PLATÃO, 1996, 1999). Não obstante, como observa Luhmann, foi somente com o advento do Estado moderno que a subordinação do direito à política atingiu seu auge, em razão, principalmente, da aceleração prodigiosa da mudança social, primeiramente, na Europa e, posteriormente, em todo o mundo (LUHMANN, 1985). De fato, com a mudança social acelerada, impôs-se a mudança jurídica, principalmente via legislação, com o resultado de que o direito deixou de ser considerado imutável para se tornar um instrumento contingente das políticas estatais.

Não há espaço aqui para discorrer sobre por que as contingências do sistema político favorecem a vinculação do direito a metas de bem-estar soci-

al. Não obstante, é possível apontar algumas questões básicas. Primeiro, à medida que o sistema político passou a ser identificado como fonte principal das normas jurídicas, a justificativa para as mesmas tornou-se, cada vez mais, dependente de resultados em termos de metas sociais, já que é da natureza das contingências políticas modernas que toda e qualquer iniciativa dos detentores do poder seja vinculada a resultados em termos de bem-estar social (LUHMAN, 1993; KING, THORNHILL, 2003). Segundo, essa mesma lógica do sistema político tende a favorecer aquelas metas sociais que tenham mais visibilidade para o público, especialmente para a parcela politicamente mais influente deste, como é o caso das metas de natureza econômica (POSNER, 1998). Por fim, as diferenças em termos de capacidade de mobilização e de percepção pelo público das ligações entre a imposição de contingências jurídicas e as alterações no bem-estar da sociedade levam à crescente fragmentação do direito e ao surgimento de metas conflitantes, tornando ainda mais utópica a ideia de um direito unitário, baseado em uns poucos princípios gerais (TEUBNER, 1993).

#### 4.3. Premissas comportamentais relevantes

Uma consequência indireta da subordinação do direito à política e, por implicação, da vinculação entre contingências jurídicas e metas sociais é a dependência crescente do direito para com as ciências sociais, em razão da necessidade de as normas jurídicas se mostrarem eficazes na obtenção de tais metas. Isto a despeito das conhecidas dificuldades metodológicas e teóricas para se identificar a contribuição de fatores isolados, como a introdução e aplicação sistemática de uma lei, na produção de determinado fenômeno social.

Na grande maioria dos casos, os conhecimentos científicos que embasam as decisões legislativas são de natureza agregada. Porém, como observa Skinner, embora tais dados agregados possam ser úteis e até mais convenientes para certos propósitos, deve-se ter como axiomático que os fenômenos coletivos são o efeito composto de comportamentos individuais; razão pela qual é o conhecimento dos princípios básicos do comportamento individual que, em última instância, poderá informar melhores políticas públicas, inclusive legislativas (SKINNER, 1953). De fato, no caso do direito, a própria estrutura dos preceitos normativos é focada no controle do comportamento individual mediante a imposição de sanções. Ou seja, o direito, pela sua própria estrutura, é uma ciência do comportamento individual aplicada.

Evidentemente, cada norma jurídica tem premissas comportamentais específicas, que são relevantes para o comportamento comissivo ou omissivo que ela visa a controlar mediante a imposição da respectiva sanção. Não obstante, a grande maioria, senão a totalidade, dessas premissas relevantes espe-

cíficas pode ser subsumida a duas premissas comportamentais gerais. A primeira e mais óbvia delas é a da eficácia da imposição da sanção — seja ela punitiva ou recompensadora — no controle da conduta visada pela norma. Assim, segundo esse ponto de vista, uma premissa geral necessária de toda sanção penal é a de que a imposição de penas, em geral, e da pena específica para cada crime, em particular, é um meio eficaz de reduzir a frequência do comportamento criminoso na comunidade. A segunda premissa geral é a da relevância e necessidade da imposição da sanção. Ou seja, o pressuposto de que, na ausência da imposição da respectiva sanção, a conduta visada pela norma será frequente em tal magnitude a ponto de comprometer o bem-estar da comunidade. O aspecto relevância se refere à ligação entre o cometimento ou omissão, conforme o caso, da conduta e o prejuízo resultante para o bem-estar social. Já o aspecto necessidade se refere à alta probabilidade de ocorrência da conduta comissiva ou omissiva visada pela norma, na ausência da imposição da sanção. Por exemplo, no caso do crime de furto, a premissa em questão pressupõe que a conduta ‘subtrair coisa alheia móvel’, na ausência da imputação penal respectiva, seria frequente em tal magnitude que prejudicaria o bem-estar da comunidade.

Acrescida, então, das duas premissas comportamentais gerais acima, a fórmula da norma jurídica do crime de furto teria a seguinte redação:

{DADO QUE [as seguintes *premissas comportamentais relevantes* são válidas segundo o estado atual da ciência comportamental humana: a) o comportamento ‘subtrair coisa alheia móvel’, na ausência de sanção penal privativa de liberdade e multa, tende a ser frequente em tal magnitude a ponto de prejudicar o bem-estar social; b) a sanção penal ‘reclusão, de um a quatro anos, e multa’ é em geral eficaz para reduzir a ocorrência do comportamento ‘subtrair coisa alheia móvel’ a níveis socialmente toleráveis], SE [a proteção da propriedade privada de bens definíveis como coisas móveis é uma *meta social*, ou seja, um estado de coisas que presumidamente favorece o bem-estar do grupo social como um todo], ENTÃO [a seguinte *contingência jurídico-penal* deve ser imposta pelo sistema jurídico (Art. 155 — Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: reclusão, de um a quatro anos, e multa)]}.

#### 4.5. Contingência jurídica

Na visão do behaviorismo radical, a norma jurídica tradicional — por exemplo, o art. 155 do Código Penal Brasileiro — é uma contingência comportamental (*behavioral contingency*), isto é, uma ligação contingente entre um comportamento — a conduta comissiva ou omissiva descrita na norma — e uma consequência — a sanção. Na sua grande maioria, tais contingências são punitivas, isto é, visam a tornar a conduta sancionada menos frequente. Podendo, porém, ser também reforçadoras, no sentido de visar a tornar a conduta sancionada mais frequente, como nos casos da chamada delação premi-

ada e de programas de incentivo à requisição da nota fiscal pelo consumidor no ato da compra. Eu chamo tais contingências comportamentais de contingências jurídicas.

Cabe observar que a expressão *deve ser*, inserida na fórmula da norma jurídica discutida nesta subseção, denota a relação causal entre a imposição da contingência jurídica — no caso, o art. 155 do Código Penal Brasileiro — e a obtenção da meta social, pressuposta a validade das respectivas premissas comportamentais relevantes. Ou seja, conforme explicado antes, trata-se de uma regra que visa a auxiliar a autoridade jurídica (em última instância, o juiz) a controlar o comportamento dos indivíduos da comunidade, de modo a obter a meta social correspondente.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo expôs uma nova abordagem teórica denominada análise comportamental do direito, baseada principalmente no behaviorismo radical de Skinner. Segundo tal abordagem, as normas jurídicas enquanto regras de controle comportamental incluem, além dos preceitos jurídicos estudados pelos juristas tradicionais, como leis e decretos, rebatizados de contingências jurídicas, outros dois tipos de regras, a saber, metas sociais e premissas comportamentais relevantes.

Tal análise permite que a análise do direito enquanto fenômeno socio-cultural deixe de ser uma visão apenas externa ao direito e passe a compor o ferramental analítico do jurista teórico e prático. Isto porque possibilita ao jurista, em especial ao aplicador do direito, analisar os fins sociais das normas e as premissas comportamentais que governam a obtenção ou não de tais fins, mediante a imputação de sanções a determinados comportamentos humanos.

Em suma, mediante a análise comportamental do direito é possível enfim se fazer do direito uma ciência do comportamento humano aplicada.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes: 1987.

AVITAL, E.; JABLONKA, E. **Animal traditions: behavioral inheritance in evolution**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. **Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty.** New York: Crown, 2012.
- BAUM, W. M. Rules, culture, and fitness. **The Behavior Analyst**, v. 18(1), p. 1-21, 1995.
- \_\_\_\_\_. The trouble with time. In: HAYES, L. J.; GHEZZI, P. M. (Eds.). **Investigations in behavioral epistemology.** Reno: Context Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. Being concrete about culture and cultural evolution. In: THOMPSON, N.; TONNEAU, F. (Eds.). **Perspectives in ethology: evolution, culture, and behavior.** New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Understanding behaviorism: behavior, culture and evolution.** 2 ed. Oxford: Blackwell, 2005.
- \_\_\_\_\_; RACHLIN, H. Choice as time allocation. **Journal of the Experimental Analysis of Behavior**, n. 12, 861-874, 1969.
- BRECHT, A. **Teoria política.** Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- CAMPBELL, D. T. Evolutionary epistemology. In: SCHILPP, P. A. (Ed.). **The philosophy of Karl R. Popper.** La Salle: Open Court, 1974.
- CATANIA, A. C. **Learning.** 4 ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1998.
- DARWIN, C. **On the origin of species: by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle of life.** New York: Bantam Books, 1999.
- DAWKINS, R. **The selfish gene.** Oxford; New York: Oxford University Press, 1989.
- DONAHOE, J. W. Selectionism. In: LATTAL, K. A.; CHASE, P. N. (Eds.). **Behavior theory and philosophy.** New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2003.
- \_\_\_\_\_; PALMER, D. C. **Learning and complex behavior.** Richmond, MA: Ledge-top, 2004.
- DUXBURY, N. **Patterns of American jurisprudence.** Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FESTER, C. B.; SKINNER, B. F. **Schedules of reinforcement.** New York: Appleton-Century-Crofts, 1957.
- GLENN, S. S. Rules as environmental events. **The Analysis of Verbal Behavior**, v. 5, p. 29-32, 1987.
- \_\_\_\_\_. Contingencies and metacontingencies: relations among behavioral, cultural and biological evolution. In: LAMAL, P. A. (Ed.). **Behavioral analysis**

**of societies and cultural practices.** Bristol: Hemisphere Publishing Corporation, 1991.

\_\_\_\_\_. Individual behavior, culture, and social change. **The Behavior Analyst**, v. 27. n. 2, p. 133-151, 2004.

\_\_\_\_\_.; MALOTT, M. E. Complexity and selection: implication for organizational change. **Behavior and Social Issues**, v. 13, p. 89-106, 2004.

GRAMSCI, A. **Maquiavel, a política e o estado moderno.** 3 ed. Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HULL, D. L.; LANGMAN, R. E.; GLENN, S. S. A general account of selection: biology, immunology and behavior. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 24, p. 511-573, 2001.

HUME, D. **A treatise of human nature.** London: Oxford University Press, 1989.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KING, M.; THORNHILL, C. **Niklas Luhmann's theory of politics and law.** New York: Palgrave MacMillan, 2003.

LUHMANN, N. **The differentiation of society.** Translated by S. Holmes and C. Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. **A sociological theory of law.** Translated by E. King and M. Albrow. London: Routledge and Kegan Paul, 1985.

\_\_\_\_\_. **Essays on self-reference.** New York: Columbia University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoría política em el estado de bienestar.** Madrid: Alianza Editorial, 1993.

\_\_\_\_\_. **Social systems.** Stanford: Stanford University Press, 1995.

MALOTT, R. W. **Principles of behavior.** 6<sup>th</sup> ed. Upper Saddle River: Pearson Education, 2009.

MANKIW, N. G. **Principles of economics.** 5 ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2008.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe.** Tradução de Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin-Companhia, 2010.

MAYR, E. **Evolution and the diversity of life.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1976.

- \_\_\_\_\_. **O desenvolvimento do pensamento biológico: diversidade, evolução e herança.** Tradução Ivo Martinazzo. Brasília: UNB, 1998.
- \_\_\_\_\_. **What evolution is.** London: Phoenix, 2002.
- McDOWELL, J. J. The importance of Herrnstein's mathematical statement of the law of effect for behavior therapy. **American Psychologist**, n. 37, p. 771-779, 1982.
- \_\_\_\_\_. Matching theory in natural human environments. **The Behavior Analyst**, n. 11, p. 95-109, 1988.
- MICHAEL, J. L. **Concepts and principles of behavior analysis.** Kalamazoo: Association for Behavior Analysis, 2004.
- MOELLER, H-G. **Luhmann explained: from souls to systems.** La Salle: Open Court, 2006.
- MOORE, J. **Conceptual foundations of radical behaviorism.** Cornwall-on-Hudson, NY: Sloan, 2008.
- PIERCE, W. D.; CHENEY, C. D. **Behavior analysis and learning.** 5 ed. New York: Psychology Press, 2013.
- PLATÃO. **A república.** 8 ed. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. **As leis.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.
- POSNER, R. A. **Economic analysis of law.** 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.
- RACHLIN, H. **The science of self-control.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
- RODRÍGUEZ, D.; ARNOLD, M. **Sociedad y teoría de sistemas: elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann.** Santiago: Universitaria, 2007.
- SCHNEIDER, S. M. **The science of consequences: how they affect genes, change the brain, and impact our world.** Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2012.
- SKINNER, B. F. **The behavior of organisms: an experimental analysis.** New York: Appleton-Century-Crofts, 1938.
- \_\_\_\_\_. **Science and human behavior.** New York: Free Press, 1953.
- \_\_\_\_\_. **Verbal behavior.** New York: Appleton-Century-Crofts, 1957.
- \_\_\_\_\_. The phylogeny and ontogeny of behavior. **Science**, v. 153, p. 1205-1213, 1966.

\_\_\_\_\_. **The technology of teaching.** New York: Appleton-Century-Crofts, 1968.

\_\_\_\_\_. **Contingencies of reinforcement: a theoretical analysis.** New York: Appleton-Century-Crofts, 1969.

\_\_\_\_\_. **Beyond freedom and dignity.** New York: Knopf, 1971.

\_\_\_\_\_. **About behaviorism.** New York: Vintage Books, 1976.

\_\_\_\_\_. Selection by consequences. **Science**, v. 213, p. 501-504, 1981.

\_\_\_\_\_. The evolution of behavior. **Journal of the Experimental Analysis of Behavior**, 41(2), p. 217-221, 1984.

\_\_\_\_\_. Canonical papers of B. F. Skinner. In: CATANIA, A. C.; HARNAD, S. (Eds.). **The selection of behavior: the operant behaviorism of B. F. Skinner: comments and consequences.** New York: Cambridge University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. The behavior of the listener. In: HAYES, S. C. (Ed.). **Rule-governed behavior: cognition, contingencies & instructional control.** Reno, NV: Context Press, 1989.

\_\_\_\_\_. Can psychology be a science of mind? **American Psychologist**, v. 45, p. 1206-1210, 1990.

TEUBNER, G. Evolution of autopoietic law. In: Teubner, G. (Ed.). **Autopoietic law: a new approach to law and society.** Berlin: de Gruyter, 1988.

\_\_\_\_\_. **Law as an autopoietic system.** Oxford: Blackwell, 1993.

WILLIAMS, G. C. **Natural selection: domains, levels and challenges.** New York: Oxford University Press, 1992.

WILSON, D. S. Human groups as adaptive units: towards a permanent consensus. In: CARRUTHERS, P.; LAURENCE, S.; STICH, S. **The innate mind.** Oxford: Oxford University Press, 2006.





# SUPERANDO OS DIVERSOS TIPOS DE POSITIVISMO: PORQUE HERMENÊUTICA É *APPLICATIO*?

Lenio Luiz Streck\*

## Resumo

O presente texto procura analisar a problemática do Direito e do Estado, suas crises e as implicações da revolução copernicana provocada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Essa imersão dar-se-á a partir do paradigma fenomenológico-hermenêutico, tendo-se como pressuposto que a viragem linguístico-hermenêutica, promovida por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o Direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico, não pode caminhar na contra-mão desse rompimento paradigmático.

## Palavras-chave

Constitucionalismo Contemporâneo. Direito. Hermenêutica. Positivismismo.

## Abstract

This paper analyzes the problems of law and state, its crises and the implications of the Copernican revolution caused by the second post-war constitutionalism. This immersion will be done from the phenomenological-hermeneutic paradigm, assuming that the hermeneutic-linguistic turn, promoted by Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, showed that both metaphysics (classical and modern) were defeated. In addition, the law, privileged locus of the hermeneutic process, cannot go directly against this paradigmatic rupture.

## Keywords

Contemporary Constitutionalism. Law. Hermeneutics. Positivism.

## 1. AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS DO SÉCULO XX: DE COMO NÃO SE PODE DAR POR TERMINADO O EMBATE ENTRE O POSITIVISMO E O CONSTITUCIONALISMO

O século XX foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (se-

---

\* Doutor em Direito (UFSC); Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Professor Visitante das Universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT); Membro Catedrático da ABDCONST — Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do IHJ — Instituto de Hermenêutica Jurídica; Ex-Procurador de Justiça (RS); Advogado.

gunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e provedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.

Na filosofia, o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem.

É no interior destas duas revoluções que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivismos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa positivismo — aos positivismos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo<sup>1</sup> e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a “cavar” por debaixo da lei” na busca de elementos que estão<sup>9</sup>, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?

Observe-se que o debate acerca da sobrevivência do positivismo ou da resistência deste face ao Estado Constitucional, entendido na sua versão de Estado Democrático de Direito, deita suas raízes na discussão sobre as posições historicamente opostas ao Estado Constitucional. Diz-se, assim, que no

---

<sup>1</sup> Mais recentemente passei a designar o constitucionalismo exurgente pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo em contraposição as teses neoconstitucionalistas. O motivo desta mudança se deve ao fato de que o Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma proposta difusa e que abarca várias vertentes teóricas e concepções das quais não compartilho, em apertada síntese destaco as seguintes: 1) representam de um modo geral uma pretensa superação do positivismo jurídico, pois limitada somente a sua versão primitiva desenvolvida no séc. XIX; 2) uma aceitação ou um reconhecimento da discricionariedade judicial, que, assim, deve ser apenas racionalizada; 3) e a correção moral do direito, que na prática torna-se num moralismo individual. Para maiores aprofundamentos recomenda-se a leitura do cap. 6 da obra *Jurisdição e Decisão Jurídica*.

Estado Constitucional tem-se: a) valor em vez de norma; b) ponderação em vez de subsunção; c) onipresença da Constituição em vez da independência do direito ordinário; d) onipotência judicial apoiada na Constituição em vez da autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição em vez da onipotência judicial apoiada na Constituição. Isso se pode ver em autores como Robert Alexy (1997, p. 160) e de tantos outros adeptos do neo-constitucionalismo.

No entanto, não é possível concordar com esses contrapontos. O grau de autonomia do direito fruto do novo paradigma do Estado Democrático de Direito não mais permite que se fale de “valores” como antítese da “velha” norma do paradigma positivista clássico. Por exemplo, a referência reiterada aos “valores” demonstra bem que o ranço neokantiano permeia o imaginário das teorias que se pretende(ra)m pós-positivistas (incluídas principalmente as teorias da argumentação jurídica). Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* — inclusive de alguns setores da filosofia analítica — tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos linguístico-culturais que determinam o processo de conhecimento.

A própria formação da cultura é algo muito mais ligado à linguagem e à constituição de contextos significativos, do que propriamente ao problema da formação e transformação deste enigma chamado “valores”. Isso fica bem representado na formulação daquilo que Ernildo Stein denomina “paradoxo de Humbolt”: nós possuímos linguagem porque temos cultura ou temos cultura porque possuímos linguagem?

Portanto, o discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar — acriticamente, por certo — em “valores”, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica. Aqui também é possível dizer que a palavra “valores” assumiu uma dimensão “performativa”, bastando que se a invoque para que as portas da “crítica” do direito se abram. . . ! E o pior parece estar no jargão “princípios são valores”.

O segundo ponto — de que no paradigma do Estado Constitucional há mais ponderação que subsunção — também é falso, porque pressupõe a dicotomia *easy-hard cases*, o que implica possam subsistir, ao mesmo tempo, um modo de “ver o mundo” a partir de uma objetividade filosófica no caso dos primeiros (casos fáceis) e a partir de uma subjetividade nos casos difíceis, claro que, neste caso, disfarçando a discricionariedade sob um discursos analítico-procedural.

O terceiro ponto pode ser considerado correto, desde que se respeite aquilo que Elías Díaz (1995) chamou de legalidade constitucional.<sup>2</sup> A Constituição não substitui o legislador que constrói democraticamente as normas, desde que respeitadas a parâmetros. Ou seja, o Constitucionalismo Contemporâneo não implica um panconstitucionalismo.

Já o quarto contraponto de que falam os neoconstitucionalistas (*lato sensu*) — onipotência judicial apoiada na Constituição em vez da autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição — apresenta o risco de se substituir a democracia por uma judiciariocracia, ou juristocracia, como denuncia Ran Hirschl (2007).

Pode-se dizer, desse modo, que a superação dessas barreiras opostas ao Estado que se constitui no seio do Constitucionalismo Contemporâneo ocorre em quatro frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação e, a quarta, pela necessidade de uma teoria da decisão (SANCHÍS, 2003b). Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico. Esse giro, denominado também de giro ontológico-linguístico, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação. A consequência, insisto, será a necessidade de uma teoria da decisão.

---

<sup>2</sup> Quando uso a expressão “legalidade constitucional”, com base em Elías Díaz (1995) refiro-me ao fato de que saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição — uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade — e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática. O histórico de golpes e contragolpes mostra que a busca pelo respeito as liberdades negativas foi o principal ponto de luta daqueles que fizeram oposição aos regimes autoritários. O longo período de regime autoritário, nascido de um golpe militar em 1964, conseguiu arrastar-se até meados da década de 80. E hoje, passados mais de duas décadas da promulgação do novo marco constitucional, tem-se ainda de lutar para convencer a comunidade jurídica de que, por vezes, a “literalidade da lei” é um importante instrumento de luta em favor da democracia. Sobre este tema, ver artigo de minha autoria (STRECK, 2010).

Os quatro aspectos (fontes, norma, interpretação e decisão) que caracterizam esse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história acabou transformando-se — e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade — em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico, mas que, paradoxalmente, aposta em um solipsismo judicial que parece ignorar as conquistas semânticas da Constituição de 1988.

Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que, em muitos aspectos, ambos (ainda) se confundem, isto porque engendrou-se um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como: a não admissão de lacunas; o não reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os “conceitos indeterminados”, as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, resvalando, com isto, em direção àquilo que o positivismo clássico — enquanto função judicial — visou evitar: a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial<sup>3</sup> (ou decisionismos voluntaristas); refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz.

---

<sup>3</sup> Registre-se que a pretensa segurança jurídica pretendida pelo positivismo (ainda) exegético não passa de uma forma acabada de discricionariedade judicial, problemática essa bem apanhada por Adeodato, quando afirma que há, no Brasil, um irracionalismo decisionista que despreza inteiramente o texto. Seus representantes não chegam a dizer que a concretização pelo Judiciário resolver, pois são mais céticos. Mas dizem que, independentemente de juízos sobre se isso é bom ou mau, o juiz “faz” o direito. No Brasil, acrescenta o mesmo autor, a cúpula do Judiciário não só ganha poder jurídico e político às expensas do Legislativo, mas também do Ministério Público. Mesmo sem esquecer a posição mais difusa, no rastro de Häberle, segundo a qual “toda a comunidade” concretiza a Constituição, ainda assim o texto perde importância. Conferir a obra de João Maurício Adeodato(2004, p. 180).

Como consequência de uma mixagem entre posturas (ainda) exegéticas e voluntaristas dos mais variados matizes<sup>4</sup>, tem-se uma verdadeira blindagem contra a “intervenção” da Constituição (entendida nos quadros do Constitucionalismo Contemporâneo), que introduz as condições para a superação, de um lado, do problema da equiparação entre vigência e validade e, de outro, o descolamento entre texto e norma. Isto implica afirmar que o significado do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade da compreensão desse fenômeno.

Ou seja, de um direito meramente reproduzidor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre “um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia” (GRAU, 2003, p. 59).

É neste contexto que as velhas teses do positivismo acerca da interpretação (subsunção, silogismo, individualização do direito na “norma geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos” (ADEODATO, 2004, p. 177), liberdade de conformação do legislador, discricionariedade, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder) darão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) “lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos” (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 287).

A superação das diversas formas de positivismo dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito. Em síntese, o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais (GUASTINI, 2003).

---

<sup>4</sup> A presença de correntes voluntaristas no direito brasileiro é observada com certa frequência em nossa experiência prática jurisdicional. Os ministros do STF em diversas oportunidades demonstram isto ao expressarem que decidem conforme seu sentimento e que sentença vem de *sentire*. Como exemplo, cito o fundamento utilizado pelo ministro Roberto Barroso ao conceder a liminar no MS 32.326, caso Donadon. Mesmo após o Supremo ter firmado um entendimento que caberia ao congresso a última palavra no que diz respeito a cassação de deputados ou senadores (posição com expresse respaldo constitucional), o ministro caminhou em sentido contrário invocando argumentos metajurídicos (sic). Ora, estes abrem a possibilidade para que (determinadas) decisões judiciais possam ser embasadas em critérios exógenos ao Direito e que estariam ao dispor do intérprete. Dessa forma, a sua subjetividade estaria acima da estrutura do ordenamento.

No modelo hermenêutico que emerge do giro hermenêutico-ontológico (*ontologische Wendung*), interpretar não é colocar capas de sentido aos “casos”; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural, “desontologizada”. Os “casos” já são — e somente são — jurídico-concretos. Com isto, é possível ultrapassar também o problema do suposto fundamento (metafísico) do conhecimento (veja-se, para tanto, o insuperável trilema de Münchhausen) (STRECK, 2013a). O fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa. Daí a pergunta de Gadamer (1993, p. 447): que falta faz fundamentar o que de todo modo está a nos sustentar desde sempre?

Já de há muito se sabe que a hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica) superou a problemática do método<sup>5</sup> e as consequências epistemológicas daí decorrentes. Interpretar é aplicar. *Applicatio* significa o ponto de estofa do sentido, em que fato é norma e norma é fato. Ou seja, é evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito. No plano de uma hermenêutica jurídica de cariz filosófico, a norma será o *locus* do acontecer (*Ereignen*) da efetiva concretização dos direitos previstos na lei (compreendida na diferença ontológica existente entre texto e norma e vigência e validade).

Deixemos bem claro: interpretação e aplicação são coisas incidíveis. Em vez de cisão, uma diferença, que, no plano da Crítica Hermenêutica do Direito, é trabalhada como “diferença ontológica entre texto e norma” (STRECK, 2014). Pensar o contrário é resvalar nos dualismos próprios da metafísica. Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico (GADAMER, 1990). Ao falarmos da interpretação jurídica, devemos falar em interpretação jurídico-concreta (factual). E, assim, na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos — no caso, a Constituição — não exsurgem em sua abstratidade, atemporal e a-histórica, alienados do mundo da vida. A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida “como” algo)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Não há nada de reprovável em querer propor regras para o entendimento, diz Gadamer. Mas, pergunta, chega-se desta maneira ao fundo do entender?

<sup>6</sup> Esse como é um como hermenêutico: algo sempre aparece “como” algo (etwas als etwas).

## 2. A CONSTITUIÇÃO COMPREENDIDA COMO ALGO (*ETWAS ALS ETWAS*) QUE CONSTITUI: OS OBSTÁCULOS REPRESENTADOS POR UMA “BAIXA PRÉ-COMPREENSÃO”

A Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isso dependerá da pré-compreensão do intérprete. Afinal, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista e, neste sentido,<sup>7</sup> o discurso sobre o mundo tem uma estrutura do algo como algo, a Constituição como Constituição, algo enquanto algo (*etwas als etwas*). E a estrutura do discurso sobre as condições de possibilidade sobre o mundo também é a estrutura de algo como algo, na medida em que o compreender é um compreender algo como algo (STEIN, 2004, p. 65).

Isto significa dizer que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é condição de possibilidade da compreensão desse “algo”. Daí o acerto de Gadamer (1990, p. 281), ao afirmar que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser.

Assim, percebemos (compreendemos) a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; compreendemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), damos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); compreendemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social); percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; *sexto e último*, a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que “toma” lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo “dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição” e antes desta outras quatro na era republicana. . . , mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebo-

---

<sup>7</sup> Veja-se, assim, os problemas acarretados por um imaginário jurídico de baixa constitucionalidade, que funciona, desse modo, como matriz do sentido que o jurista/intérprete terá da Constituição. O resultado disso todos conhecemos: o positivismo continua a opor sérias resistência ao constitucionalismo.

cando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição*.

Isto significa dizer que uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição — aquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito — inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, *com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais*. A “baixa compreensão” é fruto de um senso comum teórico que atravessa o imaginário dos juristas. Nele, os juristas operam como se o Direito fosse composto por dois mundos: o da perspectiva objetivista, em que lei e direito e texto e norma estariam „colados“ e o da perspectiva subjetivista, em que o intérprete se assenhora dos sentidos da lei, „descolando“ a norma do texto.

Ora, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social.

Assim, a força normativa da Constituição — compreendida “como” (*etwas als etwas*) Constituição que nasce da revolução copernicana que institui o constitucionalismo contemporâneo — dependerá de uma adequada interpretação, uma vez que é esta — a interpretação — que se constitui como condição de possibilidade para o acontecer de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, completando-se, assim, a superação do positivismo a partir dessa batalha travada nessas três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a hermenêutica).

Não é difícil constatar, assim, que a análise das condições para uma adequada compreensão do que significa a Constituição deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica que *desvela* a metafísica presente no discurso positivista. A inserção da justiça constitucional no contexto da concretização dos direitos fundamentais-sociais — compreendida essa realização/concretização de forma subsidiária, na omissão dos poderes encarregados para tal — deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Não se deve esquecer, aqui, a perspectiva paradigmática representada pelo advento do constitucionalismo que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, que reúne, ao mesmo tempo, um forte conteúdo normativo (Constituições “embebedoras”) e as possibilidades garantidoras de direitos a partir da jurisdição constitucional.

Daí a necessidade de se admitir certo grau de deslocamento da esfera de tensão em direção à justiça constitucional. Isto implica um novo olhar sobre o papel do Direito — leia-se Constituição — no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos

(garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isto não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.

Parece evidente que, como consequência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, *o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição*. De todo modo, concordo com a tese de que a defesa de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional — que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas “bons ativismos e bons ativistas”<sup>8</sup> — implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Gilberto Bercovici (2002), da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, com o conseqüente esvaziamento de sua substancialidade, o que representa — aí sim — usurpação de poderes constituintes.

Sem tirar a razão da percuciente observação de Bercovici, entendo que o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isto é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional<sup>9</sup> na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

---

<sup>8</sup> Uma análise sobre a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito que proponho, pode ser encontrada na obra de Clarissa Tassinari (2013). No livro, logo no primeiro capítulo, a autora coloca o fenômeno da judicialização da política como um problema contemporâneo, oriundo do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, do surgimento das constituições dirigentes, do aumento da litigiosidade nas sociedades contemporâneas e da crise da democracia, situações que levam a uma expansão global do Poder Judiciário. Por outro lado, o ativismo judicial aparece como um ato de vontade daquele que julga, sendo, portanto, um desvio na atuação do Judiciário, que passa a decidir por critérios não jurídicos. Para deixar esta questão mais evidente, Tassinari faz uma análise da doutrina norte-americana, trazendo os contributos da teoria do direito estadunidense, bem como da ciência política. Tudo isso para demonstrar o modo equivocado como o ativismo foi incorporado no contexto brasileiro e os problemas disso decorrentes, especialmente para o direito democraticamente produzido.

<sup>9</sup> Entendo corretas as observações de Antonio Manuel Peña Freire (2003), para quem os juízes constitucionais podem participar do diálogo coletivo, recordando aos cidadãos e a seus representantes o peso de certos direitos, enriquecendo a deliberação pública com argumentos e pontos de vista não levados em conta na discussão parlamentar. Se esta prática é valiosa, quem sabe mereça ser protegida e garantida, evitando, por exemplo, que a maioria parlamentar possa solapar sem custo algum o poder dos juízes mediante uma reforma constitucional meramente formal. O juízo de inconstitucionalidade tem que ter algum efeito no sistema institucional e político e alterar significativamente os termos em que se desenvolve o debate político, fundamentalmente obrigando ao legislador a oferecer razões adicionais que contrastem com as que foram postas pelo juiz constitucional e que justifiquem decisivamente sua pretensão. Essa operatividade, de todo modo, deve ter um limite, para que não seja bloqueada a ati-

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Isto seria antidemocrático. Com efeito, defender certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenheorem da Constituição. Mais do que isto, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato (2004, p. 176).

### 3. DE COMO O POSITIVISMO (OU POSITIVISMOS) COLOCAM BARREIRAS À DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE TEXTO E NORMA. O ALERTA PARA A IMPORTÂNCIA DO TEXTO E O PERIGO REPRESENTADO PELOS “DECISIONISMOS” JUDICIAIS

Não há como discordar de Friedrich Müller (1993) quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto, e que a norma não está contida no texto<sup>10</sup>. *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou “independência”) entre ambos (texto e norma).* Com efeito, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, produto da atribuição de sentido do intérprete, *não existe um processo de discricionariedade do intérprete.*

No plano da hermenêutica jurídica — e daquilo que venho pesquisando sob o enfoque de uma crítica hermenêutica do direito (e que me permiti batizar, inicialmente, de Nova Crítica do Direito)<sup>11</sup>, é possível afirmar

---

vidade do legislador democrático. Por isso, o peso do controle de constitucionalidade deve ser compensado com o poder dos órgãos políticos de “responder” de algum modo aos juízes constitucionais, já que, de outro modo, a instituição do controle judicial perderia sua legitimidade. Em suma, acrescenta o autor, *pode não ser razoável que o órgão de controle de constitucionalidade tenha a última palavra sobre o alcance e os limites de nossos direitos, porém, desde logo, o que me parece conveniente é que tenha a palavra.*

<sup>10</sup> No mesmo sentido, Eros Roberto Grau (1998).

<sup>11</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito é fruto das pesquisas do *Dasein* — Núcleo de Estudos Hermenêuticos junto ao Programa de Pós-Graduação — Mestrado e Doutorado da Unisinos. Trata-se de uma crítica hermenêutica do direito, compreendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do Direito. A metafísica, que na modernidade

que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é, sim, a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*.

A afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como bem diz Gadamer (1990, p. 333), quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.

Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas. O fato de que não existe um método que possa dar garantia a “correção” do processo interpretativo — denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito — não pode justificar que seja facultado “ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento”<sup>12</sup>. Mostra-se equivocado, assim, dizer que “dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória”, podendo valer-se, para tanto, “dos recursos que estiverem ao seu dispor” (BULOS, 1997).

Nesse sentido, a arguta crítica de Nelson Saldanha (2000) que, na linha de Gadamer, entende que a reação contra o exegetismo (de cariz objetivista — no sentido filosófico da palavra, é claro) não pode significar que a interpretação do direito deixe de supor uma ordem de normas, que se completam com princípios. Ou seja, sem textos não há normas: o que se chama direito

---

recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandarizada, onde o direito (texto jurídico compreendido na sua relação social) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmatizante, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. Ver, para tanto, as obras de Lenio Luiz Streck (2013a, 2014).

<sup>12</sup> É a posição, por exemplo, de Uadi Lamnago Bulos (1997), que acrescenta ser “injustificável qualquer censura ou cerceamento em relação ao mister interpretativo, seja qual for o argumento, precisamente porque é impossível determinar uma única interpretação como válida”. Não é possível concordar com a tese de Bulos. Há limites no processo interpretativo. *O processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete*. Veja-se, nesse sentido, a dura resposta que Gadamer dá àqueles que acusam a hermenêutica de proporcionar o relativismo. Frise-se, ademais, que este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: *o constitucionalismo coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista*.

não é algo separado da hermenêutica, *mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade*. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo!

Em outras palavras, o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros da empresa, etc. Tampouco pode dizer que onde está escrito, no artigo 212 do CPP, que o juiz somente pode fazer perguntas complementares, “o juiz pode, sim, fazer perguntas complementares”. Esse é o limite na interpretação. Ou, melhor ainda, este é um importante limite para se fazer hermenêutica jurídica na democracia. Se concordamos com o fato de o intérprete atribuir os sentidos que bem entender, estaremos dizendo que a interpretação é um “ato de vontade” (de poder).

Daí a necessidade desse esclarecimento, uma vez que, frequentemente, a hermenêutica — na matriz aqui trabalhada — tem sido acusada de relativismo. Definitivamente, é preciso dizer que a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo”, “realismo” ou “direito alternativo”, e essa convicção vem apoiada em Grondin (1999), que, fundado em Gadamer, *rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo* (ou irracionalidade) *à hermenêutica filosófica!* Isso precisa ficar claro<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> É importante esclarecer que os pressupostos de análise defendidos pela Crítica Hermenêutica do Direito não recaem nem em um exegetismo e nem em um relativismo, como alguns argumentam. Quando reconhecemos a existência de limites semânticos ou algo do gênero — não estamos afirmando uma volta à Escola da Exegese, pois, o sentido se dá num *a priori* compartilhado. Uma afirmação desse tipo chega a soar patética. Por isso, também, esse processo não é arbitrário, o que consequentemente o tornaria relativista. Os sentidos (jurídicos) não estão nos objetos interpretados nem nos sujeitos que os interpretam. A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas de um lado, literalidade, de outro, discricionariedade ou livre convencimento, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo. Nestes termos, entendemos ser possível, de fato, uma ruptura paradigmática com o Positivismo Jurídico. Ademais, alguns dizem que a Hermenêutica Filosófica não serve como método de interpretação do direito, sendo, portanto, necessários os métodos tradicionais (gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc.) e que a CDH prescinde uma construção dogmática do direito. A respeito disto, é necessário deixar claro que a CDH não faz uma instrumentalização da Hermenêutica Filosófica. A Fenomenologia Hermenêutica como um todo nos serve enquanto matriz teórica de análise do jurídico. Dessa forma, a Hermenêutica Filosófica — de onde deriva a a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) — não é um método para resolução de litígios de judiciais, porém, permite-nos compreender e questionar os modos como interpretamos o direito. Nesses termos, não afirmamos que os métodos tradicionais não têm a sua funcionalidade e que devem ser rejeitados, pois, de um modo geral, eles aparecem em a toda interpretação do Direito. Entretanto, a complexidade do processo interpretativo não se reduz a eles, pois, juntamente com o *como apofântico* tem-se o *como hermenêutico*, o direito enquanto uma experiência histórica imersa numa tradição precisa ser reconstruído de forma que os métodos sempre acabam chegando depois, mas, ainda assim possuem seu valor.

Numa palavra: jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas, tranquiliza-nos Grondin. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não finita, não temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade (GRONDIN, 1999).

Ora, negar a *diferença* entre texto e norma implica negar a temporalidade. O tempo é o “nome” do sentido da norma que se atribui ao texto. Os sentidos são temporais. A diferença (que — insisto — é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc. ). Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto.

Portanto, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Mas, é bom lembrar que ao falarmos que a interpretação é sempre uma aplicação não estamos a afirmar que “nada preexiste a este processo”. Isso seria transformar a hermenêutica em uma irracionalidade ou em niilismo. Neste equívoco, aliás, incorreu o jusfilósofo Mathias Jestaedt (2008), ao afirmar que Tribunal Constitucional Alemão estaria fazendo uma “jurisprudência da concretização” e que isto giraria ao redor do pensamento fundamental da hermenêutica filosófica. E por que isso? A resposta de Jestaedt é que, por não existir — na hermenêutica — uma compreensão sem aplicação, o que deve ser compreendido somente se materializa no processo de aplicação. Assim, a ideia de uma *lex ante casum* preexistente, que se possa expressar

---

Do mesmo modo, quanto a dogmática, a doutrina é indispensável, a teoria nos permite compreender melhor os fenômenos, porém a doutrina tem que doutrinar, isto é, exercer certo constrangimento epistemológico, em vez de ser caudatária da jurisprudência. O direito também tem de ser compreendido neste horizonte histórico-cultural, caso contrário a dogmática o descreverá analiticamente em conceitos, mas que não refletem sua cotidianidade. Criticar a doutrina ou a dogmática não é negar a sua importância, ao contrário, apenas revela a ocorrência de equívocos que devem e podem ser sanados.

unicamente descobrindo o que foi “posto nela”, resultaria em uma quimera (sic) no plano da teoria do conhecimento, uma vez que a “interpretação significa sempre concretização”. A interpretação se explica como “produção de direito”, por meio da concretização criativa das normas (JESTAEDT, 2008). No passo seguinte, o autor “equipara” a hermenêutica filosófica, que estaria na raiz da “jurisprudência da concretização”, com a “jurisprudência do discurso” habermasiana, momento em que equipara também a jurisprudência do discurso com a ponderação, o que, por si só, já representa um complexo problema, na medida em que a teoria habermasiana e a alexyana, de onde deriva a ponderação, são absolutamente antitéticas.

Essas conclusões de Jestaedt se dão por uma equivocada leitura de Heidegger e Gadamer, mormente deste último. Com efeito, quando Gadamer afirma que interpretar é aplicar, portanto, superando as *três subtilitas (intelligendi, explicandi e aplicandi)*, não quer dizer que ele tenha substituído a interpretação pela aplicação ou a compreensão pela concretização. O que Gadamer sustenta é que não há como cindir a interpretação da aplicação. Mas sua complexa hermenêutica está sustentada no círculo hermenêutico e na tradição. Fica sem sentido dizer que, na hermenêutica, a lei (*ante casum*, ou seja, o texto da lei) seria uma quimera (sic). Nesse mesmo equívoco incorreu Alexy (TRINDADE; STRECK, 2014) quando disse, em Seminário realizado na UNOESC (Chapecó-SC), que a hermenêutica não basta ou não serve para o Direito, por não estar preocupada com a racionalidade da decisão. Para ele, a hermenêutica colocaria inúmeros pontos de vista para um problema, sem dar a solução e teorizá-la com o rigor necessário. Rigor, aqui, significa a possibilidade de se estabelecer, analiticamente, uma fórmula lógico-matemática como passo inicial para a fundamentação racional da decisão judicial. Tal resposta de Alexy apenas evidencia o déficit filosófico que atravessa a sua teoria da argumentação.

Entender sem aplicação não é um entender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais. Por isto, o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Há, pois, um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete; em outras palavras, o intérprete estará jogado, desde sempre, nessa linguisticidade. O espaço social — e aqui busco socorro em Warat — em que exsurge o sentido da Constituição é condição de possibilidade da instauração das relações simbólicas de poder que envolvem a construção desse sentido. A dimensão política da sociedade

é também um (complexo) jogo de significações. Isso supõe — e a hermenêutica da faticidade sempre tem apontado para isto — que a linguagem seja simultaneamente um suporte e um instrumento de relações moleculares de poder. Mas, fundamentalmente, um espaço de poder nela mesma. A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações (WARAT, 2004, p. 141). Por isto, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é o resultado do seu resultado, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que “cercam” desde sempre o intérprete.

Na contramão, os dados acerca do efetivo exercício da jurisdição constitucional — mormente no controle difuso, *locus* privilegiado da capilarização do sentido da Constituição — apontam para uma “baixa pré-compreensão sobre a Constituição”, o que facilmente pode ser verificado pela baixa incidência da Constituição nas decisões judiciais e pela quase nenhuma utilização dos mecanismos da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitklärung ohne Normtext Reduzierung*) em sede de controle difuso, para citar apenas estes. Por outro lado, basta que se dê um passar de olhos na bibliografia utilizada nas Faculdades de Direito, para que se tenha a dimensão do problema representado por essa baixa pré-compreensão acerca do fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo.

Por outro lado, é visível, ainda, a equiparação entre vigência e validade e entre texto e norma, o que torna a doutrina e a jurisprudência reféns de um pensamento metafísico, uma vez que essa equiparação suprime o tempo do direito. Enfim, com a equiparação texto e norma, vigência e validade, “ocorre uma objetivação que suspende a temporalidade”, como bem lembra Adeodato (2004, p. 180). Em algumas áreas como o direito penal, chega a existir uma espécie de blindagem, que imuniza o legislador contra qualquer interferência da jurisdição constitucional<sup>14</sup>.

Na verdade, o que tem acontecido é que o ensino jurídico tem contribuído para o acirramento da crise. Metafisicamente, por tentar “dualizar” teoria e prática, os cursos jurídicos não conseguem formar nem bons “teóricos” e nem bons “técnicos” (operadores — sic). Registre-se, neste aspecto, que esse imaginário, no interior do qual os juristas “separam” a teoria da prática, tem um forte conteúdo filosófico. Com efeito, há uma separação do processo de compreensão/interpretação em partes (em fatias), questão, aliás, que autores como Gadamer criticam com veemência (STRECK, 2013b). Com o mestre de Tübingen, aprendemos que hermenêutica não é método, é filosofia. Ora, se

---

<sup>14</sup> Ver, nesse sentido, as obras de Lenio Luiz Streck (2004) e Maria Luiza Schäfer Streck (2009).

interpretar é aplicar, não há um pensamento teórico que “flutua” sobre os objetos do mundo, apto a dar sentido ao “mundo sensível”.

Na verdade, o pensamento dogmático do direito (traduzido por um positivismo que engloba um mix de posições) não conseguiu escapar ainda do elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos na modernidade numa separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção, entre determinante e determinado, entre teoria e prática.

Nesse sentido, a contundente crítica de Stein (2004, p. 45), ao apontar para a impossibilidade de separação entre sujeito e objeto, porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo mergulhados, e não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico.

No interior dessa baixa pré-compreensão, em que o positivismo resiste ao Constitucionalismo Contemporâneo, o direito foi transformado em uma mera instrumentalidade formal, deixando de representar uma possibilidade de transformação da realidade. A toda evidência, esta circunstância terá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional.

Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar em efetividade da Constituição, naquilo que tem sido entendido como o necessário resgate das promessas (incumpridas) da modernidade. Há que se compreender a importância da superação dos paradigmas objetivista e subjetivista (no sentido filosófico das expressões), e as consequências para o direito dessa não superação. O esquema sujeito-objeto é objetivista, quando “assujeita” o jurista ao texto (que já sempre “conteria a norma”), e é subjetivista quando o jurista “assujeita” o texto (o sentido está, assim, na consciência do jurista).

Tenho claro, pois, que o fenômeno da “resistência positivista”, que venho denominando de “baixa pré-compreensão acerca da Constituição e do que denomino de Constitucionalismo Contemporâneo, decorre, fundamentalmente, de uma inadequada pré-compreensão” (espécie de compreensão pequeno-gnosiológica), que acarreta uma inadequada compreensão que, por conseguinte, redundará em uma “baixa interpretação”, e, portanto, em uma “baixa *applicatio*”. Isto porque se forjou uma espécie de “teto hermenêutico”, estabelecido exatamente a partir de uma tradição no interior da qual a Constituição — e o direito constitucional — nunca tiveram a devida importância em nosso país. Esse “teto hermenêutico” representa o limite do sentido acer-

ca da Constituição, bem como baliza o sentido desse limite, obstaculizando, desse modo, a necessária “imediatez constitucionalizadora”.

Em síntese, com algumas exceções, é este o estado da arte daquilo que se entende por “interpretação da lei no Brasil”, cujas consequências não são muito difíceis de perceber. Veja-se, nessa linha, a gravidade do alerta feito por Kaufmann (2002, p. 154), para quem *até mesmo a teoria da argumentação não acompanhou a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se antes da objetividade*. Dito de outro modo, “apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias” (ADEODATO, 2004, p. 176), problemática presente, aliás, em autores como Atienza (2000, p. 319-320)<sup>15</sup>, para quem “para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor (. . .) de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação — pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos — assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção — ou a maior ou menor correção — dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.”

Daí a necessidade de uma insurreição contra essa fala falada, que submerge o jurista em uma tradição inautêntica (no sentido hermenêutico-gadameriano). Essa fala falada decorre de uma “hermenêutica de bloqueio”, que impede que o novo — o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade — venha à tona. Para além disto, *não se podem esquecer os fatores políticos-ideológicos relacionados às consequências (e reações) que uma Constituição nova provoca*.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DOZE PONTOS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA *APPLICATIO*

1. Se o constitucionalismo nasce sob uma perspectiva conservadora, uma vez que engendrado para conter o poder das maiorias, séculos mais tarde se transforma em estandarte da mudança social em um conturbado mundo atravessado por duas guerras mundiais. Agrega-

---

<sup>15</sup> Como se pode perceber, Atienza permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, otimizada, para ele, a partir da teoria da argumentação jurídica. Para o autor, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Mais ainda, diz que “um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões”. Portanto, parece, para ele, que o problema está no método.

do a esse nítido viés transformador, ínsito aos textos constitucionais do segundo pós-guerra, exsurge a superação do positivismo e, conseqüentemente, o direito sofre uma profunda mudança de fundo paradigmático.

2. Do papel plenipotenciário assumido pela lei, produto do modelo liberal-burguês, passa-se a uma nova concepção acerca das fontes do direito; do mesmo modo, da velha teoria da norma, salta-se em direção aos princípios e tudo o que eles representa(ra)m para o direito a partir do advento do Constitucionalismo Contemporâneo. Com isto, as relações privadas, antes protegidas/encasteladas na norma jurídica codificada que as protegiam contra os “indevidos” ataques do direito público, passam a estar submetidas ao público (leia-se, a Constituição), fragilizando-se, em boa hora, essa velha dicotomia.
3. A ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista), no interior dessa revolução copernicana, aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel *dá-se quando o Estado, de potencialpositor a direitos fundamentais* (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), *torna-se seu protetor*, e, o que é mais incrível — “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (Stern)<sup>16</sup>, problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária etc.
4. Isto significa afirmar *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (Drindl, Canotilho, Vital Moreira e Stern) ou outra expressão dessa mesma ideia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado* (CUNHA, 1995).
5. Para tanto, foi necessário que se olhasse o novo com os olhos do novo, tarefa específica da hermenêutica, condição de possibilidade para que o novo paradigma pudesse ser *des-coberto*, no sentido hermenêutico da palavra. A superação do positivismo, a partir de uma luta travada no árido território de uma dogmática jurídica de perfil liberal-individualista, é tarefa que assume contornos sobremodo problemáticos em países de modernidade tardia como o Brasil.
6. Há, no Brasil, uma cultura positivista e manualesca que continua enraizada nas escolas de direito e naquilo que se entende por doutrina

---

<sup>16</sup> Conferir também a obra de Maria da Conceição Ferreira da Cunha(1995, p. 273).

e aplicação do direito. Consequentemente, a doutrina não mais doutrina, vez que caudatária das decisões dos tribunais. Sejam claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem.

7. Dito de outro modo, o jurista, filologicamente, acredita que o mais importante é interpretar textos, buscando “amarrar” o resultado da interpretação a partir de uma metodologia metafísica, de nítido perfil epistemológico-procedimental, por vezes “colando” texto e norma e, outras, provocando a total ruptura entre lei e sentido da lei (texto e norma). É preciso entender, no entanto, que o texto constitucional *não é um objeto cultural*, apto a receber do jurista, filologicamente, uma “capa de sentido” — a interpretação (HESSE, 1983, p. 33). *A Constituição não é objetificável*; tampouco é uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a Sociedade, até porque Estado e Sociedade constituem uma unidade. Há, sim, uma diferença entre o império da lei (positivismo) e o império da Constituição.
8. O positivismo que aqui se combate funciona como um discurso que *submete o texto e a ele se submete*, fundindo-se coisas, essências e a consciência de si do pensamento pensante. Dizendo de outro modo, até o advento do constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito — e a percuciente observação é de Vicente Barreto —, a preocupação teórica da hermenêutica “integradora” dos pressupostos positivistas visava somente proporcionar um nível teórico, suficientemente universal, estabelecendo parâmetros de referência para as ciências humanas e sociais, que as caracterizassem como tipos de conhecimento científico, ainda que com métodos distintos do método das ciências físicas e naturais. O desafio da hermenêutica contemporânea consiste, assim, em inserir-se nessa tradição hermenêutica, fazendo uma leitura mais sofisticada do texto constitucional. Criam-se, dessa forma, as condições de possibilidade de realizar-se uma nova leitura da dogmática jurídica e, em conseqüência, de construir-se uma concepção não exclusivamente dogmática do direito (BARRETO, 1999, p. 378)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Barreto acrescenta um preciso diagnóstico acerca da tardia preocupação dos juristas brasileiros com a temática da interpretação da Constituição: *a interpretação constitucional, entretanto, somente aparece como problema a preocupar os constitucionalistas há poucas décadas*. A explicação deve-se, talvez, ao fato de que as constituições escritas do estado moderno raramente contêm dispositivos concernentes ao poder de interpretação. Além disso, os chamados grandes princípios da filosofia política (soberania, representação, separação dos poderes, etc.), que foram temas de debates nas assembleias constituintes do final do século XVIII e com os quais os autores modernos expõem os fundamentos do Direito positivo, não se constituem em conceitos dos quais os juristas possam retirar princípios e argumentos racionais, constitutivos de uma teoria geral da interpretação jurídica.

9. Romper com a “certeza de si do pensamento pensante”, próprio da filosofia da consciência (para dizer o mínimo) e ultrapassar o obstáculo representado pelo dualismo sujeito-objeto, pressupõe profundas rupturas paradigmáticas. É preciso ter claro que essa tarefa não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira “indústria cultural” assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pela escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do direito. Por isto, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico — entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza — é uma trincheira que resiste (*teimosamente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica.
10. É preciso promover rupturas paradigmáticas. O novo, representado pelo modelo do Estado Democrático de Direito, que se institui a partir de duas grandes revoluções (o advento de um constitucionalismo que transforma substancialmente a sua concepção original e o rompimento da relação sujeito-objeto a partir do giro ontológico-linguístico, *ainda não foi tornado visível suficientemente*.
11. E esse tornar visível é tarefa de uma hermenêutica que possibilite uma adequada compreensão do fenômeno que envolve o advento do neoconstitucionalismo e a resistência positivista. Por isto, quero afirmar a Crítica Hermenêutica do Direito, no modelo filosófico que aqui serve de fio condutor, *como modo de deixar o fenômeno tornar-se visível, deixando-o vir à presença, em um contraponto ao discurso tradicional da dogmática de cariz positivista, que vê a Constituição de forma objetificada, como uma (mera) ferramenta a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa*.
12. Numa palavra final: temos que *des-objetificar* a Constituição, tarefa que somente será possível a partir da superação do paradigma metafísico que pré-domina o imaginário dos juristas. Essa superação implica em perguntar pelo sentido do constitucionalismo e do seu papel histórico-social que lhe foi destinado nesta quadra do tempo. Eis o nosso desafio hermenêutico: abrir uma clareira (*Lichtung*) no direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo...! Afinal, como bem disse Zagrebelsky (2002, p. 10), embora sua crítica esteja dirigida apenas ao positivismo sintático-primitivo, *si el positivismo jurídico subsiste en el Estado Constitucional Democrático, es de forma inconsciente, ya que se debe al despiste o a la inercia de los juristas!*

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites . In: **Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: **1988-1998 — Uma década de Constituição**. Margarida Lacombe (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BULOS, UadiLamnego. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime**. Porto, Universidade Católica do Porto, 1995.
- DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano I, n. 1, p. 16, jun. 1995.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In **Neoconstitucionalismo(s)**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**, Ergänzungen Register. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Wahrheit und Methode**. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **La Doble Estructuración y la interpretación del derecho**, Barcelona: Editorial M. J. Bosch, SL, 1998.
- GRONDIN, Jean . **Introdução à hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JESTAEDT, Matthias. La ponderación en el derecho. In: Montealegre, Eduardo (org). **El derecho público: una ciencia**. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Co-lombia, 2008.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**, Fünfte Auflage. Berlin: Ducker & Humboldt, 1993.

NIETO, Alejandro. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid, Trotta, 1994.

ORDÓÑES SOLIS, David. **Jueces, Derecho y Política**. Navarra: Aranzadi, 2004.

OTO, Ecio. **Entre Constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: Neconstitucionalismo e Ordem Mundial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Madrid: Dykinson, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. "Constitucionalismo Garantista y Democracia". In: **Crítica Jurídica**, n. 22. Curitiba: Unibrasil, 2003.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambiguo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

SALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, n. 10, ano 2000. Recife, UFPE.

SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003b.

SANTAMARIA IBEAS, Javier. **Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político**. Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid, 1997.

SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**. Madrid: Trota, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. “Da Proibição de Excesso (**Übermassverbot**) à Proibição de Deficiência (**Üntermassverbot**): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: **Neoconstitucionalismo: Ontem os Códigos; hoje, as Constituições**. Revista de Hermenêutica Jurídica. n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004.

\_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** — Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan. -abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição: o lado esquecido dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí, Ed. Unijui, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 05 de abril de 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**. V. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAGREBELSKI, G. **El derecho dúctil**. Madrid: Trota, 2002.



# O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: AVANÇOS OU RETROCESSOS (1988 A 2014)?

*Márcia Dieguez Leuzinger\**  
*Marcelo Dias Varella\*\**

## **Resumo**

Uma das conquistas da Constituição de 1988 o Brasil foi a concessão do status constitucional à proteção do meio ambiente. Mais de um terço dos países do mundo alterou suas constituições para proteger o meio ambiente. Cada país tem modificado suas leis à luz de suas próprias peculiaridades revelando assim as suas visões particulares sobre a proteção e conservação ambiental. O uso e a proteção do meio ambiente é inconsistente em todo o mundo devido à diversidade das sociedades humanas. Este tratamento inconsistente levanta sérias preocupações sobre a sustentabilidade do meio ambiente como um todo. Vinte e cinco anos mais tarde, torna-se imperativo para identificar se houve progressos significativos na implementação de leis eficazes para a proteção desses bens ambientais e se a Constituição tem, efetivamente, trouxe mudanças reais para a legislação ambiental brasileira. Este artigo irá apresentar os detalhes históricos e comentários sobre a implementação das Disposições Constitucionais 1988. Em particular, estaremos enfocando os impactos da reação mundial contra a legislação ambiental infraconstitucional.

## **Palavras-chave**

Direito constitucional. Proteção do meio ambiente. Análise histórico-evolutiva.

## **Abstract**

One of the achievements of the 1988 Brazil Constitution was granting constitutional status to the protection of the environment. More than a third of countries worldwide have amended their constitutions to protect the environment. Each country has modified its laws in light of its own peculiarities, thereby revealing its particular views on environment protection and conservation. The usage and protection of the environment is inconsistent throughout the world due to the diversity of human societies. This inconsistent treatment of the environment raises grave concerns about the sustainability of the environment as a whole. Twenty-five years later, it is imperative to identify whether there has been significant progress in the implementation of effective laws for the protection of these environmental goods and whether the Constitu-

---

\* Professora do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Email: [marcia.leuzinger@uol.com.br](mailto:marcia.leuzinger@uol.com.br)

\*\* Professor do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Email: [marcelodvarella@gmail.com](mailto:marcelodvarella@gmail.com)

tion has, effectively, brought real changes to Brazilian environmental law. This article will present both historical details and commentary on the implementation of the 1988 Constitutional Provisions. In particular, we will be focusing on the impacts of worldwide backlash against infra-constitutional environmental legislation.

### Keywords

Constitutional Law. Environment protection. Historical evolutionary analysis.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países mais relacionados com a proteção ou agressão ao meio ambiente no mundo, principalmente em função de deter 60% da floresta Amazônica, que abriga uma fantástica diversidade de espécies. A área total da Amazônia é de quase 6 milhões de quilômetros quadrados, das quais 3,6 milhões ficam no Brasil, o equivalente a quase 40% do território dos Estados Unidos. O Brasil, considerado o país com a maior biodiversidade do planeta, está em franco desenvolvimento econômico, o que é feito, muitas vezes, às custas da destruição ambiental.

Desde a redemocratização do país, na década de 1980, houve mudanças importantes na proteção do meio ambiente, em especial após a promulgação da Constituição de 1988. Na década de 1990, pode-se perceber a edição de normas que trouxeram significativos avanços, mas nas décadas seguintes, houve sérios retrocessos para a proteção ambiental, apesar de ter o movimento ambientalista se fortalecido no país nos últimos trinta anos, tanto por pressões internacionais como pela ascensão de uma preocupação doméstica.

O constituinte de 1988 teve o mérito de conferir *status* constitucional à proteção do meio ambiente. Trata-se de um processo de *constitutional confluence*, pelo qual mais de um terço dos Estados do planeta alteraram suas respectivas constituições, incorporando valores ambientais. Cada Estado adaptou sua lei fundamental em função das suas próprias peculiaridades, revelando, de certa forma, sua visão sobre meio ambiente, proteção e conservação do seu território. Isso porque as relações entre as sociedades humanas e o ambiente que as cerca são frutos da cultura, possuindo, cada grupo, formas peculiares de se relacionar com a natureza, que podem ou não ser sustentáveis.

No caso do Brasil, o tratamento do meio ambiente pela Constituição Federal de 1988 revela alguns eixos centrais, relacionados à nossa visão sobre o tema: o meio ambiente como direito fundamental; a conservação da diversidade biológica e dos processos ecológicos; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos; a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental antes da realização de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação; e a educação ambiental. Vinte e cinco anos depois, é importante identificar se houve avanços na construção de regras jurídicas infra-

constitucionais efetivas para a proteção destes bens ambientais e se a Constituição, de fato, trouxe mudanças reais para o Direito brasileiro.

Este artigo pretende apresentar, em rápidas linhas, o desenvolvimento destes principais pontos e tecer breves comentários críticos sobre a implementação dos dispositivos constitucionais e, em especial, sobre o retrocesso ambiental que tem sido percebido como fenômeno mundial com reflexos diretos na legislação infraconstitucional brasileira.

## 2. AVANÇOS NA PROTEÇÃO DO AMBIENTE NATURAL

Desde os anos de 1930, significativos avanços podem ser enumerados no que tange à proteção do ambiente natural no Brasil. Em 1934, eram decretados nosso primeiro Código Florestal e o Código de Águas, normas que, a despeito da finalidade de resguardar recursos estratégicos para a industrialização do país, que dava então seus primeiros passos, também tinham um viés protecionista. Figuras como a quarta parte da vegetação encontrada em uma propriedade rural, que não podia ser derrubada, ou as florestas protetoras, que protegiam, dentre outros, as margens dos rios, surgiam com esta norma. Também são criados, nesse momento histórico, nossos primeiros parques nacionais.

Na década de 1960, outras importantes leis são editadas, como o segundo Código Florestal, peça essencial para, mais tarde, dar consistência ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, a lei de proteção à fauna silvestre, normas de combate à poluição. A criação de unidades de conservação continuava a ser considerada importante política ambiental de preservação e agências ambientais passaram a ser incumbidas de sua instituição e gestão. Nota-se que a criação de órgãos especializados na proteção ambiental surgiu mais ou menos na mesma época que nos Estados Unidos.

Com o desenvolvimentismo do anos 70, o governo ditatorial brasileiro considerava que o movimento ambientalista internacional era uma estratégia para evitar a industrialização do país. Um Embaixador Brasileiro na Reunião Preparatória da Conferência de Estocolmo, em Founex, teria afirmado que o Brasil era um país grande o suficiente para receber todas as indústrias poluidoras do planeta. Durante a Conferência, o Brasil liderou um grupo de 77 países que defendia o direito ao crescimento econômico, tendo estendido uma faixa com os dizeres: “Bem vindos à poluição, estamos abertos a ela. O Brasil é um país que não tem restrições, temos várias cidades que receberiam

de braços abertos a sua poluição, porque nós queremos empregos, dólares para o nosso desenvolvimento”<sup>1</sup>.

Nas décadas seguintes, principalmente em razão da influência que os resultados da Conferência de Estocolmo exerceu em todo o mundo, novas leis de proteção foram editadas, assim como foram instituídos órgãos e entidades com a finalidade exclusiva de proteção ao meio ambiente, abrangendo diferentes aspectos, como espaços protegidos, poluição, educação ambiental etc. Em 1981, é editada a Lei nº 6.938, que instituiu no Brasil uma Política Nacional de Meio Ambiente. Trata-se de uma norma que até hoje serve de referência importante para a proteção ambiental.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que declarou ser o direito ao meio ambiente equilibrado um direito fundamental, repartindo-se o dever de protegê-lo e preservá-lo entre Estado e sociedade, leis entendidas como socioambientais passaram a ser editadas, integrando a sociedade na gestão dos bens ambientais. Pode-se citar como exemplo a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Também merece destaque, em 1998, a edição da Lei de Crimes Ambientais.

Todavia, na década de 2000, começa-se a perceber um movimento de retrocesso na proteção do meio ambiente, movimento este que tem reflexos no Brasil, e se faz sentir com o início da desconstrução do arcabouço normativo que havia sido, até então, edificado.

### 3. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal, em seu art. 225, caput, declarou termos todos o direito fundamental “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”.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, direito difuso, de terceira geração, decorre diretamente do direito à vida, em sua acepção qualidade de vida. Ao contrário dos direitos fundamentais individuais e sociais, traz como principais características a transindividualidade, tendo por destinatário todo o gênero humano<sup>2</sup>, sua desvinculação de critérios patrimoniais e o abandono da ideia tradicional de direito subjetivo, que demanda a

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.observatorioeco.com.br/historia-do-desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em 10/05/2013.

<sup>2</sup> Segundo Paulo Bonavides, os direitos difusos “*não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 481.

individualização de um titular<sup>3</sup>. Desse modo, quando se pretende defender o ambiente sadio, não é possível fazê-lo apenas para uma ou para algumas pessoas, aproveitando semelhantes ações a todos, indistintamente.

Outra peculiaridade do direito ao meio ambiente equilibrado, conforme posto na Carta Federal de 1988, é a coincidência entre seus titulares e os destinatários da obrigação de manter o ambiente hígido, na medida em que a Constituição Federal reparte este dever entre o Poder Público e a sociedade. Criou a CF/88, assim, uma função, chamada de função ambiental, consubstanciada na obrigação, cometida ao Estado e aos integrantes do corpo social, de preservação do ambiente natural<sup>4</sup>. Divide-se a função ambiental, portanto, em pública e privada, subdividindo-se a primeira em legislativa, judiciária e administrativa.

No tocante à função ambiental privada, muito embora não haja, na Constituição, o estabelecimento de obrigações específicas em relação aos particulares, pode-se inferir que, no mínimo, deverão observar as normas de proteção ao ambiente natural, podendo-se, inclusive, interpretar essa obrigação de forma mais ampla, o que incluiria a real participação da sociedade na gestão do patrimônio natural<sup>5</sup>.

Em relação à função ambiental pública, determinou a Constituição, no § 1º do art. 225, como meio de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prestações materiais e atuação legislativa, a que concorrem os três entes federativos, no âmbito de suas respectivas competências.

Tais dispositivos têm, de fato, contribuído para mudar a visão do Direito brasileiro sobre o meio ambiente. Hoje, é raro encontrar nos tribunais a desconsideração do direito ao ambiente sadio como direito fundamental. No entanto, parece, em muitos casos, que este direito fundamental cede espaço para outros valores ligados ao mercado. Muitas vezes, carece de efetividade pela falta de dispositivos legais específicos que concretizem o valor constitucional. Em outras palavras, a consideração do meio ambiente equilibrado como um direito fundamental em diversas situações não é suficiente para impor a proteção ambiental em face de um caso concreto de dano.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. **Função Ambiental**. In **Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>5</sup> LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Série Universitária. São Paulo: Elsevier, 2013.

#### 4. CONSERVAÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA

A diversidade biológica foi incorporada na Constituição de 1988 com a emergência da defesa do Brasil da tese da soberania nacional dos recursos genéticos. Nesta época, o tema era objeto de intensos debates em todo o mundo e o Brasil era um dos principais opositores à ideia do princípio da diversidade biológica como patrimônio comum da humanidade. Apenas com a Convenção sobre a Diversidade Biológica, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, quatro anos após a promulgação da Constituição Federal, o tema passou a ser regulado internacionalmente. O Brasil, por ser um país megadiverso, foi um dos principais motivadores das negociações internacionais.

No plano concreto, nas últimas duas décadas, a proteção da biodiversidade se estruturou a partir de três grandes vertentes: proteção de espécies naturais e de ecossistemas; controle da biossegurança; e controle do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados.

A proteção de espécies naturais e de ecossistemas teve uma evolução mais importante no plano legislativo, apresentando, todavia, baixa efetividade no plano prático. De fato, um conjunto de normas foi redigido para a proteção das espécies ameaçadas de extinção, assim como para a utilização racional de ecossistemas, preservação de *habitats* e de processos ecológicos. No entanto, nesses vinte anos, as taxas de desmatamento da região Norte e Centro-Oeste do Brasil registraram recordes na década de 1990, e muito embora tenham diminuído nos últimos anos, não se registrou ainda desmatamento zero. Entre 2011 e 2012, foram destruídos 4.656 mil km<sup>2</sup> de floresta, apesar de estar em prática o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAM), lançado em 2004<sup>6</sup>. Os avanços da fronteira agrícola e a incapacidade institucional de fazer cumprir as normas, inclusive as mais recentes, como a Lei de Crimes Ambientais, garante impunidade aos agentes. Na prática, pode-se dizer que se conhece a importância do meio ambiente equilibrado, mas os atores privados e, em alguns casos, o próprio Estado, preferem a destruição de *habitats* e, conseqüentemente, da biodiversidade, em prol do avanço, dentre outros, do agronegócio. Atualmente, com as alterações do quadro normativo de proteção, em especial as mudanças imprimidas pelo novo Código Florestal, as expectativas são de novo avanço do desflorestamento.

O controle da biossegurança, por sua vez, consolida-se com o controle da introdução de organismos alienígenas no meio ambiente, tanto silvestres vindos de outros Estados, como geneticamente modificados. O Brasil adotou o sistema da UNEP, com um conjunto normativo muito próximo da maior parte dos países do mundo. A adoção do Protocolo de Cartagena sobre Or-

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/prodes/index.php>. Acesso em 11/05/2013.

ganismos geneticamente Modificados contribuiu para a uniformização do problema. Hoje, o Brasil é o único país exportador de organismos geneticamente modificados a ser parte no Protocolo.

No tocante aos organismos silvestres, as Delegacias de Vigilância Sanitária e os controles de fronteira brasileiros têm obtido avanços consideráveis e pode-se dizer que a norma constitucional contribuiu para evitar maiores impactos sobre o ambiente natural. O tema dos organismos geneticamente modificados é mais sensível política e juridicamente e foi objeto de polêmicas intensas, judiciais e legais, em especial sobre a soja e o algodão transgênicos. Em 2005, foi aprovada a Lei 11.105, que estabelece competências entre as diferentes instâncias envolvidas, reforçando o poder decisório da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, o que vem causando muitas divergências. O tema ganhou tanta importância que foi necessária a criação de um conselho de ministros de Estado, o Conselho Nacional de Biossegurança, apenas para lidar com os casos mais difíceis.

No que se refere ao controle do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, os avanços foram muito menores. O objetivo de desenvolvimento a partir do uso racional da diversidade biológica, com agregação de valor por meio de produtos e processos mais elaborados, não foi alcançado. Pelo contrario, no intuito de tudo regular e proteger, o Estado mostrou sua incapacidade de lidar com tantas pesquisas realizadas, no Brasil e no exterior, com recursos genéticos de origem brasileira. O resultado foi um regime regulatório, instaurado pela Medida Provisória 2.186/01, que dificultou a pesquisa doméstica com recursos genéticos brasileiros. A falta de consenso sobre qual o modelo deve ser adotado leva o país a não conseguir dar uma regulamentação nova para o tema.

## 5. ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS

A CF/88, no inciso III do § 1º do art. 225, prevê a criação, em todas as unidades da federação, de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

A instituição, pelo Poder Público, de espaços territoriais especialmente protegidos, que também constitui instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), vem sendo considerada pela comunidade científica uma das mais eficientes maneiras de conservação da diversidade biológica in situ. A prática de preservação de espécies carismáticas e locais belos, que fundamentou a criação de espaços ambientais, no Brasil, ao menos até o final

da década de 1970, foi substituída, a partir da utilização de critérios científicos, pela ideia de proteção de habitats e de paisagens.

Espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP) podem ser definidos como qualquer área, criada pelo Poder Público, sobre a qual incida proteção jurídica específica, integral ou parcial, de seus atributos naturais, seja ela pública ou privada. Os ETEP constituem, portanto, gênero que, por sua vez, subdividem-se em unidades de conservação, espaços de proteção específica e áreas protegidas. Unidades de conservação são apenas aquelas expressamente previstas pela Lei nº 9.985/00 (Lei do SNUC), sendo todos os demais espaços ambientais, como áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal, jardins botânicos e zoológicos, hortos florestais, dentre muitos outros, classificados como espaços de proteção específica. Atualmente, a partir da expedição do Decreto nº 5.758/06, que instituiu o Plano Nacional de Áreas Protegidas, foi criada uma terceira categoria de espaço ambiental, denominado “áreas protegidas”, que abrange, parcialmente, as outras duas, na medida em que compõe-se de unidades de conservação, terras indígenas e territórios quilombolas, esses dois últimos também integrantes dos chamados espaços de proteção específica<sup>7</sup>.

As unidades de conservação, que integram o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC), dividem-se em unidades de proteção integral, que não admitem utilização direta dos recursos naturais, e unidades de uso sustentável, que permitem o uso direto, desde que conforme as regras que regem a categoria de UC e o respectivo plano de manejo. No plano federal, compõem o SNUC 886 unidades de conservação, 139 de proteção integral e 747 de uso sustentável. A área total protegida com UCs federais é de 755.185 km<sup>2</sup>, o que corresponde a quase 10% do território brasileiro, sem contar as UCs estaduais e municipais.

Como as UCs não são as únicas categorias de espaços territoriais especialmente protegidos, é necessário compreender-se o alcance da expressão em razão de consequências práticas derivadas do conceito, uma vez que, nos termos determinados pela CF/88, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pode ser feita por ato administrativo ou legislativo, mas sua supressão ou modificação dependerá sempre de lei em sentido formal. Ou seja, o Estado poderá criar espaços territoriais especialmente protegidos por lei ou por ato administrativo, mas, havendo a necessidade de extingui-los ou de alterar-lhes os limites, será necessária a edição de lei específica, editada pelo Poder Legislativo.

No que diz respeito às unidades de conservação, a própria Lei nº 9.985/00 já prevê, no § 7º do art. 22, que “a desafetação ou redução dos limites de

---

<sup>7</sup> LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura**: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica". O problema, entretanto, encontra-se nos demais espaços ambientais, para os quais também é necessária a edição de lei para sua extinção ou modificação.

A efetividade deste dispositivo, contudo, é bastante questionada, na medida em que a própria legislação infraconstitucional permite, em determinados casos, a alteração de espaços ambientais mediante simples autorização do órgão ambiental. É o que ocorre com as áreas de preservação permanente, que podem ter suprimida a vegetação quando autorizada pelo órgão ambiental competente, nos termos do art. 8º da Lei nº 12.651/12. Ora, se a própria legislação ignora os comandos constitucionais, não havendo, por outro lado, dispositivo legal enumerando claramente os ETEP, é claro que abusos de todos os tipos vêm sendo praticados, muitas vezes com a anuência do Estado.

## 6. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Outro mérito do legislador constituinte de 1988 que merece destaque é a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Tal instrumento já estava presente no direito brasileiro desde a edição, em 1981, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que menciona a avaliação de impactos ambientais como instrumento de gestão, sendo, posteriormente, regulamentado pela Resolução CONAMA nº 01/86, que definiu os critérios básicos e diretrizes gerais do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório (EIA/RIMA). Em 1988, o EIA ganhou *status* constitucional, afastando dúvidas acerca de sua incidência sobre normas posteriores e de sua obrigatoriedade sempre que presente o risco de que determinada atividade ou empreendimento venha a causar significativa degradação. Trata-se de um grande avanço para a proteção do meio ambiente.

A possibilidade de aplicação da exigência constitucional mesmo em caso de perigo leva alguns autores a considerarem que o princípio da precaução integraria o texto constitucional, o que foi confirmado pelos tribunais, como no contencioso sobre a soja geneticamente modificada, que envolveu diferentes processos judiciais entre 1998 e 2003. Ainda hoje, a jurisprudência é vacilante neste tema. O princípio da precaução é aplicável quando não há certeza sobre o nexo de causalidade entre o ato e o dano, ou mesmo sobre a existência de dano, o que induz as autoridades a instaurar uma gestão integrada de riscos antes de liberar ou manter qualquer atividade.

Na prática, entretanto, sua implementação encontra obstáculos em virtude da multiplicação de empresas que, ao invés de realizarem estudos de impacto para cada atividade, avaliando os riscos envolvidos, apenas copiam

estudos já realizados. Como o Poder Público não tem condições de analisar a fundo estes estudos, em muitos casos a obrigação constitucional torna-se inefetiva, transformando-se em mera formalidade sem importantes efeitos concretos.

## 7. EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A Constituição traz a obrigação de o Poder Público promover, em todos os níveis de ensino, educação ambiental, além da conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental.

Essa norma, que define educação ambiental como um “componente essencial e permanente da educação nacional”, que deve estar presente “em todos os níveis e modalidades do processo educativo” (art. 2º), quando trata da educação formal, menciona não apenas a educação infantil e ensinos fundamental e médio, mas também a educação superior, especial e profissional. Todavia, não se vê, nos currículos dos cursos superiores, qualquer preocupação com o desenvolvimento de uma prática de educação ambiental integrada e contínua, o que demonstra, mais uma vez, a baixa efetividade das normas ambientais constitucionais e infraconstitucionais.

Mesmo nos ensinos fundamental e médio, embora exista a preocupação com a inserção da educação ambiental nos programas das diferentes disciplinas, a falta de capacitação dos professores impede que os objetivos de conscientização e informação das crianças e jovens sejam alcançados plenamente.

Por outro lado, tanto a CF/88 quanto a Lei nº 9.795/99 tratam também da educação informal, consubstanciada nas “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente” (art. 13 da Lei 9.795/99), o que significa o atendimento ao princípio da informação. O Estado tem, assim, a obrigação de conscientizar a população sobre a importância de proteger o meio ambiente, bem como de informá-la, periodicamente, sobre a qualidade dos bens ambientais, para que cada um possa cumprir o dever constitucionalmente imposto à coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações.

Tais informações, todavia, em geral não são fornecidas conforme legalmente determinado, inclusive pela Lei nº 6.938/81, que impõe ao IBAMA a elaboração anual de Relatório sobre Qualidade do Meio Ambiente, obrigação esta que não vem sendo cumprida satisfatoriamente.

Por essa razão, fica prejudicada a efetiva participação dos cidadãos na defesa e gestão do patrimônio ambiental, pois o que se tem notado é a au-

sência de informações periódica e sistematicamente difundidas, limitando-se o Poder Público, muitas vezes, a informar apenas quando ocorrem catástrofes ou graves casos de degradação ambiental.

Ao se proceder a uma análise da evolução da jurisprudência do STF sobre meio ambiente, destacam-se diversos julgados em que foi identificada colisão entre o direito ao meio ambiente equilibrado e outras categorias de direitos fundamentais. Observe-se, nesses casos, a oscilação da Corte quanto ao peso atribuído ao direito ao meio ambiente sadio, diante de valores jurídicos em confronto. Em alguns casos, este prevaleceu, enquanto em outros, o direito ao meio ambiente foi suplantado por diferentes espécies de direitos fundamentais, como o direito à propriedade, o direito à moradia etc.<sup>8</sup>

Como exemplo de casos em que prevaleceu o direito ao meio ambiente equilibrado, pode-se mencionar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ e 2514/SC. Na primeira, foi concedida medida liminar suspendendo a eficácia da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 2.895/98, que autorizava a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Na segunda, foi declarada inconstitucional a Lei catarinense nº 11.366/00, que igualmente autorizava a criação e a exposição de aves de raça e a realização da conhecida “briga de galo”. As decisões visaram a preservar e defender o patrimônio genético da espécie *Gallus-Gallus*, prevalecendo o direito ao meio ambiente em detrimento de direitos culturais das comunidades locais.

Há, todavia, decisões em que outros direitos fundamentais prevaleceram, como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540, em que o STF, interpretando o disposto no inciso III do § 1º do art. 225 da CF/88, entendeu não ser inconstitucional o art. 4º da Lei nº 4771/65 (Código Florestal revogado), alterado pela Medida Provisória nº 2166/01, que permitia a supressão de vegetação situada em área de preservação permanente (APP) por meio de simples autorização do órgão ambiental. O problema é que a Constituição exige lei formal para alteração ou extinção de espaços territoriais especialmente protegidos, dentre os quais encontram-se as APPs.

Também no caso de exigência ou não de realização de estudo de impacto ambiental para a implantação de empreendimento potencialmente causador de significativa degradação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem oscilado. No Recurso Extraordinário nº 396.541, o entendimento foi no sentido de ser o EIA sempre obrigatório quando configurada a hipótese prevista na CF/88, já na Reclamação 3.074, o STF entendeu que a matéria,

---

<sup>8</sup> SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: avanços e desafios. *In: Revista de Direito Ambiental* nº 48, Sao Paulo: RT, outubro-dezembro de 2007.

relativa à transposição do rio São Francisco, transcenderia os interesses locais do Estado de Minas Gerais, configurando-se em política governamental.

## 8. RETROCESSOS RECENTES

A partir de 2003, alguns retrocessos nas políticas de proteção do meio ambiente começam a ser perceptíveis. Com a subida ao poder pelo presidente Lula, em 2000, a oposição torna-se governo e muitos integrantes de diferentes movimentos sociais, inclusive os ambientalistas, passam a ocupar cargos no governo, o que gera a desarticulação do movimento ambientalista.

Diversos exemplos de retrocesso ambiental ocorreram desde então, sendo os mais relevantes e que serão analisados a seguir: a liberação das sucessivas safras de soja RR, plantadas ilegalmente; a alteração da Lei que estabeleceu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação; e a revogação do Código Florestal de 1965.

## 9. A SOJA ROUND UP READY

Em 2003, houve a liberação comercial de soja geneticamente modificada, sem a realização de Estudo de Impacto Ambiental. Sementes de soja Round Up Ready, da Monsanto, contrabandeadas da Argentina e do Paraguai, foram plantadas principalmente no Rio Grande do Sul.

Diante do fato consumado, o governo cedeu à pressão feita por agricultores e políticos gaúchos, e, em 26 de março de 2003, editou a Medida Provisória nº 113, que estabeleceu normas para a comercialização da safra de soja transgênica de 2003, determinando não estar referida safra sujeita às normas insertas na Lei nº 8.974/95, que tratava de Biossegurança. A MP 113/03 foi convertida na Lei nº 10.688, de 13 de junho de 2003. Em 25 de setembro de 2003, nova Medida Provisória foi editada, a de nº 131, estabelecendo normas para o plantio e para a comercialização da safra de 2004. Esta Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, que estendeu o prazo para a comercialização da safra, de 31/12/2004, para 31/01/2005.

No ano seguinte, diante da absoluta inércia do Governo brasileiro em aplicar a legislação de Biossegurança à época em vigor, continuaram os agricultores a plantar ilegalmente a soja RR e, mais uma vez, ao invés de aplicar sanções aos infratores, o governo baixou, em 14 de outubro de 2004, a Medida Provisória nº 223, dessa vez estabelecendo normas para o plantio e a comercialização da safra de soja transgênica de 2005, sem estudo de impacto ambiental no Brasil.

Nesse momento, a pressão que vinha desde 2003 sendo exercida por poderosos grupos de influência no Parlamento Brasileiro culminou com a

edição da Lei nº 11.105, em 24 de março de 2005, que revogou a Lei nº 8.974/95 e conferiu à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) a competência para regular todas as questões afetas à biossegurança. A este órgão, que não tem em sua composição maioria de membros ligados à área ambiental, passou a competir, nos termos do art. 14, XX, identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGMs e de seus derivados, potencialmente causadores de degradação ambiental, sendo sua decisão vinculativa para os demais órgãos da Administração Pública, inclusive os órgãos ambientais.

Desse modo, a realização de Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório (EIA/RIMA) para a liberação de organismos geneticamente modificados passou a depender de decisão da CTNBio, e não mais dos órgãos licenciadores, que possuem em seus quadros técnicos habilitados para tratar de proteção do meio ambiente.

## 10. A ALTERAÇÃO DA LEI QUE CRIOU O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Em 2000, foi editada a Lei nº 9.985, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de conservação da Natureza (Lei do SNUC). Essa lei sistematizou o tratamento normativo das unidades de conservação (UC), antes reguladas por leis e atos normativos esparsos, e estabeleceu 12 diferentes categorias de manejo, divididas em 2 grupos: unidades de proteção integral, que não admitem uso direto de recursos naturais, e unidades de uso sustentável, que permitem o uso direto dos recursos, desde que observadas as normas que as regulam. Além das categorias de manejo de UCs, esta Lei também exigiu que fossem estabelecidas zonas de amortecimento ao redor de todas as unidades de conservação, com exceção das áreas de proteção ambiental e das reservas particulares do patrimônio natural.

O objetivo das zonas de amortecimento é conter os efeitos de borda causados por atividades antrópicas impactantes, devendo, assim, serem estabelecidas restrições a atividades que possam causar danos no interior de UCs.

Em 2007, foi editada a Lei nº 11.460, que inseriu o § 4º ao art. 27 da Lei do SNUC, com a seguinte redação:

§ 4º O Plano de Manejo poderá dispor sobre as atividades de liberação planejada e cultivo de organismos geneticamente modificados nas Áreas de Proteção Ambiental e nas zonas de amortecimento das demais categorias de unidade de conservação, observadas as informações contidas na decisão técnica da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio sobre:

- I - o registro de ocorrência de ancestrais diretos e parentes silvestres;
- II - as características de reprodução, dispersão e sobrevivência do organismo geneticamente modificado;
- III - o isolamento reprodutivo do organismo geneticamente modificado em relação aos seus ancestrais diretos e parentes silvestres; e
- IV - situações de risco do organismo geneticamente modificado à biodiversidade.

A simples possibilidade de se cultivar OGMs no interior de unidades de conservação, como é o caso das áreas de proteção ambiental, e nas zonas circundantes das demais categorias de manejo, inclusive de unidades de proteção integral, já significa um risco à finalidade precípua desses espaços ambientais, que é a preservação da biodiversidade. O pior, no entanto, diz respeito às UCs que não possuem plano de manejo, pois para tais casos esta mesma Lei nº 11.460/07 introduziu mais um dispositivo na Lei do SNUC, o art. 57-A, segundo o qual o "Poder Executivo estabelecerá os limites para o plantio de organismos geneticamente modificados nas áreas que circundam as unidades de conservação até que seja fixada sua zona de amortecimento e aprovado o seu respectivo Plano de Manejo". Em outras palavras, se ainda não há plano de manejo, o Poder Público, por meio de Decreto, pode dispor sobre a liberação dos OGMs, em flagrante prejuízo ao ambiente natural, face à ausência de estudos mais aprofundados sobre as características existentes no interior das unidades.

## 11. NOVO CÓDIGO FLORESTAL

A perda ambiental mais séria, no entanto, ocorreu com a revogação do Código Florestal de 1965 pela Lei nº 12.651, de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa no Brasil.

Muito embora, a primeira vista, os espaços ambientais — áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal — tenham sido mantidos, a ampla anistia que foi concedida a todos os que ilegalmente desmataram antes de 22/07/2008, significa um enorme retrocesso em termos de proteção ambiental. Não apenas os degradadores deixarão de receber a devida sanção pelo desmatamento, mas não terão a obrigação de reconstituir a área desmatada em sua integralidade. Ao contrário, foi feito um escalonamento e, conforme o tamanho da propriedade, a obrigação de reconstituição será menor.

Isso significa que os agricultores que desmataram ilegalmente foram premiados e terão uma área maior para suas culturas do que aqueles que cumpriram a lei. Em alguns casos, inclusive, a benesse independe do tamanho da propriedade, a beneficiar até mesmo os grandes latifundiários. E co-

mo é quase impossível se determinar quando aconteceu o desmatamento ilegal, é claro que em diversas propriedades vastas áreas estão sendo desmatadas às pressas para que, depois, seja alegado que o foram antes de 22/07/2008. No Mato Grosso, apenas a notícia da aprovação da Lei na Câmara dos Deputados gerou um aumento de desmatamento significativo. Entre agosto de 2011 e março de 2012, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) detectou 637 km<sup>2</sup> de desmatamento na região, o que significou aumento de 96% em relação ao mesmo período do ano anterior. Em entrevista concedida à época pela Ministra Izabella Teixeira ao jornal O Estado de São Paulo sobre as causas desse pico de desmatamento, "ainda não temos as explicações, mas sabemos que tem gente lá dizendo que pode desmatar porque o sujeito vai ser anistiado"<sup>9</sup>.

Em Roraima a situação foi ainda pior, pois o Estado registrou 363% de aumento na derrubada de árvores entre agosto de 2011 e março de 2012 em relação ao mesmo período dos anos anteriores<sup>10</sup>.

A perda do Código Florestal de 1965 tem sido compreendida pelos ambientalistas como o maior retrocesso que sofremos nos últimos anos, o que coloca em risco toda a estratégia de preservação antes delineada pelo Estado brasileiro.

## 12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um longo caminho ainda a ser percorrido. A Constituição Federal trouxe benefícios importantes para a proteção ambiental. A proteção constitucional garantiu um *status* privilegiado ao meio ambiente, possibilitou um maior comprometimento do Estado e da Sociedade com a preservação ambiental e a promoção do desenvolvimento sustentável

No entanto, os principais eixos do tratamento da matéria constitucional, que ainda estavam em construção, passaram a sofrer com a atual tendência de flexibilização no tratamento das questões ambientais. Isso porque a proteção do meio ambiente, quando em confronto com outros valores também constitucionais, ou mesmo infraconstitucionais, especialmente aqueles com conotação econômica, acaba, por variadas razões, gozando de baixa efetividade.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,desmatamento-em-mato-grosso-dobra-e-governo-federal-cobra-explicacoes,-857995,0.htm>>. Acesso em 10/05/2013.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,desmatamento-em-mato-grosso-dobra-e-governo-federal-cobra-explicacoes,-857995,0.htm>>. Acesso em 10/05/2013.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Função Ambiental. *In: Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação. *In: Revista de Direito Ambiental* n° 21, São Paulo: RT, jan/mar de 2001.
- \_\_\_\_\_. Desapropriação, Reserva Florestal Legal e Áreas de Preservação Permanente. *In Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- \_\_\_\_\_; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Série Universitária. São Paulo: Elsevier, 2013.
- SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: avanços e desafios. *In: Revista de Direito Ambiental* n° 48, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2007.



# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRIVACIDADE, INTIMIDADE, SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL, E O CONSENSO INTERNACIONAL

---

*Marcos Aurélio Pereira Valadão\**  
*Henrique Porto de Arruda\*\**

## **Resumo**

O moderno Estado fiscal busca arrecadar os tributos, de modo eficiente, de forma a financiar as necessidades públicas. Para que atinja este objetivo, especialmente para fazer valer o princípio da capacidade contributiva, é necessário que o fisco tenha acesso às informações dos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, particularmente as informações bancárias. A Lei Complementar 105/2001, que disciplina o acesso do fisco às informações bancárias, e as questões relacionadas à intimidade e vida privada, bem como sua constitucionalidade são aqui tratadas de forma a esclarecer seus pontos mais relevantes. Entende-se que não existe base constitucional para o sigilo bancário frente ao fisco, ocorrendo, na verdade, uma transferência para sigilo fiscal. A troca de informações é atualmente fundamental para a fiscalização das transações internacionais. O padrão internacional de troca de informações tributárias, estabelecido pelo Fórum Global, do qual o Brasil faz parte, é que o sigilo bancário não é oponível ao fisco. Analisa-se, também, as consequências de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da LC 105/2001 pelo STF.

## **Palavras-chave**

Sigilo Bancário e Fiscal. Intimidade e vida privada. LC 105/01. Inconstitucionalidade. Fórum Global. Troca de informações tributárias.

## **Abstract**

The modern Tax State seeks to efficiently raise taxes in order to finance public needs. To achieve this goal, especially to enforce the principle of ability to pay, it is necessary that the tax authorities have access to information from taxpayers, individuals or corporations, especially banking information. Complementary Law 105/2001, which regulates access to bank information by tax authorities, and issues related to intimacy and privacy, as well as its constitutionality are considered in this work to clarify the most important points of the issue. It is understood that there is no constitutional basis for bank secrecy against the tax administration, occurring actually

---

\* Doutor em Direito (SMU - EUA), Mestre em Direito Público (UnB); Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Presidente da 1ª Seção do CARF. E-mail: valadao@ucb.br

\*\* Advogado. Mestrando em Direito Internacional Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: henriqueporto2@hotmail.com

a transfer of the secrecy to tax administration (tax confidentiality). Exchange of information is now essential for auditing international transactions. The international standard for exchange of information for tax purposes established by the Global Forum, to which Brazil is member, is that bank secrecy is not a barrier to the tax authorities. This paper also verifies the consequences of a declaration of unconstitutionality of the LC 105/2001 by the Brazilian Supreme Court.

### **Keywords**

Bank secrecy and tax confidentiality. Intimacy and privacy. LC 105/01. Unconstitutionality. Global Forum. Exchange information for tax purposes.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado fiscal contemporâneo arrecada da população parcela de suas rendas como forma de custear as prestações colocadas à disposição de toda sociedade. A mencionada arrecadação se dá por meio de tributos, ou seja, a tributação é um mecanismo estatal que busca retirar parcela da renda das pessoas físicas e jurídicas entregando-as ao Estado.

Ocorre que, na medida em que alguns não contribuem da maneira como deveriam - pois se utilizam de artifícios ilícitos – aqueles que contribuem devidamente acabam sofrendo um ônus maior. Essa lógica, onde os que não contribuem se utilizam dos mesmos serviços custeados por aqueles que contribuem corretamente, gera desequilíbrio e ofende o princípio da isonomia, além de desfigurar o regime democrático. Sendo assim, como forma de garantir uma correta contribuição por parte de cada cidadão, de acordo com sua capacidade contributiva, é que o Estado deve utilizar mecanismos Constitucionais e legais a fim de buscar uma arrecadação eficiente e justa dos tributos.

Dentre esses mecanismos, cita-se o da Lei Complementar 105/2001, pelo qual se permite à Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes, independente de prévia autorização judicial, como forma de fiscalizar e garantir maior efetividade arrecadatória. O citado mecanismo visa implementar os princípios constitucionais tributários da isonomia e capacidade contributiva, e tem como embasamento o art. 145, §1º, da Constituição.

Em oposição a esta prerrogativa da Administração alguns contribuintes alegam que seus direitos à intimidade, à vida privada e à inviolabilidade da comunicação de dados estão sendo violados. Alegam a existência de uma antinomia entre normas constitucionais e que os direitos individuais devem prevalecer frente ao interesse público.

O objetivo deste estudo é demonstrar que os contribuintes estão se valendo de argumentos que podem não justificar sua base constitucional. Isso porque o sigilo dos dados bancários seria mantido pelo sigilo fiscal, não havendo qualquer antinomia constitucional.

O estudo não desconsidera os direitos fundamentais e garantias do cidadão contribuinte que estão expressos em diversas partes da Constituição, mas não tem como foco esses direitos de maneira geral.<sup>1</sup> O propósito principal é debater se os incisos X e XII do art. 5º da Constituição brasileira representam locus constitucional que alberga o sigilo bancário, e mesmo que o albergue, se ele pode ser relativizado em face do que dispõe o § 1º do art. 145, considerando também que o sigilo em si não é quebrado, mas transferido para a Administração Tributária.

Além disto, verifica-se como esta questão está inserida no ambiente internacional, considerando-se os atuais padrões de troca de informações tributárias entre as administrações tributárias dos diversos países.

## 2. DO DIREITO A INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Ao elaborar um trabalho voltado à análise do sigilo bancário e fiscal, é relevante debruçar-se sobre a Constituição Federal, para que então se alcance conclusões que a ela se adéquem. A Constituição de 1988 traz em seu artigo 5º uma gama enorme de direitos e garantias individuais com o intuito de preservar o cidadão dos arbítrios que eventualmente possam surgir por parte do Estado.

Com relação ao tema, vale destacar os incisos X e XII do art. 5º, que cuidam respectivamente do direito à intimidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e o sigilo das comunicações e da correspondência. Os mencionados dispositivos tem a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sal-

---

<sup>1</sup> A esse respeito ver VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Direitos Humanos e Tributação: Uma Concepção Integradora. Direito em Ação*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 221-241, 2000, e também, TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

vo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Tendo a Constituição preservado ambos direitos, cabe à doutrina e jurisprudência buscar definições acerca do conceito de intimidade. José Afonso da Silva, forte em René Ariel Dotti, corrobora o entendimento de que intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.<sup>2</sup> Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho distingue, de maneira clara, entre direito à intimidade e direito à vida privada, no sentido de que o primeiro é o direito de estar sozinho, ou seja, é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, desejos e tendências, às vezes, inconfessáveis. Já direito à vida privada seria o direito resguardado de fatos ou das relações pessoais, sendo, assim, compartilhado a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuge, familiares, alguns poucos amigos ou profissionais da inteira confiança do indivíduo que faz a discricão.<sup>3</sup>

Neste sentido, haveria a possibilidade de uma pessoa jurídica ter sua intimidade ou mesmo sua privacidade violada? Seria ela portadora de tais sentimentos e relações exclusivas dos seres humanos? Parece que não.<sup>4</sup> Por outro lado, mesmo para as pessoas naturais, os dados financeiros “puros”, i.e., valor do patrimônio, montante da sua despesa e montante da sua receita, em determinado período de tempo, a rigor, não representam traços da sua vida privada ou intimidade – que se direcionam a outros tipos de valores de natureza intimista ou referentes aos que rodeiam determinada pessoa.

Apesar de o sigilo bancário não estar expressamente previsto na Constituição, os tribunais superiores utilizam os direitos supracitados como forma de proteger o contribuinte, sonegador ou não, de ter suas contas bancárias e movimentações bancárias analisadas diretamente pelo fisco.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, está na verdade protegendo a comunicação de dados e, não os dados em si. O inciso XII se refere, de uma maneira ou de outra, à transferência de informações, à comunicação. Como estamos na era da informática, além da correspondência escrita e das comunicações telegráficas, temos também comunicação (transferência) de dados e as comunicações

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da; **Comentário Contextual à Constituição**. 3ªed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 69.

<sup>3</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

<sup>4</sup> Neste sentido é a também a opinião de Marco Aurélio Greco. Ver GRECO, Marco Aurélio. Sigilo do fisco e perante o fisco. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas. (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 80-82.

telefônicas. Porém, da forma como foi redigido pelo constituinte originário, o dispositivo resulta uma discussão a respeito do que realmente se buscou proteger – que seria, na verdade, a transmissão, pois esta é que não pode ser interceptada. Contudo, a comunicação telefônica sofre uma ressalva, porque este tipo de comunicação, posto que não tem registro escrito prévio, se perde para sempre, caso não seja interceptada; e esta interceptação, durante sua transmissão, só pode ser feita com ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Para esclarecer a diferença entre inviolabilidade da comunicação de dados e a inviolabilidade de dados basta pensar em um contribuinte que envia determinada solicitação a um banco onde administra seu capital. Em circunstância como esta não seria possível ao fisco saber ou gravar a ordem dada pelo cliente no momento em que esta ocorre ou está ocorrendo. Porém, depois de devidamente transmitida e recebida, seria possível ter acesso ao conteúdo daquela comunicação, já regularmente recebida pelo destinatário (banco). Não há que se confundir, portanto, o sigilo dos dados em si (dados estáticos) com o sigilo da comunicação destes dados (operação de transferência dos dados).

Vale repetir a lição esclarecedora de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre os sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. [...] Por outro lado, se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado (banco de dados), também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nesta transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso sem o consentimento da outra, estará violando o sigilo de dados. [...]

[...] Assim, por exemplo, solicitar ao juiz que permita à autoridade o acesso a movimentação bancária de alguém não significa pedir para interceptar suas ordens ao banco (sigilo da comunicação), mas acesso a dados armazenados (sigilo da mensagem informada).<sup>5</sup>(itálicos no original)

---

<sup>5</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo bancário: Privacidade e Liberdade. In: SA-RAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 116-117.

Nesse passo, a lei que autoriza o fisco ter acesso a dados já armazenados nas instituições financeiras não desrespeitaria a garantia Constitucional da inviolabilidade da comunicação de dados, visto que não se trata de interceptação de comunicação, mas dos dados e registros em si, estaticamente considerados.

Veja-se que, ao analisar casos em que se questionava a extensão dos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito, o STF em diversos julgados enfatizou que a reserva de jurisdição, *stricto sensu*, se dirige exclusivamente a três garantias: busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII, parte final) e decretação de prisão (art.5º, LXI).<sup>6</sup> Ora, essa interpretação é justamente no sentido de que somente para a interceptação e vigia de transmissão é que se necessita de autorização judicial (reserva de jurisdição). O que não se aplica ao acesso aos dados e registros em si, sob o aspecto estático – claro, sob reserva de expressa previsão legal, obedecido o devido processo legal e preservado o sigilo pela autoridade que a ele teve acesso.<sup>7</sup>

Outro aspecto é que não se concebem direitos absolutos, e no caso do sigilo de correspondência e de comunicações, tais garantias podem sofrer restrições nos casos previstos na própria Constituição, em seus arts. 136, § 1º, alíneas “b” e “c” (estado de defesa) e 139, inciso III (estão de sítio). Evidentemente que essas são situações extremas, e se referem justamente à transmissão dos dados (correspondência e comunicações, em sentido dinâmico), que não é o que se cogita em termos de sigilo bancário (que se refere aos dados em sentido estático, e que não tem proteção constitucional do mesmo *status* conferido à sua transmissão).

---

<sup>6</sup> Ver e.g., MS 23.652/DF, julg. 22/11/2000, Relator Min. Celso de Mello, especialmente à p. 132 (voto do Relator).

<sup>7</sup> Arnoldo Wald em artigo publicado a mais de vinte anos atrás contesta esta posição, embora não tenha analisado todos os aspectos da questão aqui ventilada (mesmo porque ainda não havia a LC 105/2001). Contudo, entende-se que muitas de suas premissas estão superadas ou passíveis de relativização, como por exemplo, a defesa do sigilo bancário como necessário à existência de centros financeiros como Líbano, Uruguai e Suíça, advogando que o Brasil adote o mesmo critério – aspectos totalmente inaceitáveis atualmente, como resultado do consenso internacional. Ver WALD, Arnoldo. O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e a Lei Complementar nº 70. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 29, n. 116, p. 233-252, out-dez/1992. Três anos depois Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho propõe outra abordagem, a da transferência de sigilo, o que manteria a proteção prevista na Constituição intacta. Ver SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e administração tributária. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 32, n. 125, p. 13-25, jan-mar/1995. Relevante a observação de que a disputa em torno do sigilo bancário face à Administração tributária não era matéria de grandes controvérsias antes da Constituição de 1988 (anteriormente aplicava-se normalmente o art. 38 da Lei 4.595/1964). A Constituição de 1988 fez surgir os debates e normas regulamentando o tema. Sobre este aspecto específico ver SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Acesso Direto aos Dados Bancários por Parte do Fisco: a Transferência do Sigilo Bancário para o Sigilo Fiscal. In: PIZOLIO, Reinaldo; GALVALDÃO JR., Jayr Viegas. (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**, p. 130-197. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 179-186.

### 3. SIGILO BANCÁRIO E SIGILO FISCAL

Ricardo Lobo Torres faz uma importante distinção cuja dúvida ainda paira na cabeça de inúmeros estudiosos do tema tributário e de profissionais da área:

O sigilo bancário protege o cidadão contra a divulgação de dados seus que se encontram em poder de instituições financeiras públicas ou privadas. O sigilo fiscal é o que ampara o contribuinte contra divulgação de informações sobre a sua situação financeira ou econômica por parte de qualquer funcionário do Fisco.<sup>8</sup>

Ricardo Lobo Torres chama a atenção para o fato de que a necessidade de ter acesso a dados amparados pelo sigilo ocorre como forma de coibir a evasão fiscal, corrupção, sonegação etc. Lembra ainda que o princípio da transparência fiscal – não previsto expressamente na Constituição – é dever que incube ao Estado e à sociedade.

Cumpra citar aqui a lição de Maurin Almeida Falcão:

A vida em sociedade supõe a adesão de um contrato previamente estabelecido. Daí por que o indivíduo não poderia recorrer ao sigilo com o intuito de se furtar ao cumprimento de seu dever cívico de pagar tributos segundo a sua capacidade contributiva. A repartição equânime do fardo tributário é um dever do Estado. Para isso, deve utilizar os meios disponibilizados pelo Estado de Direito....

O manuseio dos sigilos bancário e fiscal que em princípio deveria ser visto como um procedimento comum tornou-se uma “vaca sagrada” e refúgio para um número significativo de contribuintes.<sup>9</sup>

Tanto o sigilo bancário quanto o sigilo fiscal carecem de previsão constitucional expressa, ambos decorrem de lei complementar. O sigilo bancário atualmente se reporta à LC 105/2001 (ver item seguinte) e o sigilo fiscal está disciplinado no art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN) (alterado pela LC 104/2001), que dispõe:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus

---

<sup>8</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 147.

<sup>9</sup> FALCÃO, Maurin Almeida. O comportamento do contribuinte em face dos Fundamentos Políticos do Tributo e sua postura diante dos Sigilos Bancário e Fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 509.

servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Exceção-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

De lembrar também que o § 5º do art. 5º, e o parágrafo único do art. 6º da LC 105/2001 (ver transcrição abaixo, no item 4) também impõe o sigilo às informações transferidas ao fisco.

Outra questão é o próprio grau de segurança do sigilo. Enquanto o sigilo fiscal é resguardado segundo ditames do Direito Público, com restrição de acesso e com severas consequências penais e civis para os infratores no caso de quebra; no âmbito privado, o acesso aos dados é feito de maneira mais liberal, com um maior número de pessoas tendo acesso aos referidos dados, para efeito de pesquisa (análise de crédito, etc), e para as demais operações (mesmo entre os bancos), o que, evidentemente, enfraquece o nível de segurança do sigilo.

Esclarecida a diferença entre sigilo bancário e fiscal, vale ressaltar a ideia de que as informações bancárias sigilosas ficarão sempre resguardadas, havendo apenas sua transferência por parte das instituições financeiras aos agentes da Administração Tributária.

#### 4. LEI COMPLEMENTAR 105/2001

A Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras, prevê a possibilidade de a Administração Tributá-

ria ter acesso aos dados bancários dos contribuintes. Tal assunto anteriormente era tratado no art. 38 da Lei 4.595/64, que disciplina o sistema financeiro nacional, o qual foi revogado pela LC 105/2001.

Vale frisar que a LC 105/2001 se destina a preservar os direitos constitucionais (da intimidade, vida privada), mantendo o sigilo das operações bancárias ativas e passivas e os serviços prestados. Nessa perspectiva, a citada lei regula a forma que o Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, tem acesso aos dados bancários ao fiscalizar as transações feitas tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas. Isso configura uma forma a evitar abusos, por parte dos agentes públicos.

Esta LC, além de tratar da questão em relação à Administração Tributária, dispõe também da questão do sigilo bancário em relação às operações entre bancos, em relação ao Banco Central, à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e ao Ministério Público – que deve ser comunicado em caso de se verificar a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes.

Em relação à Administração Tributária, a referida LC visa garantir que o Estado tenha a devida arrecadação, com ferramentas adequadas para desvendar esquemas de sonegação, objetivando que o Estado cumpra seu papel garantidor de direitos e ofereça à população serviços públicos de qualidade. Isto porque a função do Estado fica prejudicada na medida em que alguns contribuintes burlam a Administração Tributária e contribuam menos do que efetivamente deveriam. Os contribuintes que assim se comportam são denominados *free riders* na linguagem econômica, pois se aproveitam dos bens públicos mantidos pelo Estado, sem, no entanto, contribuírem para eles.

O arts. 5º e 6º da LC 105/2001, disciplinam o repasse das informações bancárias ao fisco,<sup>10</sup> e dispõem:

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

---

<sup>10</sup> O Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, regulamenta o art. 5º, e o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, regulamenta o art. 6º.

- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições fi-

nanceiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Veja-se que o parágrafo único do art. 6º, acima transcrito, se refere ao sigilo mantido pelo fisco, o chamado sigilo fiscal, disciplinado no art. 198 do CTN (alterado pela LC 104/01).

A LC 105/2001 no artigo 5º, §2º, prevê que as informações transferidas restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. Para Oswaldo Othon de Pontes Saraiva “a transferência de tais dados genéricos e cadastrais não chega ao ponto de trazer perigo de se desvendar algo da vida privada ou da intimidade de quem quer que seja, mormente se esses dados se referirem a pessoas jurídicas”<sup>11</sup>.

Assim sendo, não há que se falar em violação ao sigilo bancário (“quebra de sigilo”) em relação às informações transferidas do banco ao fisco. Na verdade, o que há é transferência de sigilo. Veja-se que a lei disciplina a transferência de dados bancários mesmo entre instituições financeiras, e não fala, portanto, de quebra de sigilo, mas de transferência de sigilo. O que é corroborado pelo que dispõe o § 3º do art. 1º, quando diz “não constitui violação do sigilo...” referindo-se às situações em que a Lei permite a transferência de informações, mas sempre mantendo o sigilo em relação aos destinatários das informações. Ocorre “quebra de sigilo” apenas na hipótese prevista no § 4º do art. 1º da Lei em comento, quando a informação é necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, para apuração de crimes (o processo penal, em princípio, é público), embora o art. 10 da LC 105/2001 estabeleça que a “quebra do sigilo” foras das hipóteses prevista na Lei se constitua crime e o § 2º do art. 3º também indique a “quebra” em determinadas circunstâncias (com prévia autorização judicial). Ou seja, “quebra do sigilo” é diferente de “transferência de sigilo”, nos termos da LC 105/2001.

---

<sup>11</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público, op. cit., p. 32.

É relevante lembrar que a própria Constituição Federal faculta à Administração Tributária, no artigo 145, §1º, respeitado os direitos individuais, identificar, nos termos da lei, o patrimônio, o rendimento e as atividades econômicas dos contribuintes, especialmente, para dar efetividade a estes objetivos, ou seja, a Carta Magna dá amplo suporte à constitucionalidade da LC 105/2000.

Inúmeros princípios constitucionais corroboram a possibilidade de o fisco ter acesso ao sigilo bancário dos contribuintes, entre eles cita-se a igualdade tributária, a livre concorrência, a eficiência, a moralidade e a impessoalidade, sem falar dos objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

No âmbito infraconstitucional, o próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 197, prescreve que os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras são obrigadas a prestar informações à autoridade tributária. O dispositivo apenas excepciona da regra aqueles profissionais que devem guardar sigilo, entre os quais não se inclui o banqueiro.

A LC 105/2001 prevê, também, o repasse de informações bancárias nos casos de processo administrativo (neste caso com prévia autorização judicial) e para as comissões parlamentares de inquérito (arts. 3º, § 1º e 4º, § 1º). É evidente que *a mens legis* é de que o sigilo bancário não pode servir como biombo para ilícitos de qualquer natureza. O Estado republicano não pode prover, a partir de uma atividade privada, de natureza comercial, que está presente em todas as operações comerciais normais (que é a atividade bancária), um escudo para a prática de atos ilícitos.

## 5. LC 105/2001 *VERSUS* DIREITO DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Considerando o que já foi exposto, e a questão do direito de intimidade e à vida privada e a inviolabilidade de tais direitos, há que se analisar a possibilidade de conciliar tais direitos com a Lei Complementar 105/2001.

Haveria uma inconstitucionalidade de referida lei por ferir tais direitos fundamentais? Tais direitos – que não são absolutos, pois não há direitos absolutos – podem ser opostos à Administração Tributária como forma de vedar a fiscalização?

Primeiramente, cumpre destacar que o fisco não busca acesso aos dados sigilosos por mero capricho, por perseguições pessoais, ou qualquer outro motivo deste jaez, pois deve agir sempre com respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade. A própria LC105/01 protege o contribuinte de arbítrios por parte do administrador. Eventuais desvios do Estado e seus servidores, ferindo os princípios informadores da Administração Pública,

devem ser objetos de processos específicos, tanto administrativo quanto judicial, com a devida punição aos infratores e ressarcimento aos prejudicados.

O fisco só deve requerer informações bancárias na forma do art. 6º quando há suspeitas ou indícios de que o contribuinte esteja utilizando de tais meios como forma de sonegar tributos. Tais informações chegam ao fisco obedecendo o devido processo legal, conforme procedimento previsto na LC e em regulamento próprio.

A Lei Complementar em estudo, no que diz respeito à transferência de dados bancários ao fisco (arts. 5º e 6º), sob a análise dos autores, não apresenta vício de inconstitucionalidade. Isso porque busca efetivar o que a própria Constituição previu no §1º do artigo 145, ou seja, possibilitar o acesso do fisco aos dados financeiros do contribuinte, para fazer valer os princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária.

Os argumentos que sustentam a tese de que o acesso às informações amparadas pelo sigilo bancário somente seria possível após uma ordem judicial não devem prosperar. Com efeito, requisito inviabilizaria uma fiscalização eficiente, impedindo que se efetivem o § 1º do art. 145 e o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição, implicando a quebra do princípio da igualdade tributária, isto sem falar em outros valores inerentes à ordem econômica que restariam também violados. Por outro lado, tal atitude resultaria em transformar o juiz em auxiliar da autoridade fazendária, considerando que atualmente praticamente todos os contribuintes movimentam valores via sistema bancário, e, por conseguinte, o judiciário, já abarrotado de processos, ficaria mais ainda abarrotado pelos pedidos de acesso a dados bancários (um procedimento normal de auditoria contábil-fiscal nos tempos modernos), prejudicando inclusive a regular tramitação de outros processos.

Não há razoabilidade ou mesmo lógica em se requerer ao judiciário uma ordem específica para que o fisco possa ter acesso aos dados sigilosos se a própria LC 105/2001 prescreve que o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Como já mencionado, a LC 105/2001 prevê que a quebra de sigilo fora das hipóteses autorizadas constitui crime e aquele que utilizar tais informações indevidamente responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública.

A Administração Tributária difere-se do Ministério Público e do Tribunal de Contas,<sup>12</sup> órgãos que não possuem autorização constitucional para

---

<sup>12</sup> Em referência ao Tribunal de Contas da União (TCU), ver, e.g., MS 22.934/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 17/04/2012, denegando acesso do TCU a registros bancários sem ordem

terem acesso aos dados sigilosos dos contribuintes sem previa autorização do Poder Judiciário. Esta seria a posição mais coerente, embora o STF tenha decidido em sentido contrário no MS 21.729-4/DF, portanto antes da vigência da LC 105/2001, pela possibilidade de repasse de informações diretamente ao Ministério Público.<sup>13</sup> Após a LC 105/2001, a verificação de indícios de crime implica o repasse de informações ao Ministério Público de forma automática (art. 9º), embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido que a regra é a de que o Ministério Público deva ser autorizado pelo judiciário (e.g., RE 215.301/CE), ou seja motu proprio, o MP deve solicitar ordem judicial, caso necessite de acesso aos dados bancários do investigado. Por outro lado, há juristas que defendem o acesso do MP aos dados bancários, independentemente de autorização judicial, com base no art. 129 da Constituição, na Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do MPU), e Lei nº 7.492/86 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional), mas a matéria é altamente controversa. Contudo, se restar demonstrado, e assentado, que o sigilo bancário não tem sede constitucional, o MP não precisaria de autorização judicial.

Outra questão relevante a ser tratada se refere ao que Celso Antônio Bandeira de Mello chamou de “pedras de toque”, quais sejam, indisponibilidade do bem público e supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>14</sup>

A Administração Pública tem a prerrogativa sobre o interesse dos particulares e isso dá a ela a capacidade de utilizar alguns recursos não extensí-

---

judicial. Embora não seja objeto do presente estudo, considerando o relevante interesse público que respalda a ação do TCU, parece-nos que deveria haver lei disciplinando este acesso, mas este é outro tema.

<sup>13</sup> **EMENTA:** Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. (grifo nosso). MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44/45.

veis aos particulares. Tendo em vista a defesa do interesse público, deve a Administração Tributária utilizar as informações sigilosas, tendo acesso a elas independente de autorização judicial, como forma de preservar a arrecadação e evitar e combater as ações de sonegação. Em outro estudo, já foi lembrado que:

Em muitos casos as informações de conhecimento das instituições financeiras são os elementos fáticos que provam a existência de obrigações tributárias descumpridas que, às vezes, estão camufladas nos dados apresentados pelo contribuinte à Administração Tributária ou, às vezes, simplesmente não são declaradas. Numa segunda hipótese, pode haver conluio com a própria instituição financeira (por meio de seus agentes), não só por convivência com a atitude de seu cliente, mas também, participando e tirando proveito da ação ilegal.<sup>15</sup>

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade da LC 105/2001 estão agindo em defesa de interesses minoritários e antidemocráticos, afinal, como seria democrático defender que o fisco não tenha acesso às informações bancárias dos contribuintes de forma rápida e eficaz para efeitos fiscalizatório? Essa prática, como se verá adiante, só existe em poucas jurisdições, denominados paraísos fiscais, sendo que a grande maioria dos países não adota o sigilo bancário em face do fisco.

Vedar que a Administração Tributária tenha conhecimento das transações efetivadas por determinadas pessoas não se coaduna com um regime democrático. Tornar possível a sonegação por parte de alguns – ante a ineficácia da fiscalização pela falta de acesso aos dados – é algo que ofende a Constituição e beneficia apenas uma minoria de sonegadores, que utiliza os serviços prestados pelo Estado para o qual se recusam a contribuir.

Como o acesso do fisco às informações bancárias ofenderia a Constituição se algumas destas mesmas informações são prestadas pelas pessoas (físicas e/ou jurídicas) para fins de apurar o imposto de renda devido? Seria uma incongruência tornar mais morosa ou ineficaz (quando necessária autorização judicial) ou até mesmo inconstitucional a fiscalização das declarações feitas pelos contribuintes.

A questão da constitucionalidade da LC 105/2001 está colocada no STF, por via de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, que chegaram ao STF logo após sua entrada em vigor. Veja-se as ADIns n. 2386/DF, 2390/DF e 2397/DF, 2.406/DF, 4.006/DF e mais recentemente a ADIn 4.010/DF (entrada

---

<sup>15</sup> VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 279. Ver também no mesmo texto p. 276-282, tratando da troca de informações sob manto do sigilo bancário, antes da vigência da LC 104/2001.

em 2008), às quais o STF não concedeu medida cautelar pela suspensão da aplicação da LC 105/2001, e ainda não julgou em definitivo. Por sua relevância, transcreve-se abaixo o trecho final da manifestação da PGR, na ADIn 4.010/DF, da lavra da Vice-Procuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira:

38. A transferência do sigilo bancário para a administração tributária, na forma do art. 5º da LC nº 105/2001, do Decreto nº 4.489/2002 e da Instrução Normativa nº 802/2007 da Receita Federal do Brasil, adequa-se à finalidade de permitir uma efetiva análise da compatibilidade da declaração com as movimentações financeiras do contribuinte.

39. A medida é necessária, pois, sem o cruzamento desses dados, é inviável à administração tributária aferir a real disponibilidade patrimonial e financeira do contribuinte. Num país continental, torna-se economicamente insustentável e até mesmo impossível equipar a administração tributária para fiscalizar todos os contribuintes em tempo real.

40. Por fim, há proporcionalidade em sentido estrito, pois o ônus suportado pelo titular do direito ao sigilo bancário é mínimo. Afinal, o contribuinte sempre terá à sua disposição o contraditório, a ampla defesa e o acesso ao Poder Judiciário para resguardar seus direitos.

41. Além disso, a administração tributária deverá observar critérios e procedimentos, conforme a legislação de regência. O art. 5º, § 2º, da LC nº 105 veda que as informações transferidas permitam identificar a origem ou a natureza dos gastos relativos aos dados. 17 O art. 6º, caput, da mesma lei condiciona o exame tributário de documentos, livros e registros de instituições financeiras à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

42. Por outro lado, a sonegação fiscal no Brasil alcançou níveis alarmantes, conforme informações trazidas aos autos pela PGFN (fi. 66). Só no que diz respeito ao imposto de renda sobre pessoa física (IRPF) do ano-calendário 2004, 233.155 pessoas físicas que se declararam isentas tiveram movimentação financeira superior a R\$ 100 mil, e 455.311 pessoas físicas omissas na entrega da declaração do IRPF efetuaram movimentação financeira superior a R\$ 50 mil, totalizando mais de R\$ 106 bilhões não declarados referentes àquele ano.

43. Diante desse quadro, é absolutamente irrazoável não submeter informações financeiras do contribuinte a controle diretamente administrativo. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.

Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação.<sup>16</sup>

As conclusões da PGR seguem a linha das conclusões que se alinhavam no transcorrer deste estudo.

Há também recursos extraordinários decididos pelo STF sobre o tema, sendo que os mais recentes reverteram a jurisprudência anterior e tem sido decididos a favor da manutenção do sigilo bancário como acessável pelo fisco somente quando precedido por ordem judicial. Cita-se como exemplo paradigma desta mudança o RE 389.808/PR, sendo que no RE 601.314 foi reconhecida a repercussão geral do tema (em 2 de outubro de 2009).

Por outro lado, o STF já se pronunciou em alguns feitos que o direito ao sigilo não é absoluto e que pode ser transferido à autoridade investigatória sem a necessidade prévia de notícia aos investigados (na fase do inquérito), e.g., Agr. Reg. nº. 897-5/DF (julg. 23/11/1994). O Superior Tribunal de Justiça também caminha neste mesmo entendimento, tendo firmado no RESP nº. 687.193 (julg. em 06/09/2005) mudança de orientação, com o advento da LC 105/2001, que possibilitou o acesso aos dados bancários pela autoridade fiscal independentemente de autorização judicial.

Retomando a discussão do tema em si, pode se dizer que é justamente superando a questão do ser (objeto do art. 5º, incisos X e XII) e do ter (objeto do § 1º do art. 145) que se coloca a problemática da intimidade, vida privada e do sigilo de dados em face do fisco. Neste sentido é de curial precisão o pensamento do Ministro Ayres Brito, expressado em voto vencido no RE 389.808/PR, cujo trecho segue reproduzido abaixo:

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, a divulgação. E no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento do crime.

Por outro lado, esse tipo de interpretação que se desata do voto do Ministro dias Toffoli faz, implicitamente, uma distinção muito cara à Ministra Cármen Lúcia e para mim mesmo. Sempre que posso, como a Ministra Cármen Lúcia também, faço uma distinção entre o ser e o ter.

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **Parecer 8955 – PGR-RG, ADIn 4.010**, de 28/12/2012, aprovado pelo Procurador-Geral da República e Roberto Monteiro Gurgel Santos, disponível em <http://www.deborahduprat.com/wp-content/uploads/2013/03/adi4010.pdf>, último acesso 14/08/2013.

O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o Direito Constitucional, é a preservação do ser.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Do ser.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITO – Do ser, porque atinentes a bens da personalidade.

Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque o patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, forma obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia.<sup>17</sup>

Assim, considerando a transferência do sigilo bancário para o fisco (Estado), como sigilo fiscal, o seu impacto na materialização de princípios constitucionais aplicáveis à administração em geral e à atividade tributária em particular e especialmente o art. 145. § 1º, e do outro lado as fraquezas argumentativas que sustentam a existência do sigilo bancário no art. 5º, inciso X e XII, não há que se manter de pé a pretensão de alguns contribuintes de ocultarem atos ilícitos atrás do biombo do sigilo bancário. Esta atitude não é coerente com uma sociedade republicana e democrática e que se pretende também transparente.

Entende-se que a LC 105/2001, editada com a finalidade de permitir uma fiscalização mais eficaz, está em perfeita harmonia com os princípios constitucionais. Diversos autores já citados compartilham esse entendimento, aos que se acresce Vittorio Cassone quando afirma que “tanto o Código Tributário Nacional quanto as leis complementares nº 104/2001 e 105/2001 observam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mantendo conformidade com a Constituição”.<sup>18</sup>

### 5.1. Outras questões constitucionais subjacentes: dignidade da pessoa humana e segurança jurídica

Logo no início do seu voto, no RE 389.808/PR, o Min. Marco Aurélio cita a dignidade humana e constrói seu raciocínio a partir daí, trazendo outros ditames constitucionais à baila, antes de falar dos já debatidos incisos X e XII

---

<sup>17</sup> RE 389.808/PR, jul. 15/12/2010, Rel. Min. Marcos Aurélio. A decisão foi por maioria (5x4), vencidos os Ministros Dias Tóffoli, Carmen Lúcia Ayres Brito e Ellen Gracie. Trecho do voto do Min. Aires Brito, à fl. 237 do Ementário STF 258-01.

<sup>18</sup> CASSONE, Vittorio. Sigilos Bancário e fiscal como Corolário do Direito à Privacidade em Confronto com os Interesses do Fisco e do Parquet. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 240.

do art. 5º. Há também outros juristas que enveredam por essa vertente. A dignidade humana é princípio basilar da sociedade ocidental e foi positivado na Constituição brasileira em seu artigo de abertura, inciso III. Porém, essa protogarantia não se presta ao papel de panacéia interpretativa, e não pode servir para desconstituir o restante da Constituição ao sabor do intérprete, sob argumentos de base principiológica, descontextualizado da realidade e, repita-se, de outros dispositivos da própria Constituição. A interpretação há que ser sistemática, neste caso, parece-nos insustentável que se encontre na dignidade da pessoa humana a fonte constitucional da reserva de jurisdição para o acesso a dados bancários pelo fisco.<sup>19</sup>

Por outra vertente, há quem defenda que possibilitar o acesso do Ministério Público e mesmo da Administração Tributária aos dados bancários sigilosos dos contribuintes sem necessária autorização judicial seria uma forma de disseminar a insegurança jurídica. Ives Gandra Martins, renomado tributarista e um dos maiores defensores dessa corrente, entende que a quebra do sigilo bancário só deve ser efetuada após a autorização do Poder Judiciário, para ele, um órgão totalmente imparcial. Referido autor aduz que a ânsia midiática de alguns órgãos do MP e mesmo de alguns funcionários da Receita Federal seria capaz contaminar a quebra do sigilo e que, em função disso, deveria ser sempre precedida de autorização judicial; sustentando seu argumento sob a alegação de que a maioria da sociedade não frequenta e nem deseja frequentar colunas sociais e espera que sua privacidade e intimidade, pessoal e patrimonial, sejam preservadas, incomodando-se sempre que atingidos pela publicidade indevida ou pela violação de seus direitos.<sup>20</sup>

De início, vale questionar em qual realidade os defensores dessa corrente de pensamento estão se baseando para fazer suas observações. Afirmar que a maioria da sociedade não deseja frequentar colunas sociais parece uma opinião destoante da realidade atual. Ascensão social é a tônica da sociedade capitalista. Sustentar que a maioria das pessoas deseja ter suas propriedades

---

<sup>19</sup> Cumpre trazer à baila, ainda que em nota de rodapé, uma questão importante que tem surgido na esteira das decisões do STF. A multiplicidade de princípios que são colocados para se discutir uma questão, levando freqüentemente à ponderação desses princípios e a uma ausência de padronização dessas decisões ou da técnica de ponderação, tem provocado uma ausência de previsibilidade do que a Corte entende sobre os mais variados temas. Além de ter consequências em termos de segurança jurídica, em um dos seus vários sentidos, a questão evoca problemas de hermenêutica constitucional, de forma que se “[n]ão se sedimenta jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão”. Essas nuances foram capturadas de maneira extremamente inteligente por Marcelo Neves, ver NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 199, *et passim*.

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra. Sigilos bancário e privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 90.

ocultadas como se nada tivesse, como se essas pessoas fossem dotados de franciscano desapego aos bens materiais, também não condiz com a realidade. A sociedade moderna, ao contrário, é exibicionista e interconectada. Pessoas que se afastam desses padrões são exceções, e não a maioria.

Por outro lado, não se pode discordar da afirmação de que a maioria da população não frequenta as colunas sociais. Isto é uma verdade, pois lá, apenas se contam pessoas de muitas posses, pessoas ricas ou celebridades (ou pseudo-celebridades). Outra verdade incontestável é a de que pessoas que às vezes estão presentes nas colunas sociais não gostariam de aparecer nas páginas policiais mostrando que parte do seu patrimônio foi construída com base em sonegação, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e outros crimes de natureza econômica. Basta uma folheada em qualquer jornal de grande circulação para constatar que a posição defendida pelo ilustríssimo autor parece estar distante da realidade brasileira e de grande parte do restante do mundo. Não se pode inverter os valores e entender o que é a exceção – funcionários maliciosos divulgando dados sigilosos – em regra. Assim entendido, restariam desmoralizadas instituições como o Ministério Público e a Receita Federal. Como bem lembra o autor, a própria Constituição, bem como a legislação, garantem as devidas sanções aos transgressores.

A mesma corrente sustenta que o Poder Judiciário é que é a maior garantia contra a insegurança ocasionada pela ação das autoridades que “devem reprimir a criminalidade, ao se auto-outorgarem poderes investigatórios sem limites, com o que se eleva o arbítrio, que é uma das formas de crime da administração”.<sup>21</sup> De fato, o Judiciário é o poder a que se recorre contra o arbítrio do Estado. Mas, contrariamente ao que afirma o ilustre doutrinador, não há que se falar aqui em insegurança jurídica, pois, aqueles funcionários que, agindo maliciosamente, utilizam os meios estatais de forma inadequada, devem ser punidos sob os rigores da lei – é este o sistema nos países que adotam o estado democrático de direito com a partição dos poderes. Há outro questionamento que não foi feito: seriam os juízes sempre desprovidos de parcialidade? Seriam os magistrados imunes a equívocos?

Na verdade, indagações deste tipo e das anteriores não se prestam a subsidiar soluções jurídicas para o problema do sigilo e da segurança jurídica. O que deve ter claro é os poderes da República tem seus respectivos papéis, e a eles devem ser dados os meios para que os cumpram. Isso não pode significar, e de fato não significa, em absoluto, falta de segurança jurídica.

---

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 102.

## 6. TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES E PADRÃO INTERNACIONAL

Vale a pena verificar como o tema do sigilo bancário e fiscal é tratado em outros países para se ter uma noção de sua compatibilidade com o que é praticado pela comunidade das nações.

Para tratar do tema em outros países vale-se aqui das esclarecedoras palavras de Ricardo Lobo Torres.

Nos Estados Unidos, a matéria jamais foi alçada a direito fundamental, e a Administração Fiscal sempre teve a possibilidade de ampla investigação. Na Alemanha, o sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição, nem pelas leis ordinárias; a abertura de contas pode ser pedida pelas autoridades fiscais no exercício de atividade fiscalizadora regular, nos procedimentos de investigação e nos processos criminais [...] Na Áustria, o art. 38 da lei bancária prevê o levantamento do segredo no caso de razoável suspeita de lavagem de dinheiro ou do pedido de autoridade administrativa nos casos de violações fiscais. Na Itália, havia o tabu do segredo bancário, que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade de acertar o passo com as outras nações da União Européia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal [...] Na França, reconhece-se a possibilidade de desvendamento do sigilo bancário no interesse da Administração, o que compreende a comunicação sobre a transferência de fundos ao estrangeiro ou vindos do exterior [...].<sup>22</sup>

Embora não citado por Torres, em texto publicado em 2011, recentemente diversos países, inclusive jurisdições que enquadram no conceito de “paraísos fiscais”, alteraram suas legislações com relação ao sigilo bancário passando a permitir a troca de informações até então sigilosas. Xavier Oberson, no relatório anual da International Fiscal Association (IFA), que em 2013 se dirige ao tema da troca de informações e cooperação entre as administrações tributárias, traz o seguinte informe:

To date, bank secrecy does not constitute an obstacle for international exchange of information purposes. Countries’ practices diverge but the result remains the same. At one extreme there is the Netherlands, whose domestic law does not contain bank secrecy at all, either in the Civil Code or in the tax laws. In Germany, bank secrecy does not exist in a traditional sense but there a special responsibility for public officials handling the bank information. In a large number of countries, such as India,

---

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 155.

bank secrecy is contained, such as India, bank secrecy is contained in Bank Acts or similar but is overridden but overridden by the relevant Tax Acts. Many states, such as Finland and Norway, go one step further and impose on the banks and financial institutions a general obligation to report income information to tax administrations once a year without prompting.

At the other extreme are jurisdictions attaching great importance to bank secrecy such as Austria, Belgium, Switzerland and Luxembourg. However, all these countries have to adapt their domestic law in order to comply with the OECD standards. In Austria and Switzerland bank secrecy is only lifted in international exchange of information purposes. The application of bank secrecy remains maintained under their domestic laws with regard to their residents. In accordance with the principle of reciprocity as specified in article 26 §3(a) and (b) in the of the OECD MTC, this means that these countries must communicate the relevant banking information to foreign authorities but they cannot obtain the same information from these authorities as this would exceed the limits of their domestic law. In other words, the amendments made to the law result in an export of banking secrecy. Belgium has avoided this consequence by following a different path and lifting banking secrecy for both domestic and international purposes.<sup>23</sup>

O padrão internacional de acesso à informação (*internationally agreed standard*, no texto acima referido como OECD standard)), conforme consensuado no âmbito do Fórum Global da Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários (doravante Fórum Global), não comporta o sigilo bancário em face do fisco.<sup>24</sup>O Fórum Global foi criado pela OCDE, mas em 2009 (ano de adesão do Brasil) mudou seu sistema de governança, com orçamento próprio, passando a ter financiamento dos países membros, os quais tem igual direito a voz e voto em suas decisões. Cumpre transcrever trecho de estudo que buscou mostrar a formação dessa posição internacional:

Desde a eclosão da crise financeira de 2007 as economias mais importantes do mundo, reunidas sob o chamado G20, têm tentado agir de maneira coordenada no sentido de buscar soluções para a crise e de preveni-las. O G20 estabeleceu na Cúpula de Londres, ocorrida em abril de 2009, na declaração final, que entre as ações a serem tomadas pelos Governos está a troca de informações tributárias, sem favorecimento ao sigilo bancário, nos seguintes termos:

---

<sup>23</sup> OBERSON, Xavier. General Report. Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities. *Cahiers de droit fiscal international*. Rotterdam. v. 98b, p. 17-57, 2013, p. 48-49.

<sup>24</sup> Para um maior detalhamento do standard ver **Implementing the Tax Transparency Standards**, op. cit.: **A Handbook for Assessors and Jurisdictions**. 2a ed. Paris: OECD, 2011, p. 22-32.

15. To this end we are implementing the Action Plan agreed at our last meeting, as set out in the attached progress report. We have today also issued a Declaration, Strengthening the Financial System. In particular we agree:

[...]

*to take action against non-cooperative jurisdictions, including tax havens. We stand ready to deploy sanctions to protect our public finances and financial systems. The era of banking secrecy is over. We note that the OECD has today published a list of countries assessed by the Global Forum against the international standard for exchange of tax information;*

No mesmo documento o G-20, buscando fortalecer o sistema financeiro internacional, tomou uma posição de endurecer o tratamento em relação às jurisdições que não adotem os padrões de transparência fiscal, nos seguintes termos:

*We call on countries to adopt the international standard for information exchange endorsed by the G20 in 2004 and reflected in the UN Model Tax Convention. We note that the OECD has today published a list of countries assessed by the Global Forum against the international standard for exchange of information. We welcome the new commitments made by a number of jurisdictions and encourage them to proceed swiftly with implementation.*

*We stand ready to take agreed action against those jurisdictions which do not meet international standards in relation to tax transparency. To this end we have agreed to develop a toolbox of effective counter measures for countries to consider, such as:*

*increased disclosure requirements on the part of taxpayers and financial institutions to report transactions involving non-cooperative jurisdictions;*

*withholding taxes in respect of a wide variety of payments;*

*denying deductions in respect of expense payments to payees resident in a noncooperative jurisdiction;*

*reviewing tax treaty policy;*

*asking international institutions and regional development banks to review their investment policies; and,*

*giving extra weight to the principles of tax transparency and information exchange when designing bilateral aid programs.*

Nesse sentido o Fórum da Transparência Tributária constituiu-se no fórum onde as direções a respeito do fortalecimento da transparência tributária serão tomadas. A troca de informações

em matéria tributária, ao lado de legislação que permita acesso à verificação dos sócios e proprietários das empresas e de suas ações é o núcleo da atuação do Fórum. O parâmetro atual para se atingir o *standard* da troca de informações de uma jurisdição cooperante é a existência de 12 tratados que contenham as cláusulas padrões do art. 26 do Modelo da OCDE ou TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*), a tendência que esse padrão seja refinado no sentido de verificar a efetividade da troca de informações, considerando evidentemente, também a legislação interna de cada país. Como foi colocado pela OCDE:

*The internationally agreed tax standard on exchange of information, as developed by the OECD and endorsed by the UN and the G20, provides for full exchange of information on request in all tax matters without regard to a domestic tax interest requirement or bank secrecy for tax purposes. It also provides for extensive safeguards to protect the confidentiality of the information exchanged.*<sup>25</sup>

Em função da atuação do Fórum Global, o cenário mudou bastante nos últimos cinco anos. Ocorreu que as grandes empresas e o grande capital se internacionalizaram e apenas os dados internos dos países não são mais suficientes para se verificar as bases tributáveis das pessoas físicas e jurídicas, daí a necessidade de intercâmbio de informações entre os fiscos dos diversos países. O padrão mínimo do Fórum Global implica a existência de pelo menos doze acordos internacionais, sem oposição de sigilo bancário ao fisco, dentre outras medidas de transparência, como a proibição de títulos e ações ao portador.

Não foi por outro motivo que, em 2009, o Brasil retirou a reserva que havia feito ao § 5º do art. 26 da Convenção Modelo da OCDE, o qual dispõe que o sigilo bancário não pode ser oponível à troca de informações com fins tributário entre os países signatários.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Transparência Fiscal Internacional: Situação Atual e a Posição do Brasil. In: TÓRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**, p. 198-249. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 203-204 (notas de rodapé do texto original omitidas).

<sup>26</sup> A reserva consta do Convenção modelo da OCDE de 2008, p. 409, item, 2.3, e após a comunicação formal de sua retirada, não mais consta da Consta da Convenção Modelo de 2010. Ver OECD. Model Convention on Income and on Capital. Condensed version. Paris: OECD, 2008, p. 409, e OECD. Model Convention on Income and on Capital. Condensed version. Paris: OECD, 2010, p. 462. De lembrar que a Convenção da ONU em sua atualização de 2011 traz idêntico dispositivo em § 5º do art. 26 (ver UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, 2012, p. 33), com a seguinte redação:

5. *In no case shall the provisions of paragraph 3 [que trata de exceções que autorizam o não fornecimento de informações] be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person.*

Não subsistem dúvidas de que a troca de informações em matéria tributária constitui um dos núcleos essenciais para detecção de práticas evasivas e elisivas, ou elusivas (dependendo da terminologia empregada); principalmente nos tempos atuais de economias interpenetradas e interdependentes, onde praticamente todas as organizações empresariais importantes têm operações transnacionais ou são elas mesmas empresas transnacionais.<sup>27</sup>

É frequente a ação de contribuintes mal intencionados, que tem como parte da estratégia da ocultação da origem de recursos ilícitos a remessa de tais recursos a bancos estrangeiros, geralmente situados em países de tributação favorecida, e com sigilo bancário, conhecido popularmente como “paraísos fiscais”.<sup>28</sup> Como foi dito, essas jurisdições tem relativizado o sigilo bancário mediante acordo de troca de informações, permitindo aos fiscos de outros países que tenham acesso aos dados.

O Brasil passou recentemente pela revisão de seus procedimentos frente ao Fórum Global, a qual tem duas fases.<sup>29</sup> A primeira fase refere-se à estrutura legal e a segunda à efetividade da transparência e troca de informações. Ambas as fases já terminaram (a 1ª foi concluída em janeiro de 2012 e a 2ª em maio de 2013), e o Brasil não teve maiores problemas, tendo sido considerado no relatório que o fisco brasileiro tem acesso às informações bancárias, sem prévia autorização judicial (a LC 105/2001 está sub judice, mas é válida). Pois bem, uma das recomendações que o Brasil teve refere-se à impossibilidade de acesso direto às informações bancárias sem antes ter que intimar o contribuinte a fornecê-la, e a impossibilidade de exceções a esta regra (ainda que haja o recurso judicial que possa contornar esta condição). Isto porque, em certas situações, a comunicação ao contribuinte de que o fisco está em busca de suas informações bancárias pode interferir e mesmo atrapalhar um resultado eficiente da auditoria. Esta possibilidade faz parte do padrão internacional atual. Nos Relatórios do Brasil, lê-se o seguinte comentário:

---

Assim, este é o padrão das cláusulas de troca de informações das duas principais convenções modelo sobre dupla tributação em vigor, que é também o padrão do Fórum Global.

<sup>27</sup> VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Troca de Informações com base em tratados internacionais e os sigilos Fiscal e Bancário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 419.

<sup>28</sup> O Fórum Global publica regularmente um relatório (*update report*) listando as jurisdições que atendem e que não atendem os padrões internacionais. O Brasil tem sua própria definição de jurisdição não cooperativa, mais restritiva que o do Fórum Global, estabelecida no art. 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996 (alterado e acrescentado pelas Leis nº 10.451/2002, 11.727/2008 e 11.941/2009), sendo as referidas jurisdições listadas na Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010.

<sup>29</sup> O padrão verificado pelos revisores (o Brasil tem funcionários da RFB atuando como revisores de outros países) e os procedimentos adotados são estabelecidos em um manual editado pelo Fórum Global, ver OECD. **Implementing the Tax Transparency Standards...**, op. cit.

*There are no explicit exceptions to the prior summoning procedure for accessing detailed bank account information. To require in all cases that the taxpayer be first approached, and thus notified, may unduly prevent or delay the effective exchange of information in urgent cases.<sup>30</sup>*

Cumpram também ressaltar outro importante aspecto dessa questão no âmbito internacional. Tal como ocorre entre os entes da federação brasileira que propiciam benefícios fiscais para atração de investidores, os países com tributação favorecida também são responsáveis por estimular a chamada “guerra fiscal” (*harmful tax competition*)<sup>31</sup>, capaz de gerar consequências nefastas aos sistemas financeiros e orçamentários dos países, sendo, por isso, combatido. Desde a década de 1990 esse aspecto preocupa a comunidade internacional, mas que cedeu espaço à questão da transparência tributária na década de 2010. Contudo, em função de problemas de crise fiscal em diversos países relevantes, esta prática voltou a despertar uma preocupação crescente com a erosão da base tributária e o desvio (transferência) de lucros tributáveis (*base erosion and profit shifting*).<sup>32</sup>

Jurisdições com baixa ou nenhuma tributação da renda e com sigilo em relação às operações comerciais e bancárias facilitam a erosão tributária dos países em que existe este tipo de tributo, motivo este pelo qual a comunidade internacional busca soluções para minimizar esse efeito. Além desse fator, vale reafirmar que, pela inexistência de troca de informações e pela falta de transparência quanto ao tratamento fiscal, é grande o volume de capital (obtido de maneira ilegal) enviado a instituições bancárias situadas nessas jurisdições como forma de evitar a fiscalização do país de origem.

Nesse passo, é fundamental que o Brasil, com base na Constituição (art. 145, §1º) e nas leis (artigos 5º e 6º da LC 105/01 e 197 e 198 CTN) bem como nos tratados internacionais firmados, afaste de vez a ideia de que o sigilo bancário é um direito absoluto e que depende de autorização judicial – sob pena de ser considerado um “paraíso fiscal”, levando em conta os atuais padrões comensurados no Fórum Global da Transparência Fiscal e Troca de Informações.

---

<sup>30</sup> Ver OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework**. Paris: OECD, 2012, p. 54; e; e OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice**. Paris: OECD, 2013, p. 86. Disponíveis para consulta *on line* em <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#p1>.

<sup>31</sup> Ver OECD. **Harmful Tax Competition**. Paris: OECD, 1998.

<sup>32</sup> Ver OECD. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD, 2013. O relatório faz expressa referência aos padrões internacionais de transparência e ao cesso da Administração Tributária a dados bancários, como parte da política de combate à evasão tributária, nos parâmetros internacionais adotados pelo Fórum Global da Transparência Fiscal e Troca de Informações. *Idem*, p. 29-30

Vale lembrar também que a Constituição estabeleceu que, no âmbito internacional o Brasil é regido por princípios tais como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a necessidade cada vez maior de ampliar e melhorar os serviços públicos prestados à população, o Estado necessita dar maior efetividade no processo arrecadatário para garantir o cumprimento de sua missão constitucional. Uma fiscalização tributária mais eficaz seria capaz de identificar e cobrar de maneira efetiva os tributos, dissuadindo pessoas físicas e jurídicas de utilizar métodos ilegais como forma de não contribuir com o Estado.

O acesso aos dados bancários e a troca de informações internacionais em matéria tributária é ferramenta indispensável à Administração Tributária no contexto contemporâneo. A LC 105/2001 surgiu como forma de efetivar o mandamento constitucional da capacidade contributiva, contido no § 1º do art. 145. Esta LC não destoa da Constituição ao regulamentar o sigilo bancário, permitindo ao fisco o acesso aos dados bancários sem prévia autorização judicial de forma que se implemente os ditames do § 1º do art. 145 e resulte também em maior eficiência do fisco. Não se entende que os incisos X e XII do art. 5º da Constituição, ao protegerem a intimidade, a vida privada e o sigilo na transmissão de dados, se materializem como garantidores do sigilo bancário capaz de impedir o acesso do fisco aos dados do patrimônio dos contribuintes sem prévia autorização judicial.

Se declarada a inconstitucionalidade da LC 105/2001, haverá um retrocesso decorrente, cujo resultado será a proteção do interesse ilegítimo de uma pequena parcela da sociedade, que busca maximizar o lucro por meio de sonegação de tributos, sem considerar os princípios inerentes à Constituição e a um regime republicano e democrático.

O Brasil não é uma pequena ilha que precisa de sigilo em suas operações comerciais e bancárias para atrair recursos externos, argumento algumas vezes usado em defesa desses sigilos. O mundo caminha na direção em que o sigilo do *ter* (em contraposição ao do *ser*) não possa servir de instrumento protetivo capaz de blindar aqueles que sonegam tributos ou cometem outras formas de ilegalidade. Considerando os atuais padrões internacionais de transparência fiscal, caso a LC 105/2001 seja declarada inconstitucional pelo STF, resultando que o fisco não tenha acesso diretamente a dados bancários, o Brasil poderá passar a ser considerado um paraíso fiscal.

## REFERÊNCIAS

CASSONE, Vittorio. Sigilos Bancário e fiscal como Corolário do Direito à Privacidade em Confronto com os Interesses do Fisco e do Parquet. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 240.

FALCÃO, Maurin Almeida. O comportamento do contribuinte em face dos Fundamentos Políticos do Tributo e sua postura diante dos Sigilos Bancário e Fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 509.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo bancário: Privacidade e Liberdade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo do fisco e perante o fisco. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas. (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. Sigilos bancário e privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OBERSON, Xavier. General Report. Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities. **Cahiers de droit fiscal international**. Rotterdam. v. 98b, p. 17-57, 2013.

OECD. **Harmful Tax Competition**. Paris: OECD, 1998.

\_\_\_\_\_. **Model Convention on Income and on Capital. Condensed version**. Paris: OECD, 2008.

\_\_\_\_\_. **Model Convention on Income and on Capital. Condensed version**. Paris: OECD, 2010.

\_\_\_\_\_. **Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions**. 2a ed. Paris: OECD, 2011

\_\_\_\_\_. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework**. Paris: OECD, 2012, consulta *on line* disponível em <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#p1>

\_\_\_\_\_. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice**. Paris: OECD, 2013, consulta *on line* disponível em <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#p1>

\_\_\_\_\_. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD, 2013.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **Parecer 8955 – PGR-RG, ADIn 4.010**, de 28/12/2012, aprovado pelo Procurador-Geral da República e Roberto Monteiro Gurgel Santos, disponível em <http://www.deborahduprat.com/wp-content/uploads/2013/03/adi4010.pdf>, último acesso 14/08/2013.

PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas. (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Segredos Bancário e Fiscal relacionados com a Administração Tributária e o Ministério Público. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. O Acesso Direto aos Dados Bancários por Parte do Fisco: a Transferência do Sigilo Bancário para o Sigilo Fiscal. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viegas. (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**, p. 130-197. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e administração tributária. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 32, n. 125, p. 13-25, jan-mar/1995.

SILVA, José Afonso da; **Comentário Contextual à Constituição**. 3ªed. São Paulo, Malheiros, 2007.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**, p. 198-249. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal:**

**homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 155.

UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. **New York: UN, 2012.**

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Direitos Humanos e Tributação: Uma Concepção Integradora. **Direito em Ação.** Brasília, v. 2, n. 1, p. 221-241, 2000.

\_\_\_\_\_. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Troca de Informações com base em tratados internacionais e os sigilos Fiscal e Bancário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Transparência Fiscal Internacional: Situação Atual e a Posição do Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional,** p. 198-249. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

WALD, Arnoldo. O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e a Lei Complementar nº 70. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, v. 29, n. 116, p. 233-252, out-dez/1992.



# A SUSTENTABILIDADE E O CICLO DO BEM ESTAR: O EQUILÍBRIO DIMENSIONAL E A FERRAMENTA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA<sup>Δ</sup>

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza\*

Juliete Ruana Mafra\*\*

## Resumo

A presente pesquisa tem como *objeto* a análise da Sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica, com enfoque no equilíbrio do bem estar. A investigação se direciona com enfoque ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da instrumentalização pela Avaliação Ambiental Estratégica, contribuindo assim, para o efetivo Desenvolvimento Sustentável e o bem estar. Sendo assim, como *objetivo* é analisar o ciclo que envolve a Sustentabilidade, a Avaliação Ambiental Estratégica e o Desenvolvimento Sustentável, viabilizando o equilíbrio do bem estar. *Justifica-se* o estudo diante das próprias e específicas particularidades que compõe a Sustentabilidade e a aplicabilidade da Avaliação Ambiental Estratégica na contribuição dum Desenvolvimento Sustentável. Para alcançar tal enfoque, a pesquisa foi dividida em quatro momentos. No primeiro, noções gerais do avanço dos ideais de Sustentabilidade e de Desenvolvimento Sustentável. Na segunda etapa, um breve esboço sobre a Sustentabilidade e suas dimensões: social, econômica, ambiental e tecnológica. Quanto ao terceiro momento, dedicou-se à apreciação dos aspectos gerais sobre a Avaliação Ambiental Estratégica - AAE: viabilizando a consecução do Desenvolvimento Sustentável. Por fim, o quarto momento com-

---

<sup>Δ</sup> Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuguesa”. Com fomento do Conselho Nacional e desenvolvimento Científico e tecnológico (CNPq).

\* Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante — Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuguesa”. E-mail: mclaudia@univali.br

\*\* Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em *Stricto Sensu* da UNIVALI, sob a orientação da Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup>. Maria Claudia S. Antunes de Souza. Bolsista do PROSUP-CAPES. Advogada. Bacharel em direito pelo Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: julietemaфра@gmail.com.

preendeu-se esclarecer a necessidade do equilíbrio dimensional para o alcance da Avaliação Ambiental Estratégica. Conclui-se, portanto, diante do estudo acurado, que é indispensável o alcance do equilíbrio dimensional da Sustentabilidade, isto para a consecução do Desenvolvimento Sustentável e da manutenção da qualidade de vida humana na terra. Percebe-se que a Avaliação Ambiental Estratégica se insere na dimensão tecnológica da Sustentabilidade, consistindo em mecanismo de aplicabilidade efetiva do Desenvolvimento Sustentável. Nota-se que os padrões de Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável formam o novo paradigma jurídico pós-moderno. Quanto à *Metodologia*, foi utilizada a base lógica Indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

### **Palavras-Chave**

Avaliação Ambiental Estratégica. Desenvolvimento Sustentável. Sustentabilidade.

### **Abstract**

This research aims to analyze the dimensional Sustainability and its reflections on Strategic Environmental Assessment, focusing on the balance of welfare. Research directs himself in search of an ecologically balanced environment, using appropriate tools such as Strategic Environmental Assessment, thus contributing to effective sustainable development and wellbeing. Thus, the objective is to analyze the cycle that involves Sustainability, Strategic Environmental Assessment and Sustainable Development, enabling the balance of well being. Justified on the study of their own and specific particularities that make up the applicability of Sustainability and Strategic Environmental Assessment in contributing to Sustainable Development. To achieve such an approach, the research was divided into four stages. In the first, general notions of advancing the ideals of Sustainability and Sustainable Development. In the second stage, a brief foreshortening on Sustainability and its dimensions: social, economic, environmental and technological. The third time was devoted to the assessment of general aspects of the Strategic Environmental Assessment - SEA: enabling the achievement of sustainable development. Finally, the fourth time it was understood the need to clarify the dimensional balance to the scope of the Strategic Environmental Assessment. We conclude, therefore, before the close study, it is essential to reach the dimensional balance of Sustainability, ie to achieve the sustainable development and maintenance of the quality of human life on earth. It is noticed that the Strategic Environmental Assessment fits into the technological dimension of Sustainability, consisting of effective applicability of Sustainable Development Mechanism. We notice that the patterns of Sustainability and Sustainable Development form the new postmodern legal paradigm. Regarding methodology, the rationale was used inductive through research bibliographic.

### **Keywords**

Strategic Environmental Assessment. Sustainable Development. Sustainability.

## 1. INTRODUÇÃO

Conquistar a natureza sempre foi o seu grande desafio do homem. Certamente, a proteção do ambiente não fez parte da tradicional cultura humana. Ao longo da história, o homem dominou a natureza sem se preocupar com a escassez dos recursos naturais.

À medida que o crescimento econômico tomou proporções demasiadas, acabou por repercutir, cada vez mais forte, em catástrofes ambientais e consequências degradantes.

Convictos da impossibilidade do retrocesso humano, firmes no sentido de manter a busca do crescimento econômico, o qual é raiz do seio social vigente, o Desenvolvimento Sustentável despontou como pressuposto ideal

de crescer consciente, ou seja, com a preocupação de se precaver e prevenir as qualidades essenciais dos recursos naturais em favor das presentes e futuras gerações.

Neste prisma, também despontou o ideal da Sustentabilidade e sua imprescindibilidade de um ambiente qualitativo, não somente garantindo a pureza do ecossistema na exploração consciente das gerações presentes, mas concedendo qualidade de vida para as gerações futuras, com enfrentamento de outras mazelas sociais, em diversas dimensões, considerando todas indispensáveis.

Assim, este artigo tem como *objeto* a análise da sustentabilidade e o ciclo do bem estar, refletindo sobre o equilíbrio dimensional e a ferramenta da Avaliação Ambiental Estratégica. Sendo assim, o *objetivo* é estudar o ciclo que envolve a Sustentabilidade, a Avaliação Ambiental Estratégica e o Desenvolvimento Sustentável, viabilizando o equilíbrio do bem estar.

O presente estudo está dividido em quatro momentos: no primeiro trata noções gerais do avanço dos ideais de Sustentabilidade e de Desenvolvimento Sustentável. O segundo faz considerações sobre a Sustentabilidade e suas dimensões: social, econômica, ambiental e tecnológica. O terceiro compreende os aspectos gerais sobre a Avaliação Ambiental Estratégica - AAE: viabilizando a consecução do Desenvolvimento Sustentável. O quarto, por fim, sustenta a necessidade do equilíbrio dimensional para o alcance da AAE.

Quanto à *Metodologia*, foi utilizada a base lógica Indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

Por fim, o estudo visa contribuir para a reflexão acerca dos temas Sustentabilidade, Desenvolvimento Sustentável e Avaliação Ambiental Estratégica, com enfoque especial na aplicabilidade destes institutos como ferramentas para a efetivação do meio ambiente saudável e equilibrado.

## 2. NOÇÕES GERAIS DO AVANÇO DOS IDEAIS DE SUSTENTABILIDADE E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em vista das estruturas atuais, novo paradigma surgiu em face da crise ambiental, fazendo despontar os ideais de Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável, os quais têm repercutido na seara global contemporânea.

Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares em cada contexto sociocultural, político,

econômico e ecológico, dentro de uma dimensão de tempo/espaço<sup>1</sup>. Isto é o ideal considerado de Desenvolvimento Sustentável.

Em suma, Fiorillo<sup>2</sup> diz que: considera-se o “Desenvolvimento Sustentável como o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações”.

O desenvolvimento sustentável tem como objetivo definir um modelo econômico capaz de gerar riquezas e bem estar, concomitantemente que fomente a coesão social e impeça a degradação do ambiente.

Já a Sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, conseqüentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias a esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra<sup>3</sup>.

As diferenças entre Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável afloram com um processo em que a primeira se relaciona com o fim, enquanto o segundo com o meio. O Desenvolvimento Sustentável como meio para que seja possível obter equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, como objetivo a Sustentabilidade e o bem estar da sociedade.

Neste sentido, o paradigma atual da humanidade é a Sustentabilidade. A Sustentabilidade consiste na vontade de articular uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo com condições dignas. A deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica. A Sustentabilidade compreende não somente na relação entre econômico e ambiental, mas do equilíbrio humano frente às demais problemáticas<sup>4</sup>.

Até o início da década de 1970, dominava o pensamento mundial no sentido de que o meio ambiente seria fonte inesgotável de recursos e que qualquer ação de aproveitamento da natureza não haveria fim. Entretanto,

---

<sup>1</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 65.

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

<sup>3</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. **20 ANOS DE SUSTENTABILIDADE**: reflexões sobre avanços e desafios. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

<sup>4</sup> FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ — Eletrônica, Vol. 17 — n. 3 — p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 15 fevereiro de 2014.

fenômenos como secas, chuva ácida e a inversão térmica alertaram o meio social, fazendo com que essa visão ambiental começasse a ser questionada<sup>5</sup>.

Em 1972, por consequência, convocou-se a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, que produziu a Declaração sobre Ambiente Humano, estabelecendo princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição, dando surgimento ao direito ambiental internacional, elevando a cultura política mundial de respeito à ecologia, e servindo como o primeiro convite para a elaboração de novo paradigma econômico e civilizatório para os países<sup>6</sup>.

Na reunião de Estocolmo, originou-se o momento de constatação e alerta global sobre a degradação ambiental. A Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente descreveu assim: “defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade”<sup>7</sup>.

Deste modo, a conferência de Estocolmo criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, inaugurando a agenda ambiental, permitindo iniciar a relação entre ambiente e desenvolvimento, dando as primeiras referências de Desenvolvimento Sustentável, que na época tinha por termo “ecodesenvolvimento”. Tratou-se dos primeiros passos para o pensamento verde<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em: 13 fevereiro 2014.

<sup>6</sup> SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em: 13 fevereiro 2014.

<sup>7</sup> Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972), parágrafo 6. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

<sup>8</sup> SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em: 13 fevereiro 2014.

Em 1983, o Relatório de Brundtland conceituou Desenvolvimento Sustentável como: “a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”<sup>9</sup>. O Relatório complementa que: “um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras”<sup>10</sup>, “o Desenvolvimento Sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos”<sup>11</sup>.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), realizada no Rio de Janeiro, marcou a forma como a humanidade encarava sua relação com o planeta. Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra<sup>12</sup> foi ocasião em que a comunidade política internacional admitiu claramente que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza, pensando no conceito de Desenvolvimento Sustentável e começando a moldar ações com o objetivo de proteção ambiental<sup>13</sup>.

Os princípios do Desenvolvimento Sustentável estão implícitos em muitas das conferências da ONU, incluindo: a Segunda Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1999); a Sessão Especial da Assembleia Geral sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (Nova York, 1999); a Cúpula do Milênio (Nova York, 2000) e a Reunião Mundial de 2005<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

<sup>10</sup> Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

<sup>11</sup> Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

<sup>12</sup> Nesta ocasião, 179 países participantes da Rio 92 acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “Desenvolvimento Sustentável”. O termo “Agenda 21” foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 18 fevereiro de 2014.

<sup>13</sup> SENADO FEDERAL. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>. Acesso em: 13 fevereiro 2014.

<sup>14</sup> ONUBR. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

Em 2000, ao analisar os maiores problemas mundiais, a ONU estabeleceu 8 Objetivos do Milênio, — ODM, que no Brasil são chamados de 8 Jeitos de Mudar o Mundo — os quais devem ser atingidos por todos os países até 2015<sup>15</sup>.

Em relação aos Objetivos do Milênio, Gabriel Real Ferrer<sup>16</sup> orienta que encontra total pertinência com a ideal de Sustentabilidade, não só o sétimo, mas todos, vez que juntos possibilitam a harmonia social:

La sostenibilidad se encuentra más bien relacionada com los Objetivos Del Milenio, que son La guía de acción de La humanidad. El objetivo de lo ambiental ES asegurar las condiciones que hacen posible la vida humana e nel planeta. En cambio, los otros dos aspectos de La sostenibilidad, los sociales que tienen que ver com la inclusión, con evitar La marginalidad, con incorporar nuevos modelos Del gobernanza, etcétera, y los aspectos económicos, que tienen que ver com el crecimiento y La distribución de la riqueza. Tienen que ver com dignificar la vida. La sostenibilidad nos dice que no basta com asegurar La subsistencia, sino que La condición humana exige asegurar unas las condiciones dignas de vida<sup>17</sup>.

Dessa forma, na Conferência Rio+10, em Johannesburgo, a expressão 'Sustentabilidade' passa a ter maior adequação. Isso porque consolidou a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deveria ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda

---

<sup>15</sup> São eles: objetivo 1, erradicar a pobreza extrema e a fome; objetivo 2, atingir o ensino básico universal; objetivo 3, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; objetivo 4, reduzir a mortalidade infantil; objetivo 5, melhorar a saúde materna; objetivo 6, combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; objetivo 7, garantir a sustentabilidade ambiental; objetivo 8, estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. **Objetivos do Milênio**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

<sup>16</sup> FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de lasostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitacion em derecho y políticas ambientales. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 fevereiro de 2014.

<sup>17</sup> A sustentabilidade está mais relacionada com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que regem a ação da humanidade. O objetivo é assegurar as condições ambientais que tornam possível a vida humana no planeta. Em contraste, os outros dois aspectos da sustentabilidade, sociais que têm a ver com a inclusão, como evitar a marginalização, e incorporar novos modelos de governança, etc, e os aspectos econômicos que estão relacionados com o crescimento e distribuição da riqueza. Eles são cerca de dignificar a vida. Sustentabilidade diz que não é suficiente para garantir a sobrevivência, mas as exigências da condição humana garantir uma condição de vida digna. (Tradução livre). FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de lasostenibilidad**. In: PNUMA. **Programa regional de capacitacion em derecho y políticas ambientales**. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor<sup>18</sup>.

Freitas<sup>19</sup> anuncia que a sustentabilidade:

(...) trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambiente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), ocorrida no Rio de Janeiro, teve a missão de renovar compromissos com o Desenvolvimento Sustentável em meio a urgências ambientais, sociais, econômicas e políticas, entrando na definição de metas para evitar a degradação do meio ambiente. Tornou-se a “onda do medo”, certificando os efeitos degradantes dos danos ambientais e confirmando a firme necessidade de medidas resolutivas eficazes em cuidado ao futuro do planeta<sup>20</sup>.

Por todo o escorço, a Sustentabilidade e o Desenvolvimento Sustentável são pensamentos que tem crescido fortemente no cenário jurídico global a frente do novo paradigma de avanço na história da humanidade, vendo a preservação da vida qualitativa em todos os aspectos como o futuro.

### 3. A SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES: SOCIAL, ECONÔMICA, AMBIENTAL E TECNOLÓGICA

A evolução teórica do princípio do Desenvolvimento Sustentável evidencia significativos avanços qualitativos. Atualmente, a Sustentabilidade não é utilizada somente para qualificar um modelo de desenvolvimento, aparece como categoria rica e promissora dotada de significação própria<sup>21</sup>.

“A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais

---

<sup>18</sup> BODNAR, Zenildo. **A SUSTENTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO**. Revista Jurídica Cesumar — Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

<sup>19</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

<sup>20</sup> CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade**. Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

<sup>21</sup> BODNAR, Zenildo. **A SUSTENTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO**. Revista Jurídica Cesumar — Mestrado. p. 340.

exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da Sustentabilidade”, comenta Fiorillo<sup>22</sup>.

Em termos legais, o direito de Sustentabilidade é um direito pensado em termos de espécies e em termos de resolução de problemas globais. Ele traz em si a estrutura clássica dos ordenamentos jurídicos, sociais, econômicos e ambientais, que são característicos de estados soberanos, mas claramente vai além desse âmbito. Sua vocação é fornecer soluções que sirvam a todos, independentemente de onde eles são ou de onde eles nasceram. Tem por objetivo proporcionar esperança de um futuro melhor para sociedade em geral<sup>23</sup>.

Contribui nesta linha de pensamento Enrique Leff<sup>24</sup>, explicando que: “atualmente o conceito de ambiente se defronta necessariamente com estratégias de globalização e com a reinvenção de novo mundo”, conformado por uma diversidade de mundos, pressupõe que se abra o cerco da ordem econômica-ecológica globalizada. Destaca que “o princípio da Sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva”, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização<sup>25</sup> a partir da diversidade cultural do gênero humano.

A Sustentabilidade, segundo Canotilho, corresponde num dos fundamentos do que se chama de princípio da responsabilidade de longa duração, consistindo na obrigação dos Estados e de outras constelações políticas em adotarem medidas de precaução e proteção, em nível elevado, para garantir a sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações<sup>26</sup>.

Entende-se que a Sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Entretanto, além das dimensões tradicionais, há que ser acrescida a dimensão tecnológica, pois

---

<sup>22</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

<sup>23</sup> FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ — Eletrônica. p. 320.

<sup>24</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder.** Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 31.

<sup>25</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?: texto crítico de Pedro Martinez Montáñez.** Madrid: Tecnos, 2002. p. 25.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional Português.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 57-130.

é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá assegurar um futuro mais sustentável<sup>27</sup>.

Assim, a dimensão ambiental compreende a garantia da proteção do sistema planetário, a fim de manter as condições que possibilitam a vida na Terra. Para tanto, é necessário desenvolver normas globais, de caráter imperativo, com intuito de que essa dimensão seja eficaz.

A dimensão econômica da Sustentabilidade “consiste essencialmente en resolver el reto de aumentar La generación de riqueza, de un modo ambientalmente sostenible, y de encontrar los mecanismos para una más justa y homogénea distribución”<sup>28</sup>.

A dimensão social atua “desde la protección de la diversidad cultural a La garantía real del ejercicio de los derechos humanos, pasando por acabar con cualquier tipo de discriminación o el acceso a La educación, todo cae bajo esta rúbrica”<sup>29</sup>.

A dimensão tecnológica é a dimensão propulsora das demais, é indispensável que a visão sustentável também parta dela, porque assim fará com que se crie, construa e reinvente mecanismo de efetivação das demais dimensões tradicionais da Sustentabilidade. Por isso, a necessidade do equilíbrio está em todas as dimensões, haja vista que sem a harmonia de todas as searas não se alcançará a verdadeira Sustentabilidade, ou seja, equilíbrio planetário<sup>30</sup>.

Neste sentido, que a Sustentabilidade pode se consolidar como o novo paradigma indutor do Direito na pós-modernidade, funcionando como uma espécie de princípio fundador, com vocação de aplicabilidade em escala global.

---

<sup>27</sup> FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ — Eletrônica. p. 320.

<sup>28</sup> [...] Consiste essencialmente em resolver o desafio de aumentar a geração de riqueza de forma ambientalmente sustentável e encontrar mecanismos para uma distribuição mais equitativa. "FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ — Eletrônica. p. 322.

<sup>29</sup> Desde da proteção da diversidade cultural até a garantia real do exercício dos direitos humanos, para eliminar qualquer tipo de discriminação ou o acesso a educação, todos caem sob esta rubrica. FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** Revista NEJ — Eletrônica. p. 322.

<sup>30</sup> CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade.** Disponível em: <<http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

#### 4. ASPECTOS GERAIS SOBRE A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA - AAE: VIABILIZANDO A CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Avaliação Ambiental Estratégica é instrumento que vem ganhando repercussão no cenário jurídico global, em favor de respaldar o Direito Ambiental.

No que concerne a terminologia Avaliação Ambiental Estratégica, o Ministério do Meio Ambiente do Brasil<sup>31</sup>, por meio da Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA), menciona que:

A expressão *avaliação ambiental estratégica* corresponde à tradução direta da inglesa *strategic environmental assessment*, designação genérica que se convencionou adotar para identificar o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas. Tanto em inglês como em português a expressão não reúne o consenso dos profissionais da área de meio ambiente. A razão é de ordem etimológica e deve-se aos conceitos de *meio ambiente* e *estratégia*, revelando-se na aplicação prática as interpretações distintas da AAE. Com efeito, a designação adotada tem influenciado a comunicação sobre a matéria, bem como sua percepção por parte dos que a promovem e utilizam. (...) Quaisquer que sejam os conceitos de meio ambiente e estratégia que se adotem, terá que existir sempre uma estratégia objeto de avaliação e, portanto, de aplicação da AAE, e a avaliação ambiental deverá ser feita na mais ampla concepção de meio ambiente, considerando-se integralmente todas as suas dimensões e os princípios da sustentabilidade.

Já quanto à conceituação, vê-se que definir a Avaliação Ambiental Estratégica - AAE não é tarefa fácil, poucos que se aventuram sobre o tema, chegam a entender que a AAE é a avaliação ambiental de políticas, planos e programas. E muitos conceituam o instituto como mera avaliação ambiental em qualquer nível acima ou anterior ao dos projetos arquitetônicos ou de implantação de atividades produtivas<sup>32</sup>.

Sobre a temática, Riki Therivel<sup>33</sup> diz que: “strategic environmental assessment (SEA) is a process that aims to integrate environmental and sustainability considerations into strategic decision-making”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> BRASIL. MMA - Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002. p. 14.

<sup>32</sup> PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007. p. 11. Disponível em: [http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia\\_aae\\_pt.pdf](http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf). Acesso 15 fevereiro de 2014.

<sup>33</sup> THERIVEL, Riki. **Strategic Environmental in Action**. 2. ed. Washington DC: earthscan, 2010. p.3.

Sadler e Verheem<sup>35</sup> lecionam que a “AAE é um processo sistemático para avaliar as consequências ambientais de uma política, plano ou programa, de forma a assegurar que elas sejam integralmente incluídas e apropriadamente consideradas no estágio inicial e apropriado do processo de tomada de decisão, juntamente com as considerações de ordem econômicas e sociais”.

Sobre o tema, Partidário<sup>36</sup> conceitua a AAE:

Avaliação Ambiental Estratégica é o procedimento sistemático e contínuo de avaliação da qualidade do meio ambiente e das consequências ambientais decorrentes de visões e intenções alternativas de desenvolvimento, incorporadas em iniciativas tais como a formulação de políticas, planos e programas (PPP), de modo a assegurar a integração efetiva dos aspectos biofísicos, econômicos, sociais e políticos, o mais cedo possível, aos processos públicos de planejamento e tomada de decisão.

Para Frederico Rodrigues Silva<sup>37</sup>, anota-se a Avaliação Ambiental Estratégica é o “processo de avaliação dos impactos ambientais de ações estratégicas que ocorrem em todos os níveis decisórios governamentais que precedem a fase de projetos específicos”. Em suma, “é uma forma de análise e avaliação de impacto de ações e consequências ambientais nos níveis mais estratégicos de decisão das Políticas, Planos e Programas — PPP’s — de intervenção estatal, sejam setoriais, regionais, ou em áreas programáticas”.

Sadler e Verheem<sup>38</sup> indicam que “os blocos de construção da abordagem estratégica para a avaliação ambiental derivam das experiências com a AIA de projetos”, logo, experiências passadas e as lições adquiridas em aplicações de políticas e de planejamento de instrumentos baseados em AIA, orientam os estudos contemporâneos sobre a AAE.

---

<sup>34</sup> A avaliação ambiental estratégica (AAE) é um processo que tem por objetivo integrar o meio ambiente e considerações sustentáveis no processo de tomada de decisões estratégicas (tradução livre).

<sup>35</sup> SADLER, B.; VERHEEM, R. 1996. Status, Challenges and Future Directions. Strategic Environmental Assessment apud EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/166/160](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160). Acesso em 13. ago. 2013.

<sup>36</sup> PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. p 12-29.

<sup>37</sup> SILVA, Frederico Rodrigues. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & democracia**. Disponível em <[revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br](http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br)>. ISSN 1982-0496. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010), p. 301-329.

<sup>38</sup> Sadler, B. and R. Verheem. 1996. Status, Challenges and Future Directions. *Strategic Environmental Assessment* apud EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/166/160](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160). Acesso em 13. ago. 2013.

Entretanto, o conceito de Avaliação Ambiental Estratégica não deve se confundir com a ideia de Avaliação de Impactos Ambientais - AIA, isso é o que orienta o Ministério do Meio Ambiente do Brasil. Veja-se.

A AAE é um instrumento de caráter político e técnico e tem a ver com conceitos e não com atividades específicas em termos de concepções geográficas e tecnológicas. Pode-se concluir, portanto, que a AAE não se confunde com a avaliação de impacto ambiental de grandes projetos, como os de rodovias, aeroportos ou barragens, que normalmente afetam uma dada área ou um local específico, envolvendo apenas um tipo de atividade; as políticas, planos ou programas de desenvolvimento integrado que, embora incorporem algumas questões ambientais em suas formulações, não tenham sido submetidos aos estágios operacionais de avaliação ambiental, em especial, à uma apreciação de alternativas baseada em critérios e objetivos ambientais, com vista à tomada de decisão; eos relatórios de qualidade ambiental ou as auditorias ambientais, cujos objetivos incluem o controle periódico ou a gestão de impactos ambientais das atividades humanas, mas que não possuem como objetivo específico informar previamente a decisão relativa aos prováveis impactos de alternativas de desenvolvimento.

Neste diapasão, Souza<sup>39</sup> diz que a Avaliação Ambiental Estratégica “é a face da ‘avaliação de impacto ambiental’ que pode, no caso da realidade institucional brasileira, exercer importante papel no processo de desenvolvimento na maneira de se fazer avaliação de impacto ambiental” e, complementa que: “sobretudo, no uso da avaliação de impacto ambiental como instrumento de direcionamento do planejamento urbano”.

A AAE seria, então, um instrumento de política ambiental sistemático, público, participativo e democrático, que objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação da variável ambiental no processo de planejamento estratégico das políticas públicas<sup>40</sup>.

Desta maneira, é compreensível que a designação da AAE no Brasil e na União Européia seja a mesma exprimida em todo o seio global, vista como um processo sistemático para avaliar as consequências ambientais das políti-

---

<sup>39</sup> SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. **Avaliação Ambiental Estratégica (AAE):** Limitações Dos Estudos De Impacto Ambiental (EIA). XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos. Disponível em [http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36\\_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf](http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf). Acesso em 13 ago. 2013. p. 3.

<sup>40</sup> SILVA, Frederico Rodrigues. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & democracia.** Disponível em <revisitaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. ISSN 1982-0496. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010), p. 301-329.

cas estatais, isto com o escopo de viabilizar a consecução do tão desejado desenvolvimento sustentável.

Muitos são os objetivos e a conveniência de se conceder aplicabilidade ao fenômeno da Avaliação Ambiental Estratégica, porquanto consiste em instrumento que viabiliza a efetiva prevenção de danos ambientais futuros e a diminuição dos impactos ambientais presentes<sup>41</sup>.

É por isso que a AAE consiste em processo que contribuiu, diretamente, para o Desenvolvimento Sustentável, pois age a fim de gerar um contexto de decisão mais amplo e integrado com a proteção ambiental e a melhor capacidade de avaliação de impactos cumulativos.

É cediço que a legislação ambiental brasileira encontra fundamento vigente na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei nº 6.938/1981, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente, mas não há qualquer norma específica institucionalizada sobre o tema em âmbito nacional, isto para a regulamentação de seu processo regulatório.

A regulamentação da AAE seria importante para legitimar os seus, condutores em virtude da necessária articulação institucional e promoção de ações vitais para a participação popular no processo, além de viabilizar a alocação de recursos humanos e financeiros para sua implementação.

## 5. A NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO DIMENSIONAL PARA O ALCANCE DA AAE

É de se observar que sem o equilíbrio das dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica não há Sustentabilidade. Por conseguinte, sem a Sustentabilidade não há o equilíbrio que viabilize o uso da Avaliação Ambiental Estratégica. Ainda, sem ferramentas tais como Avaliação Ambiental Estratégica, impossível se alcançar o Desenvolvimento Sustentável. Finalmente, o Desenvolvimento Sustentável é meio para a consecução da Sustentabilidade e, sem aquele não há o que se falar nesta. Isto porque se precisa da harmonia de todas as dimensões.

Assim, a Sustentabilidade faz parte de um ciclo, englobando o começo e o fim deste, perfazendo-se em um processo que busca o equilíbrio do bem estar.

---

<sup>41</sup> BRASIL. MMA- Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. p. 14.

**Figura 1 — O Ciclo do Equilíbrio do Bem Estar**



As reflexões acerca da Sustentabilidade provocam a necessidade de releitura dos antigos modelos, lançando um olhar diferenciado nas relações econômicas, sociais e ecológicas. O equilíbrio nestas três dimensões, somados a força da dimensão tecnológica, é condição inescapável para se alcançar o verdadeiro Desenvolvimento Sustentável<sup>42</sup>.

Assim, entender a Sustentabilidade, nas suas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica, é como um imperativo ético tridimensional: inserido em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações e em solidária sintonia com natureza, isto é, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação<sup>43</sup>.

Desta forma, inadmissível pensar na Sustentabilidade sem compreender o alcance da totalidade das suas dimensões. Freitas<sup>44</sup> assinala que: “é irrenunciável que o conceito de sustentabilidade insira a multidimensionalidade do bem-estar como opção deliberada pelo reequilíbrio dinâmico a favor da vida”.

Ora, o desenvolvimento do homem com o meio natural se deu, em especial, a três fatores: a demografia, a capacidade técnica e o número/qualidade das novas necessidades "artificiais" ou "intelectuais", as quais não condizem com a subsistência natural<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. **20 Anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios**. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

<sup>43</sup> BODNAR, Zenildo. **A Sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição**. Revista Jurídica Cesumar — Mestrado. p. 340.

<sup>44</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 49.

<sup>45</sup> FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Revista **Novos Estudos Jurídicos — NEJ**. Vol. 18. n. 3, p. 347. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos). Acesso em: 19 fevereiro 2014.

No que concerne à evolução técnica, que hoje compreende a dimensão tecnológica da Sustentabilidade, existem cinco fases de progresso ao movimento ambiental. São elas: a primeira fase é a repreensiva, em que se visou proteger o meio ambiente proibindo e punindo pelo seu uso; a segunda fase é a preventiva, a qual entendeu que mais valia se precaver dos danos a coagir suas consequências; a terceira fase é a participativa, que considerou o dever de proteção ambiental não só do governo, mas de toda a sociedade, com a responsabilidade compartilhada; a quarta fase é a que envolve as técnicas de mercado e a internacionalização dos custos, a qual busca a dinâmica e a lógica interna do mercado para facilitar as decisões e ações favoráveis ao meio ambiente, como a economia verde; por fim, a quinta fase são as técnicas abrangentes, que consistem na mesma gestão ambiental em todo o processo, desde a obtenção de matérias-primas, através de processos de produção, de vida do produto e, finalmente, do seu destino final<sup>46</sup>.

Na fase preventiva, Gabriel Real Ferrer<sup>47</sup> anuncia que o eficaz é enfatizar aspectos preventivos das decisões que podem ter impactos significativos sobre o meio ambiente, já entendendo que a Avaliação de Impacto Ambiental se apresenta como instrumento de prevenção ambiental. Veja-se:

Surge una nueva institución, La Evaluación de Impacto Ambiental. Su originalidad consiste esencialmente en que se constituye como un procedimiento singular articulado exclusivamente para asegurar la toma en consideración de las consecuencias ambientales de determinados proyectos sometidos a decisión pública (...), pero el decisivo avance que supón el a EIA y su generalizado éxito, se debe a que es un procedimiento concebido para tener en cuenta únicamente la repercusión ambiental de un proyecto, lo que dará lugar a una declaración — positiva o negativa— referida a esos solos efectos<sup>48</sup>.

Em que pese a Avaliação Ambiental Estratégica não tenha sido tratada, é evidente que o instrumento também se coaduna como ferramenta para a fase de prevenção. Nota-se que diferente da Avaliação de Impacto Ambiental, criticada por Gabriel Real Ferrer como mecanismo limitado que atua so-

---

<sup>46</sup> FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Revista **Novos Estudos Jurídicos — NEJ**. Vol. 18. n. 3, p. 353- 358. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos). Acesso em: 19 fevereiro 2014.

<sup>47</sup> FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Revista **Novos Estudos Jurídicos — NEJ**. Vol. 18. n. 3, p. 356. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos). Acesso em: 19 fevereiro 2014.

<sup>48</sup> Surge uma nova instituição, a Avaliação de Impacto Ambiental. A sua originalidade consiste, essencialmente, em que se constitui como um método singular articulado exclusivamente para garantir a consideração das consequências ambientais de determinados projetos na tomada da decisão pública (...), mas a descoberta envolvendo o AIA e o seu sucesso generalizado se deve a um processo concebido para considerar apenas o impacto ambiental de um projeto, que irá resultar em apenas uma declaração — positiva ou negativa — que irá se referir somente a esses efeitos (tradução livre).

mente sobre um projeto, a Avaliação Ambiental Estratégica se diferencia por consistir em processo mais amplificado, o qual terá mais larga eficácia e repercussão na proteção ambiental.

Ainda assim, a Avaliação Ambiental Estratégica também encontra aplicabilidade na fase participativa, permitindo maior informação ambiental para a sociedade sobre os resultados dos estudos estratégicos; e também na fase das técnicas abrangentes, pois ao cuidar da avaliação estratégica de política, plano ou programa desde o início do processo, seja privado ou público, permite a aplicação do princípio da gestão ambiental, conhecido como do "berço ao túmulo, cuidando dos possíveis danos desde o início até o fim do processo".

Sobre o tema, a Avaliação Ambiental Estratégica apresenta quatro conceitos básicos constituintes, os quais são: Ambiente, *Sustentabilidade*, Estratégia e Avaliação. A Sustentabilidade, baseando-se no termo sustentável, significa aquilo que pode ser mantido ao longo do tempo. Ela pode se designar pelo estado ou processo resultante do cumprimento dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável num longo prazo e em todos os níveis<sup>49</sup>.

Para melhor influenciar um processo de decisão (seja de planejamento ou programação), a AAE deve partilhar deste comportamento de continuidade. Daí que se refere à AAE como instrumento que se exprime na forma de um processo que deverá acompanhar o processo de planejamento e programação da concepção e elaboração de políticas, planos e programas, e não sobre o seu resultado, facilitando a integração das questões de ambiente e da Sustentabilidade<sup>50</sup>.

Desta feita, denota-se que a Avaliação Ambiental Estratégica é um dos mecanismos que se enquadra na dimensão tecnológica da Sustentabilidade. É inadmissível pensar na AAE sem o equilíbrio dimensional da Sustentabilidade, tratando-se de ferramenta que pode atuar de maneira efetiva na consecução do Desenvolvimento Sustentável.

Nesta perspectiva, só tem-se este planeta como habitável e por isso ele não poderá ser descartado ao lixo após sua total degradação, é preciso limpar a bagunça de casa antes que seja tarde. Isto com o enfrentamento coletivo

---

<sup>49</sup> PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente: Portugal, 2007. p. 9. Disponível em: [http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia\\_aae\\_pt.pdf](http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf). Acesso 15 fevereiro de 2014.

<sup>50</sup> PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente: Portugal, 2007. p. 9. Disponível em: [http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia\\_aae\\_pt.pdf](http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf). Acesso 15 fevereiro de 2014.

das mazelas sociais deste milênio, cuidando para preservar a qualidade de vida mundial<sup>51</sup>.

Assim, a Avaliação Ambiental Estratégica se constitui numa das ferramentas pragmáticas a permitir a efetividade do Desenvolvimento Sustentável, também ajudando na dimensão tecnológica da Sustentabilidade.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade têm significados distintos. Enquanto o primeiro foca o crescimento econômico de uma forma alternativa, conciliando às necessidades da sociedade e do ambiente, como meio para que seja possível obter o equilíbrio entre progresso, a industrialização, o consumo e o meio ambiente saudável. A Sustentabilidade, por sua vez, é a concretização do processo de Desenvolvimento Sustentável, é o fim; é um macro projeto multidimensional que busca um futuro melhor para sociedade integrada no meio ambiente equilibrado.

É possível compreender que o pensamento do crescimento econômico sem medir a degradação ambiental é ultrajante. Ao passo que já lhe tomou lugar o ideal revolucionário do Desenvolvimento Sustentável e indo além, a completude da Sustentabilidade.

Os padrões da Sustentabilidade e do Desenvolvimento Sustentável são os últimos recursos para que a humanidade mantenha a vivência qualitativa ou quem sabe, apenas a sobrevivência nesta terra. Diante desta imprescindibilidade, estes institutos se demonstram como o novo paradigma jurídico pós-moderno. Por este norte, o que se passa a indagar é: como se pode trazer aplicabilidade para o Desenvolvimento Sustentável e a Sustentabilidade?

A Avaliação Ambiental Estratégica se mostra como um dos mecanismos imediatista ao alcance do Desenvolvimento Sustentável. Atuando como estudo avaliativo desde as primeiras formulações, até o processo de desenvolvimento estratégico das políticas, planos ou programas de ação, prevenindo a degradação ambiental.

Além disso, Avaliação Ambiental Estratégica se coaduna na dimensão tecnológica da Sustentabilidade, exigindo o equilíbrio dimensional da Sustentabilidade para encontrar pertinência e atuar de maneira efetiva na consecução do Desenvolvimento Sustentável.

---

<sup>51</sup> Finalmente, a suposição de que, para evitar este colapso é urgente mudar os nossos padrões de comportamento, ajustar-nos aos padrões da Sustentabilidade, são conceitos que fluem naturalmente da idéia nuclear de que sabemos que o que temos é isso, somente isso, e por isso temos que gerir (tradução livre).

Pelo discurso, é preciso que se institucionalizem meios regulatórios da Avaliação Ambiental Estratégica, criando-se legislação pertinente sobre o tema. Isto sem o cunho de deixar o processo como obstáculo burocrático ou aumentar os gastos públicos, mas para assegurar a exigência do estudo ambiental, ou seja, a obrigatoriedade do fomento preventivo e, ainda, a consecução da tomada de decisões estratégicas ambientais, dando o relevo merecido para tal ferramenta jurídico ambiental.

## REFERÊNCIAS

BODNAR, Zenildo. **A Sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição**. Revista Jurídica Cesumar — Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>.

BRASIL. MMA - Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional Português**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 57-130.

CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade**. Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.

Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972), parágrafo 6. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>.

EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/166/160](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160). Acesso em 13. ago. 2013.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista NEJ — Eletrônica**, Vol. 17

— n. 3 — p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos).

FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho*. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.); FERRER, Gabriel Real [et. al]. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013.

FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>.

FERRER, Gabriel. *La construcción del derecho ambiental*. **Revista Novos Estudos Jurídicos — NEJ**. Vol. 18. n. 3. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos).

FILHO, Marçal. **Projeto de Lei n. 261/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491399>.

FILHO, Sarney. **Projeto de Lei n. 4996/2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565264>.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

GABEIRA, Fernando. **Projeto de Lei n. 2.072/03**. Altera a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Câmara dos Deputados, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/166730.pdf>.

GONÇALVES, Paulo César. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/166/160](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160). Acesso em 13. ago. 2013.

HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?:** texto crítico de Pedro Martinez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis: Vozes, 2006.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ONUBR. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>.

**Objetivos do Milênio**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>.

PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007.

PASOLD, Cesar Luís. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011.

Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Relatório Brundtland, "Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>.

SENADO FEDERAL. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>.

SADLER, B.; VERHEEM, R. 1996. Status, Challenges and Future Directions. Strategic Environmental Assessment *apud* EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em: [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/166/160](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160).

SILVA, Frederico Rodrigues. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & democracia**. Disponível em <[revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br](http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br)>. ISSN 1982-0496. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010)

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. **20 Anos de Sustentabilidade:** reflexões sobre avanços e desafios. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>.

SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. **Avaliação Ambiental Estratégica (AAE):** Limitações Dos Estudos De Impacto Ambiental (EIA). XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos. Disponível em [http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36\\_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf](http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf).

THERIVEL, Riki. **Strategic Enviromental in Action**. 2. ed. Washignton DC: earthscan, 2010.



# CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

*Natália Zampieri\**

## **Resumo**

O presente artigo tem por fim estudar o complexo tema da responsabilidade política, com foco na tendência da transformação da responsabilidade política em responsabilidade jurídico-penal. Para tanto, faz-se uma breve retrospectiva histórica, uma apresentação das teorias existentes para explicar o fenômeno da responsabilidade política, bem como situações que contribuem para a sobreposição ou combinação da responsabilidade política com a responsabilidade jurídico-penal do governante. Por fim, serão feitas considerações a respeito das dimensões da responsabilidade, seja pela prevenção da responsabilização, seja pela própria responsabilização, passando ainda pela análise de perspectiva sobre a representação política.

## **Palavras-chave**

Representação. Responsabilidade política. Politização da justiça.

## **Abstract**

This paper aims to study the complex issue of political responsibility, focusing on the trend of transformation of political responsibility in criminal responsibility. Therefore, we make a brief historical perspective, a presentation of existing theories to explain the phenomenon of political responsibility, as well as situations that contribute to overlapping or combination of political responsibility with the criminal responsibility of the ruler. Finally, considerations are made about the dimensions of responsibility, passing by preventing accountability, responsabilization and the analysis of the perspective on political representation.

## **Keywords**

Representation. Political responsibility. Politization of justice.

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo que se seguirá pretenderá avaliar a situação da judiciarização da política e o alargamento da intervenção do judiciário no âmbito político, ou seja, pretende-se refletir sobre o fenômeno da criminalização da política.

---

\* Doutoranda em Direito Público, Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do Centro Universitário de Araraquara, São Paulo. Advogada.

Para tanto, desde já é importante enfatizar que será considerado, para este estudo, um conceito amplo de governante, segundo o qual fazem parte desta classificação todos aqueles que possam ser considerados decisores políticos institucionais.

De acordo com o entendimento de Montesquieu, todo homem que esteja investido de autoridade tende a abusar dessa, até que atinja o limite imposto a esta autoridade. Os atores, cujos cargos políticos leva consigo um forte caráter de responsabilidade, atuam no confuso ambiente das relações entre a política, a moral e o direito.

Historicamente, foi com o abandono do *impeachment*, mecanismo judicial com finalidade política, que restou sinalizada a substituição de uma 'justiça política' pela idéia de 'responsabilidade política', ou seja, a separação conceitual e procedimental entre o 'ilícito jurídico' e o 'ilícito político'. Se a separação conceitual e teórica é precisa, diversa é a realidade prática, tendo em vista o frágil limite existente entre uma e outra.

A difícil tarefa de tentar explicar o fenômeno da criminalização da política será dividida em três partes. Em um primeiro momento, estarão em foco a responsabilidade política e as possíveis causas da criminalização dos comportamentos políticos.

Em seguida, e com base nas constatações dispostas na primeira parte, serão feitas algumas considerações e reflexões acerca da interferência do Poder Judiciário em decisões políticas tomadas no exercício das funções políticas.

Por último, pretender-se-á avaliar a responsabilidade sob três perspectivas: a perspectiva da prevenção da responsabilização, a perspectiva da representação e a perspectiva da responsabilização.

## 2. CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

### 2.1. A responsabilidade política

A responsabilidade dos sujeitos investidos de poder, em particular de poder político, é atualmente um grave e preocupante problema que se faz presente em alguns países. Diversos são os discursos relacionados ao conceito de responsabilidade política e várias também são as suas classificações, considerações e consequências.

O conceito de responsabilidade política não possui contornos definidos com precisão. Isso acontece, pois tal conceito está ligado a premissas

culturais e ideológicas, variáveis conforme o tempo e o espaço onde estão inseridas.<sup>1</sup>

A responsabilidade política é conexas ao princípio do Estado de Direito Democrático e está relacionada a um dever de prestar contas, pressupondo, em certa medida, uma margem de liberdade de decisão. As sanções levam em consideração valores políticos, implicando sempre em uma ruptura ou perturbação das relações de confiança.<sup>2</sup>

Historicamente, tendo em vista que o centro do poder político estava concentrado no Monarca, era por meio da responsabilidade jurídica, nomeadamente a penal, que se conseguia responsabilizar um governante e retirá-lo do poder. Após o deslocamento do poder político do Monarca ao Parlamento, a situação foi alterada. Para evitar que um confronto político tivesse como única saída a via judicial, e considerando também que algumas vezes inexistia conteúdo jurídico, mas sim apenas político, surgiu a responsabilidade política.<sup>3 4</sup>

O aparecimento de tal categoria de responsabilização está associado, portanto, ao nascimento do parlamentarismo, cujo contexto histórico remonta à Inglaterra do século XVIII, sendo possível considerar que os fatos que se sucederam no século anterior propiciaram a formação de tal regime.<sup>5</sup>

As primeiras manifestações apresentaram caráter individual e, a partir de 1782, com o afastamento de Lord North e de seu gabinete diante de um

---

<sup>1</sup> ANGIOLINI, Vittorio. Le bràci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica. In: **Rivista di Diritto Costituzionale**. 1998, p. 59.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 118.

<sup>3</sup> Exceção ao princípio da *rule of law* foi a possibilidade de intervenção parlamentar na justiça penal por meio do *bill of attainder* e do *impeachment*. Utilizado no século XVI, o *bill of attainder* consistia na imposição de uma pena a uma determinada pessoa por meio de uma lei emanada do Parlamento; o *impeachment*, usado na Inglaterra pela última vez em 1806, é outra exceção ao curso da justiça ordinária, mas ao contrário do *bill of attainder* exigia a imputação de um delito e aproximava-se a um verdadeiro processo. O *impeachment* foi um mecanismo importante na passagem do período absolutista para a consagração da monarquia. Já na passagem da monarquia ao parlamentarismo, a idéia de justiça política foi abandonada e substituída pela responsabilidade política. DIEZ-PICAZO, Luis Maria. **La criminalidad de los gobernantes**. Barcelona: Crítica, 1996, pp. 51-57, 59.

<sup>4</sup> A valorização da responsabilidade política em detrimento do *impeachment* denota a grande importância e influência do Parlamento nesta época. Se considerarmos que atualmente o Judiciário é a 'estrela da vez', pode-se compreender a criminalização da política, mesmo que em sentido negativo.

<sup>5</sup> URBANO, Maria Benedita. **Representação Política e Parlamento**: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 178-180.

voto de desconfiança parlamentar, a responsabilidade política passou a ter um caráter coletivo.<sup>6 7</sup>

Este tipo de sistema caracteriza-se por uma estreita colaboração entre os poderes Legislativo e Executivo. É possível afirmar que uma série de mecanismos parlamentares interfere no Executivo em diversos momentos: desde a outorga ao Governo, pelo órgão legislativo, da investidura inicial; passando pelo controle parlamentar; e até a finalização do mandato parlamentar, com a dissolução antecipada das Câmaras, com a perda da confiança ou com a aprovação de uma moção de censura.<sup>8</sup>

O controle parlamentar é assim o núcleo essencial das relações entre esses dois poderes. Para que haja estabilidade no governo, o Primeiro-Ministro necessita de apoio parlamentar, ou seja, a dependência funcional pressupõe como condição de legitimidade do Governo a confiança do Parlamento. É possível, portanto, considerar (i) a existência de uma relação fiduciária entre Parlamento e Governo, bem como a idéia da (ii) responsabilidade política do Governo perante o Parlamento. Estas relações de fé e responsabilidade são consideradas a essência final do parlamentarismo, no qual o Parlamento cuida dos procedimentos necessários para que a relação de dependência entre o povo e os governantes seja efetiva. O Parlamento, portanto, atua como mediador, e possui a obrigação de garantir a obediência do Governo à vontade popular. O controle parlamentar do Governo seria assim o único meio existente para que os cidadãos controlassem os governantes.<sup>9</sup>

A questão da responsabilidade política está interligada, portanto, ao princípio da confiança<sup>10</sup>, uma vez que a responsabilização pressupõe a reti-

---

<sup>6</sup> O Parlamento, aproveitando-se do seu poder de forma intencional, convidava alguns de seus ministros a se demitir. URBANO, Maria Benedita. Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. In: **Boletim da Ordem dos Advogados**. n. 27, Jul./Ago. 2003, p. 38.

<sup>7</sup> Inicialmente, o Parlamento era um órgão composto por integrantes não ligados entre si por laço ideológico. Evolutivamente, os membros do Parlamento passaram a formar forças partidárias primárias, conhecidas como 'partidos de quadros' e, posteriormente, transformou-se em partidos políticos. A presença e a importância dos partidos políticos é relevante; e a idéia da responsabilidade política está, inclusive, intimamente ligada aos partidos políticos. CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite. **A responsabilidade política**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010, p. 118.

<sup>8</sup> GARCIA MORILLO, J.; MONTERO GIBERT, J. R. **El control parlamentario**. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 17-18.

<sup>9</sup> GARCIA MORILLO, J.; MONTERO GIBERT, J. R., pp. 17-21.

<sup>10</sup> Sobre a confiança, importante salientar o seguinte: considerando (i) que a responsabilidade política nasce da confiança depositada em alguém que esteja disposto a desempenhar funções públicas, seja por representação ou designação, e que só se pode ser responsável frente a quem outorgou a confiança; e que (ii) o depósito da confiança em uma pessoa é feita, num momento inicial, pelos eleitores por meio do voto GARCIA MORILLO, Joaquin. Responsabilidad política y responsabilidad penal. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 18, n. 52, Ene./Abr. 1998, pp. 87-88; não é, entretanto, coerente diluir a responsabilização e jus-

rada da confiança outorgada e conexas às funções públicas desempenhadas por um agente político. No contexto da responsabilidade política, os atos em questão referem-se a condutas lícitas — errôneas ou fracassadas — , cujos critérios relacionam-se com a oportunidade.<sup>11</sup>

A responsabilidade política, diferentemente da responsabilidade jurídico-penal, requer mais do que um mínimo de nexo causal entre o comportamento e o feito reprovável: ela é também uma responsabilidade em sentido de ‘titularidade de função pública’. Por este motivo, pode-se entender que a responsabilidade política possa ser objetiva.<sup>12</sup>

A doutrina diverge consideravelmente em diversos aspectos acerca da responsabilidade política. Alguns autores afirmam possuir o instituto um conceito amplo, incluindo a responsabilidade jurídico-penal quando ela vise o agente político; para outros autores, a responsabilidade política deve ser entendida em termos estritos, existindo unicamente em regimes parlamentares.<sup>13</sup>

---

tificar determinados atos, na tentativa de tornar, por conseguinte, o agente irresponsável sob o fundamento de que aqueles que iniciaram a cadeia da confiança foram os próprios eleitores.

<sup>11</sup> Estas questões, como é possível observar, de nada dizem respeito aos conceitos de dano ou culpa, que são elementos da responsabilidade jurídica. Para o autor, a responsabilidade política é objetiva. *Idem*. pp. 85-86.

<sup>12</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **La criminalidad de los gobernantes**. Barcelona: Crítica, 1996, p. 78.

<sup>13</sup> Em linhas gerais, segundo o entendimento de Olivier Beaund, Philippe Ségur, Christian Bidégaray e Claude Emeri, a partir de determinadas idéias pode-se aplicar o conceito de responsabilidade política. Partindo tanto unicamente do pressuposto (i) da responsabilidade em sentido geral; como (ii) das pressões sobre os governantes; ou também (iii) desses dois fatores verificados de forma conjunta, os autores constroem um conceito de responsabilidade política amparado na atitude ética e política, autorizando uma definição de critérios objetivos para tal conceito. Notadamente, esta definição tende a demarcar o limite do conceito em torno do regime parlamentar, considerando que outros regimes políticos conhecem de outras formas de responsabilidade dos governantes que não a responsabilidade política. Portanto, a unidade dos regimes parlamentares e o entendimento da aplicação da responsabilidade política por moção de censura e perda de confiança são elementos fundamentais e determinantes. No que diz respeito às considerações de Louis Favoreu, o autor recusa a definição do conceito de responsabilidade política (apesar de entender que a responsabilidade dos governantes se opõe à responsabilidade civil e penal). Segundo seu entendimento, o conceito torna-se inútil na descrição do direito positivo. Parte de uma teoria geral da responsabilidade para considerar os possíveis elementos da chamada responsabilidade política entendida por outros. O autor recusa ver na minoria do governo e na obrigação de pedir demissão uma sanção jurídica. A bibliografia sobre o assunto é vasta, mas é possível citar os seguintes textos: BEAUD, Olivier. Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**. n.º 4, 1997, pp. 997-999; SEGUR, Philippe. Qu'est-ce que la responsabilité politique? In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**. n.º 6, 1999, pp. 1600-1602, 1611-1614; BIDÉGARAY, Christian. Le principe de responsabilité fondement de la démocratie: petite promenade dans les allées du <jardin des délices démocratiques>. In: **Pouvoirs**. n.º 92, 2000, pp. 11-14. FAVOREU, Louis.

A determinação dos tipos de responsabilidade política é útil para definir em que consiste as sanções e quem as impõe. Por outro lado, mesmo diante do maior esforço possível na determinação precisa dos seus termos, o tema continua em debate e sem uma solução definitiva, objetiva e eficaz. De acordo com a doutrina, a responsabilidade pode ser do tipo institucional, difusa e institucional livre.

A primeira, refere-se ao poder de reprovação que um órgão do Estado possui perante outro, podendo culminar na cessação ou na demissão do titular do órgão, cujas funções foram exercidas de modo reprovável. Trata-se de um tipo de responsabilidade que se identifica com o sistema de governo parlamentar, cuja perda da confiança pode ocorrer por meio de mecanismos institucionais, como, por exemplo, a moção de censura e a moção de confiança.<sup>14</sup>

A responsabilidade política pode também ser do tipo difusa. Decorrente do primado da liberdade de opinião, ela está presente em todos os sistemas políticos democráticos. Para efetivar a responsabilização do governante, esse tipo de responsabilidade se apresenta por meio de mecanismos informais, como, por exemplo, pelas críticas públicas, pela rápida veiculação de informações pela comunicação social e pelo comportamento eleitoral sancionador àquele sujeito político que se reputa politicamente responsável por uma má gestão.<sup>15</sup>

Por último, Giuseppe Ugo Rescigno também aponta a existência de um terceiro tipo de responsabilidade política: a responsabilidade política institucional-livre. Este tipo de responsabilidade política caracteriza-se pelas críticas apontadas espontaneamente pelos políticos influentes e da amplificação de tais críticas por meio de campanhas de deslegitimação apoiada pelos meios de comunicação de massa. Esta espécie de responsabilidade política, tendo em vista as críticas veiculadas, atinge diretamente, por via indireta, o sujeito político alvo da crítica, ocasionando o eventual consenso do próprio partido político em aplicar sanções políticas.<sup>16</sup>

Tendo em vista o desenvolvimento teórico apresentado até o presente momento, é possível considerar que a responsabilidade política institucional, pedra angular da organização e do funcionamento do parlamentarismo, não está presente na forma de governo presidencial, tendo em vista a rígida separação de poderes. Neste último, tanto o poder Executivo como o Legislativo são diretamente eleitos pelo povo e autonomamente responsáveis. Díez-

---

De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République. In: **Revue française de Droit Constitutionnel**. n.º 49, Jan./Mar. 2002, pp. 7-29.

<sup>14</sup> RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **La responsabilità Politica**. Milano: Giuffrè, 1967, pp. 65-67.

<sup>15</sup> RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **La responsabilità Politica**... pp. 113-116.

<sup>16</sup> RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Responsabilità**. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè. vol. 39, 1988, p. 1348.

Picazo afirma em uma passagem do seu livro que a forma de governo presidencial não conhece outra forma de responsabilidade política que não a difusa,<sup>17</sup> podendo ser incluída, neste âmbito, a responsabilidade institucional-livre.

Por fim, a responsabilização penal pode ser entendida como uma espécie de censura, necessária diante da constatação da autoria de condutas lesivas a bens jurídicos essenciais, que ocorre mediante a imposição de penas públicas. A responsabilidade política, por sua vez, concretiza-se, em última instância, na submissão dos governantes a sufrágio.<sup>18</sup>

## 2.2. Possíveis causas da criminalização da política

Atualmente, e justamente pelo que se seguirá neste estudo, será possível observar que o instituto da responsabilidade política institucional está em declínio, não pela sua inutilidade, mas sim por diversos outros motivos, dentre os quais Denis Baranger, por exemplo, aponta três. O primeiro, reside na profunda transformação de ética pública; o segundo, refere-se à mudança da atuação pública e das novas exigências sociais; o terceiro diz respeito à retroatividade através da qual os resultados da gestão devem ser postos em causa. Apesar da interessante enumeração de fatores, não caberá a este estudo desenvolvê-las com a devida atenção que merecem.<sup>19</sup>

Independentemente das diversas classificações, dos elementos que compõe o instituto da responsabilidade política, da responsabilidade jurídico-penal dos governantes, dos mecanismos e dos tipos de sanções impostas, parece que, mais do que uma responsabilidade do governante perante o povo e, inclusive pelo próprio desenvolvimento histórico do instituto, acaba-se por reafirmar o duelo milenar entre a soberania e a liberdade, entre o poder e o homem livre. Na atualidade, pode não ser imprudente concluir que a prática política demonstra inúmeras falhas geradas por atos irresponsáveis e o que não pode ser permitido é a construção argumentativa dos institutos dependendo da posição em que o usuário se encontra: se numa posição de apoio ao exercício do poder ou em funções ou atividades de oposição ao governo.

---

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. pp. 51-57, 59.

<sup>18</sup> PALMA, Maria Fernanda. Responsabilidade política e responsabilidade penal: três casos controversos. In: **Sub Judice**. n.º 6, Mai./Ago./1993, p. 5.

<sup>19</sup> BARANGER, Denis. Une tragédie de la responsabilité. In: **Revue Du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**. n.º 1, 1999, pp. 32-33.

### *2.2.1. Situação em que um mesmo comportamento pode gerar responsabilidade política e responsabilidade jurídico-penal*

Existem algumas situações em que é possível verificar a absorção da responsabilidade jurídico-penal pela responsabilidade política. Este fenômeno pode ocorrer quando aquele que cometeu ato politicamente reprovável também atuou de forma ilícita. Quando isso ocorre, os delitos políticos concorrem com a criminalidade do governante, pressupondo responsabilidade política aos delitos políticos e responsabilidade jurídico-penal à criminalidade do governante. Segundo o entendimento de Lawrence Tribe, este fenômeno pode permitir tanto a impunidade daqueles indivíduos que estão apoiados pela maioria, como possibilitar que a maioria incrimine a minoria política e os dissidentes, provocando um efeito negativo no funcionamento da democracia.<sup>20</sup>

As motivações para que este tipo de situação ocorra podem ser de diversas espécies e podem contribuir para a absolvição, neutralização ou desaparecimento de uma pela outra.<sup>21</sup> É possível e mais comum, entretanto, que o inverso ocorra: a absorção da responsabilidade política institucional pela responsabilidade jurídico-penal.

### *2.2.2. A confusão entre a responsabilidade política e responsabilidade jurídico-penal*

Como é possível observar, o equilíbrio entre as duas comentadas responsabilidades é muito frágil, e um erro na noção daquilo que cada uma representa pode conduzir a uma confusão nos diversos sistemas jurídicos.<sup>22</sup>

Justamente por serem traçadas por pontos de partidas diferentes não deveriam se confundir,<sup>23</sup> mas não é bem assim que acontece na prática. A corrupção ou a atuação ilícita de responsáveis políticos têm gerado uma enorme conflituosidade jurídica, provocando o seguinte fenômeno: o compartilhamento ou a tomada do juízo de legalidade em face ao juízo de oportunidade, acarretando aspectos negativos.<sup>24</sup>

Continuam a ser frequentes os debates sobre *“la concurrencia de la denominada responsabilidad política y sobre la aplicación de la responsabilidad penal a*

---

<sup>20</sup> TRIBE *apud* DÍEZ-PICAZO, Luis María. p. 82.

<sup>21</sup> Neste sentido: URBANO, Maria Benedita. Responsabilidade política... pp. 38-39.

<sup>22</sup> BARANGER, Denis. p. 28.

<sup>23</sup> Uma importante característica que distingue a responsabilidade política da responsabilidade jurídica penal é a possibilidade de, na primeira, ser deduzida a responsabilidade por atos de terceiro, permitindo reconhecer a responsabilidade política de um superior mesmo que este não tenha cometido diretamente um ato. A responsabilidade jurídica, por sua vez, pressupõe a determinação do indivíduo que cometeu o ato.

<sup>24</sup> GARCIA MORILLO, Joaquín. pp. 81-82.

*las actuaciones desarrolladas por responsables políticos en el ejercicio de su cargo*",<sup>25</sup> tendo em vista a utilização da tática do deslocamento da arena política para a jurídica, com a finalidade de evitar a responsabilidade política, ou vice-versa.<sup>26</sup>

Incontestável é a situação da necessidade da responsabilização penal caso um delito tenha sido cometido. Gera controvérsias, por outro lado, a sobreposição, algumas vezes com fins estritamente estratégicos, da responsabilidade penal nas atividades políticas, valendo-se do Judiciário como substituto<sup>27</sup> e provocando efeitos nocivos na democracia.

Apesar de poderem ser distinguidos, na teoria, os aspectos conceituais e delimitadores da responsabilidade política e da jurídico-penal, a verdade é que na prática a separação das duas pode torna-se irreal. O problema da autonomia entre estas duas responsabilidades reside em argumentos mais complexos.

Para considerar um sujeito político responsável politicamente, o fator relevante é o seu comportamento político de acordo com as atribuições e tomada de decisões inerentes ao cargo. Para a responsabilidade política, caso avaliada puramente, o delito eventualmente alegado não deveria ser relevante. Mas quando há o elemento da alegação delitual, os argumentos se invertem e a autonomia da responsabilidade política impede que a controvérsia política se resolva exclusivamente em termos políticos. Portanto, a distinção entre ambas responsabilidades somente seria possível se um discurso penal não entrar na cena do debate político.

Díez-Picazo, dentre outros autores, afirma que a força vinculante das sanções de natureza política são impostas por meio de um critério de oportunidade, não seguindo um critério estritamente moral ou jurídico. Considera que a responsabilidade política constitui, portanto, uma categoria diferenciada pelo fato de ser possível afirmar que uma atuação política pode ser, ao

---

<sup>25</sup> *Idem.* p. 82.

<sup>26</sup> Este fenômeno de transferência da responsabilidade política para a penal desloca o debate para o âmbito jurídico, possibilitando a substituição de critérios de oportunidade para os critérios de legalidade. *Idem.* pp. 82-84.

<sup>27</sup> Recorrer ao Judiciário como 'substituto' à irresponsabilidade política parece ser um argumento pouco consistente. Surge inicialmente quando a oposição, supostamente minoritária, não consegue fazer valer suas pretensões pelas vias ordinárias, ou seja, em sede parlamentar, recorrendo a critérios subjetivos de responsabilização normalmente jurídico-penal para contrapor seu 'peso' no Parlamento. A inconsistência do argumento se localiza no seguinte ponto: é legítimo o uso de mecanismo judicial-penal pela minoria parlamentar, caso essa minoria não consiga exigir uma responsabilidade política ou caso assim o faça apenas por uma questão de 'tentar fazer valer' suas pretensões no Parlamento?

mesmo tempo, moral, legal e inoportuna; ou talvez imoral, ilegal, mas oportuna.<sup>28</sup>

Esta consideração pode levar a algumas conclusões e observações importantes. Se, como diz o autor, a responsabilidade política pode não seguir critérios morais ou jurídicos, mas sim de oportunidade, isso equivale dizer que o ato do governante 'pode vir' a incidir sobre critérios morais e jurídicos. Se assim o fizer, pode eventualmente possibilitar a atuação do judiciário em detrimento do parlamento, provocando uma confusão entre a responsabilidade política e a responsabilidade jurídico-penal.

Refletindo sobre a idéia de Díez-Picazo, (i) uma atitude legal e inoportuna pressupõe responsabilização política; (ii) uma atitude ilegal e oportuna pressupõe uma responsabilização jurídico-penal; e (iii) uma atitude ilegal e inoportuna pressupõe as duas modalidades de responsabilização. Neste sentido, deve-se ter cautela na aceitação da doutrina diante da eventual aceitação tácita da 'oportuna' corrupção política.

Deve-se atentar, entretanto, ao fato de que (i) a utilização desmedida da responsabilidade jurídico-penal ou (ii) a utilização com fins políticos dessa mesma responsabilidade pode resultar na perda da operatividade da responsabilidade política institucional.

### *2.2.3. A pressão política para demissão: o retorno ao antigo modelo*

Considerando a origem, os motivos e as circunstâncias históricas que possibilitaram o surgimento da responsabilidade política institucional, é possível tecer outras considerações entre esta e a criminalização da política.

A ameaça, seja realizada por órgãos políticos ou pelo povo para que um político abandone o poder, afeta negativamente sua carreira e pode forçar uma situação por vezes desagradável, onde ou o político pede demissão, ou pode ser alvo de manobra jurídica que o envolva em situação enquadrada como ilícita.

Neste sentido, ocorre criminalização da política, sob o ponto de vista da oposição política, na medida em que é mais fácil apontar o cometimento de um ilícito para remover do poder aquele sujeito considerado 'mau político'.

É muito mais fácil encontrar um motivo jurídico-penal e valer-se da mídia para incitar uma possível demissão, do que argumentar defeitos na governação que justifique causas geradoras de destituição do poder, caso elas realmente existam.

---

<sup>28</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. pp. 72-73.

Historicamente, contemplou-se a evolução da responsabilidade jurídico-penal para a responsabilidade política. Entretanto, atualmente parece que o movimento caminha em sentido inverso.<sup>29</sup>

Verifica-se, então, um aproveitamento político da responsabilidade jurídica, (i) potencializado pela exposição pública, fazendo com que, tendencialmente, a (ii) sanção jurídica se torne também política, (iii) perseguindo judicialmente um político pela acusação da prática de ilícito, quando na verdade a intenção da acusação pode ser unicamente afastá-lo do poder.

### 3. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

#### 3.1. Aspectos gerais

A judicialização da política, que consiste, portanto, na utilização de processos judiciais como estratégia política, alterando a categoria dos atores políticos para o âmbito judicial e os tornando parte de um processo,<sup>30</sup> provoca a politização da justiça, que ao contrário do que possa parecer, não se fundamenta na perseguição judicial de delitos cometidos por políticos.<sup>31</sup>

A politização da justiça ocorre mediante o abandono do caráter jurisdicional pelos atores judiciais para se converterem em atores políticos, perseguindo objetivos também políticos, substituindo os critérios de legalidade pelos critérios de oportunidade.<sup>32</sup>

Conforme entende Kirchheimer, o objetivo da justiça política é justamente ampliar a área de atuação procurando o apoio dos tribunais para fins

---

<sup>29</sup> De acordo com Blanquer, autor que se posiciona favoravelmente à inclusão da responsabilidade política como uma espécie de responsabilidade jurídica, "*La volonté de réindividualiser la responsabilité correspond à un nouveau moment dialectique de notre trajectoire constitutionnelle et qui répond au moment précédent de désindividualisation*". BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VI<sup>e</sup> République. In: **Revue du Droit Public & de la Science Politique en France et à l'Étranger**. n.º 1/2, 2002, p. 264.

<sup>30</sup> GARCIA MORILLO, Joaquín. p. 109.

<sup>31</sup> "Qualquer que seja o caso, uma coisa é certa: a judicialização da política está a conduzir à politização da justiça. Esta consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força." SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php> Acesso em: 10 Dez. 2011.

<sup>32</sup> GARCIA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 18, n. 52, Ene./Abr. 1998, pp. 109-110.

políticos. A subordinação ao juízo dos tribunais consentirá à justiça política o reforço da sua posição e o enfraquecimento dos antagonistas políticos.<sup>33</sup>

É no deslocamento da controvérsia política do âmbito político para o âmbito judicial-penal, portanto, que se encontra a judicialização da política e a politização da justiça.

Afastada a viabilidade da atuação pela via política, a alternativa passa a ser a busca de possíveis fatos típicos na esfera penal. No momento que esses elementos são encontrados ou alegados como verdadeiros, ocorre a judiciarização da política. Deste passo até o próximo — o da politização da justiça — o espaço é muito pequeno: a atuação judicial e os efeitos gerados passam a ser lidos em termos políticos.<sup>34</sup>

### 3.2. O judiciário como fiscal da tomada de decisões políticas tomadas no exercício das funções políticas

Paradoxalmente, as Constituições conferem fundamento político ao direito e fundamento jurídico ao poder político;<sup>35</sup> as Constituições prevêm, pela divisão de poderes, em que medida um Poder pode tomar decisões vinculando os demais; e a medida é a observância das condições do direito.<sup>36</sup>

Atualmente, é evidente que os juízes não podem mais ser considerados ou seguir o pressuposto dado pela expressão que os considera a mera ‘boca da lei’. A evolução social e jurídica já não aceita mais essa premissa. Por outro lado, suscitar uma modificação jurídica é fazer política. Quando certas modificações jurídicas são realizadas por meio de decisões judiciais, casuísticas, e baseadas em princípios tornados provisórios conforme o valor conferido ao bem jurídico em questão, a estratégia argumentativa é a de buscar fora do direito uma razão para justificar um interesse.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> KIRCHHEIMER, Otto. *apud* MURGIA, Costantino. **La giustizia política in Italia e in Francia**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 1.

<sup>34</sup> GARCIA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 18, n. 52, Ene./Abr. 1998, p. 103.

<sup>35</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 17, n.º 68, Jun./Set., 2009, p. 319. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista de Direito Público**. n.º 3, ano II, Jan./Jun. 2010, p. 167.

<sup>36</sup> LUHMANN *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. p. 313. Segundo Maria Benedita Urbano, “[...] o exercício do poder, apesar de democraticamente legitimado, também deve estar sujeito ao direito [...]”. URBANO, Maria Benedita. **Representação Política...** p. 180.

<sup>37</sup> Nota-se ser evidente que os ideais de justiça pressupõem inevitavelmente desenvolvimento ou criação do direito pelos magistrados, não se tratando esse tipo de atuação como mau comportamento ou falta de ética. Entretanto, a questão que se coloca é em que limite eles podem ‘criar’ direito; ou seja: quem guarda o guarda? URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting agains Montesquieu’s legacy or a new configuration for an old principle? In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXVI, 2010, p. 628-635.

Na medida em que o Judiciário vislumbra a possibilidade de influenciar em questões políticas,<sup>38</sup> os políticos podem, por interesses também políticos, apoiar esse tipo de atitude em favor da criminalização da política e da politização da justiça.<sup>39</sup>

Incerto e mutável, o fenômeno da crise da justiça não parece ser exclusivo de um único país. Considerada não apenas uma crise da administração da justiça e nos conflitos entre políticos e magistrados, ela é comum a diversos sistemas democráticos e parece estar ligada à incerteza atual acerca do lugar a ser ocupado pelo poder judicial nas suas relações com o poder político,<sup>40</sup> dentre outros fatores.

Neste sentido, o entendimento clássico desenvolvido por Montesquieu a respeito da tripartição dos poderes já não parece mais se encaixar na realidade contemporânea, onde os limites dos poderes se encontram em uma zona fluida e indefinida.

A invasão, pelo Judiciário, da esfera das atribuições típicas do Legislativo, permite serem feitas àquele órgão algumas acusações, como, por exemplo, de falta de legitimidade democrática dos seus componentes.<sup>41</sup>

Além das cortes supremas passarem a atuar como se legisladores fossem, proferindo decisões que certas vezes vão além do disposto na lei ou da interpretação casuística que é permitida em casos específicos e onde existe a colisão entre princípios constitucionais, outros questionamentos estão em jogo.

No que diz respeito à sua imparcialidade e às consequências geradas, alguns autores questionam se um poder judicial independente pode ser uma ameaça à democracia, bem como quais são os critérios para determinar o

---

<sup>38</sup> Seja por abstenção da atuação dos outros Poderes, seja por usurpação das funções legislativas ou por seu próprio entendimento em acreditar poder atuar positivamente na política.

<sup>39</sup> Apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não se confundem: a judicialização da política pressupõe a transferência das decisões do Legislativo e Executivo para o Judiciário; e o ativismo trata-se de um comportamento ‘revisional’ dos juízes em matéria de competência dos outros poderes.

<sup>40</sup> MAGALHÃES, Pedro Coutinho. Corporativismo, judicialização da política e a “crise da justiça” em Portugal. In: **Revista do Ministério Público**. n.º 79, ano 20, 1999, pp. 12-14.

<sup>41</sup> A atuação como legisladores positivos pelos juízes provoca uma transferência inconstitucional de poder, uma vez que o parlamento é eleito pelo povo e os juízes não. URBANO, Maria Benedita. The law of judges... p. 631. “A diferencia de los países anglosajones, el método de selección de los jueces en la mayor parte de los países de la Europa continental está, total o parcialmente, desvinculado de los poderes legislativo y ejecutivo. Se piensa que la salvaguardia de la independencia judicial exige un método de selección irrefragablemente meritocrático, como es el proporcionado por el concurso o la oposición. Sin prejuicio de otras posibles valoraciones [...], es incontestable que dicho método de selección tiende a producir un tipo de juez ajeno al proceso político y, en consecuencia, institucionalmente despreocupado de las consecuencias políticas de su actividad.” DIEZ-PICAZO, Luis María. p. 161.

limite de cada um e a compatibilização do exercício do poder por parte dos magistrados em relação aos mecanismos de responsabilização política democrática.<sup>42</sup>

É possível considerar que em alguns casos a independência do judiciário corrobora para um aumento das tensões e manipulações políticas, resultado da auto-regulação do poder judicial<sup>43</sup> num instrumento de interesse dos próprios magistrados e da transferência de poderes de decisão dos parlamentos, dos governos ou da burocracia para os tribunais.<sup>44</sup>

Este fenômeno de transferência de poder aos tribunais possui motivações técnicas e políticas. No que tange às políticas, pode-se citar a existência de decisões judiciais sobre matérias polêmicas e que perturbam a estrutura tradicional do sistema partidário. Mas não é só: a delegação de poderes aos tribunais também pode estar relacionada com a moderna competição partidária somada à importância e ao poder de convencimento dos mecanismos de comunicação e de controle político, confirmando aquilo que já foi dito. Para as oposições, os resultados deste fenômeno podem colocar o governo em dificuldades políticas e em grave situação de constrangimento.

Na verdade, por acção ou omissão de governos e oposições que procuram legitimar-se, simplificar a sua agenda política, escapar à responsabilização política e usar o poder judicial como um substituto de outras formas de controlo político, aquilo que se tem vindo produzir é uma agudização da crise do poder judicial.<sup>45</sup>

De acordo com o entendimento de Boaventura de Sousa Santos, a criminalização da política e a politização da justiça podem ocorrer por duas vias, classificadas pelo autor como de baixa e de alta intensidade. A de baixa intensidade, que segundo seu entendimento afeta a judicialização da política em menor grau, consiste na investigação e eventual julgamento de membros da classe política por atividade criminosa relacionada ou não à sua função. Já a de alta intensidade, como foi o caso da 'Operação Mãos Limpas' (Operazione Mani Pulite), promove a transferência aos tribunais dos conflitos políticos através de denúncias cruzadas: não podendo uma questão ser resolvida em terreno político e valendo-se dos mecanismos disponibilizados pelo sistema, faz-se o uso da comunicação social e do Judiciário para tentar enfraquecer o adversário político. Adverte o autor ser somente possível avaliar se em um acontecimento ocorreu a de chamada 'baixa' ou a de 'alta' 'intensida-

---

<sup>42</sup> MAGALHÃES, Pedro Coutinho. pp. 16-17.

<sup>43</sup> Forma de neo-corporativismo resultado de uma troca implícita entre o poder judicial e o poder político quando, dentre outros fatores, existe (i) debilidade institucional dos parlamentos, (ii) concentração do poder nos executivos e nas burocracias e (iii) a distância entre os partidos e os eleitores são acentuadas.

<sup>44</sup> TORBJÖRN VALLINDER *apud* MAGALHÃES, Pedro Coutinho. p. 19.

<sup>45</sup> MAGALHÃES, Pedro Coutinho. p. 25.

de' após verificado o seu impacto no sistema político e judicial, o que não acontece de forma instantânea.<sup>46</sup>

## 4. RESPONSABILIDADE

### 4.1. Perspectiva sobre a prevenção da responsabilização

Constantemente, ao estudar o tema da 'responsabilidade', deparamo-nos com questionamentos a respeito da liberdade, da ética, da representação e de diversos outros aspectos que interagem diretamente com essa questão.

Diversas são as opiniões daqueles que descrevem, por exemplo, sobre a liberdade na tomada de decisões por um político: partindo de pressupostos diferentes, uns entendem que as decisões podem ser tomadas livremente, mas outros acreditam não ser isso possível.

A ética vem sendo estudada há muito tempo. Desde a época clássica grega, filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles já estudavam o assunto. Inicialmente entendida como um guia para o comportamento humano em todas as circunstâncias, foi posteriormente sintetizada por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco*. Passado o tempo, foi preciso que as noções iniciais se moldassem às novas exigências dos períodos históricos que se seguiram, influenciando ou sendo influenciada pela religião, por exemplo, noção essa da qual não compartilhava Maquiavel, para quem a esfera política possui uma ética própria.

Passados quatro séculos de quando Maquiavel propôs suas idéias, Max Weber, seguindo a mesma linha de raciocínio, propõe uma diferenciação entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade, pois entende que a política precisa ser guiada por outra concepção de ética, diversa daquela da vida privada. A ética da convicção se adequa ao mundo privado dos homens, que deve refletir e decidir quais valores incorporará em sua vida, firmando-se sobre valores anteriores às ações. A ética da responsabilidade é diferente: não se subordina a valores previamente construídos, mas sim naqueles que produzirão resultados eficientes.<sup>47</sup>

Diferente é, por exemplo, a ética da responsabilidade proposta por Hans Jonas, que embasa suas concepções nos entendimentos de Kant e utiliza os termos 'responsabilidade' e 'futuro' nas suas reflexões. Um tópico recorrente é o da ação humana, ostentando que cada ser humano possa se

---

<sup>46</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php> Acesso em: 10 Dez. 2011.

<sup>47</sup> WEBER *apud* GUIMARÃES, Calors Nunes. Maquiavel e Max Weber: ética e realismo político. In: **Argumentos: Revista de Filosofia**, ano 2, n.º 4, 2010, pp. 43-44.

tornar um cidadão preocupado com o que pensa e faz, hoje e para o futuro, pois o agir responsável promove ações positivas.

Hans Jonas pensa, neste sentido, na necessidade de uma 'ética do respeito' dirigida ao próximo<sup>48</sup>, pressuposto do próprio conceito de ética.<sup>49 50</sup> A prudência, para o autor, é o centro da ação segundo a moral, entendida como uma cautela necessária no momento de agir.<sup>51</sup>

A reflexão sobre a moralidade, denominada de ética, torna-se imprescindível quando as regras vigentes não mais podem ser utilizadas por prejudicarem algo ou alguém, ou porque contradizem aquilo que historicamente e humanamente se entendia como certo e errado. Neste sentido, quando inexistirem categorias pré-conhecidas para nortear a ação, a faculdade de julgar toma seu assento essencial, e o seu exercício torna-se de capital importância, configurando-se uma questão ética. No que diz respeito à autoria de uma atuação/abstenção ética, parece não ser coerente que um indivíduo tente se desresponsabilizar por um ato pelo motivo de que o executou em companhia de outros indivíduos. A ética deve ser tratada individualmente, mesmo diante de uma atuação em grupo.<sup>52</sup>

A responsabilidade pode se referir tanto a um evento passado quando a um evento futuro. Entretanto, independentemente do elemento temporal, importante é a existência de um nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) do agente e o evento que pressupõe responsabilização.<sup>53</sup>

Se com a Constituição o direito passa a fundamentar-se em si mesmo, os valores e princípios morais só são permitidos sob a condição de estarem autorizados em normas jurídicas válidas — pelo ponto de vista jurídico.<sup>54</sup>

Como é possível observar nas constituições, não existem regras específicas de atuação política: existem diretrizes constitucionais e norma infraconstitucional referente àquilo que a atuação política não pode provocar ou resultar, sob pena de incorrer em crimes de responsabilidade; mas não existe norma referente àquilo que se deve fazer, dadas as diversas variantes que interferem na política de um país.

---

<sup>48</sup> Para Jonas, um ser que egoisticamente vive o "aqui e agora" sem qualquer questionamento e reflexão sobre seus atos não age em respeito ao próximo.

<sup>49</sup> JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 21.

<sup>50</sup> "[...] os homens agem, e a ética existe para ordenar suas ações e regular seu poder de agir [...]". *Idem*. p. 66.

<sup>51</sup> *Idem*. p. 88.

<sup>52</sup> SCHIO, Sônia Maria. **A ética da responsabilidade em Arendt e Jonas**. Disponível em: [www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/32/08.pdf](http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/32/08.pdf) Acesso em: 20 fev. 2012.

<sup>53</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón. **Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto: saggi di filosofia morale e politica**. Bologna: Il Mulino, 2003, pp. 186-188.

<sup>54</sup> LUHMANN *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. p. 315.

A liberdade, que pode até mesmo ser interpretada como poder<sup>55</sup>, pressupõe a existência de responsabilidade: elas são inseparáveis. Sendo um governante 'livre' (em certa medida) para a tomada de decisões políticas, pressupõe que o mesmo reflita sobre a responsabilidade que é intrínseca à essa tomada de decisão. A tomada de decisão, por sua vez, poderá ser responsável se seguir aquilo que Hans Jonas chama de ética da responsabilidade e ética do respeito.

A promoção do desenvolvimento com cautela e a reflexão sobre os resultados das ações podem evitar aquilo que evidentemente não se pretende (nem mesmo por parte dos governantes): a responsabilização. Pressupondo que uma atitude ética provavelmente não viola a ordem jurídica, a oportunidade política na gestão de um governante será usada de forma responsável (não responsabilizante) e não afetará a confiança se for eticamente aplicada.

#### 4.2. Perspectiva sobre a representação

A democracia não se conclui com a eleição, mas, como dizia Lavagna, exige uma continuidade entre o povo e a atividade das instituições, ou seja, uma '*continua effettiva rispondenza*' dos resultados dos procedimentos democráticos '*alle reale volontà del popolo*'.<sup>56</sup>

Lorenza Carlassare inicia um de seus artigos afirmando que por mais que a representação política e a responsabilidade sejam institutos estritamente ligados, não podendo um existir sem o outro, alguns autores entendem que a responsabilidade é vista como a outra face da representação, mas outros autores entendem que a representação exige a independência do representante, e portanto a sua total irresponsabilidade.<sup>57</sup>

Outro também pode ser o ponto de vista: partindo do pressuposto de que em certos casos os governantes atuam, supostamente, com o consentimento dos cidadãos, então não seriam culpados a título pessoal por uma determinada decisão política.

---

<sup>55</sup> Se, por um lado, o poder pode ser entendido como a capacidade para atingir um objetivo, também pode referir-se ao interesse que existe entre duas ou mais partes em se influenciarem mutuamente. Neste sentido, ao mesmo tempo em que pode resultar um efeito qualquer tendo em vista determinada ação, é possível por outro lado causar constrangimentos, dada a natural diversidade de motivações e interesses que existe entre as partes. VAZ, Nuno Mira. O poder e o processo de decisão política: equilíbrios, capacidades e percepções. In: **Nação e Defesa**. n.º 81, Jan./Mar. 1997, pp. 35-37.

<sup>56</sup> LAVAGNA *apud* CARLASSARE, Lorenza. I rapporti controversi fra democrazia, rappresentanza e responsabilità. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, p. 7.

<sup>57</sup> CARLASSARE, Lorenza. pp. 1-2.

De acordo com o entendimento de Burke, a tarefa do representante consiste na adoção de medidas não unicamente adequadas, como também eticamente corretas; pressupõe a existência de verdade ético-política. Considerando a existência de respostas moralmente corretas aos problemas políticos, configura-se uma obrigação moral de descobri-las. Para o autor, governar é uma tarefa primariamente não de vontade, mas de razão e sabedoria, cuja deliberação racional e descoberta da verdade favorece cada membro da comunidade, além de coincidir com o interesse nacional.<sup>58</sup>

Além da distinção entre interesse e vontade, Burke compara o interesse e a opinião. Para o autor, a opinião é subjetiva, tendendo a ser precipitada e sujeita à flutuações; é, portanto, instável. O interesse, por sua vez, é objetivo e fundado racionalmente (mas pode, eventualmente, ser contrário a opinião de alguns ou de todos os cidadãos); e para exercer uma atividade governativa é importante que a comunicação esteja sempre transmitida com a máxima precisão possível. As eleições servem, pois, para corrigir as eventuais atitudes governativas impróprias e redefinir o interesse nacional.<sup>59</sup>

Entretanto, mesmo considerando que a atividade governativa deva ser racional e seguir interesses ‘nacionais’ e que, quando assim não o é, as eleições servem como remédio para corrigir imperfeições ou discordâncias, o fato é que eventual interesse político praticado pode (i) não mais gozar da possibilidade de ser revertido, (ii) não ser possível sua exclusão e/ou (iii) pode pressupor a necessária observância de seus termos por ser pressuposto — ou pressupor — outros interesses políticos.

Schmitt, ao criticar o sistema parlamentar, aceitava que da liberdade de convencimento das opiniões nasce a verdade, fato esse não possível diante dos interesses, da vontade política estatal e dos partidos. Talvez essa ‘vontade’, possa ter provocado a falência do próprio parlamento:<sup>60</sup>

“[...] [alla] labile maggioranza parlamentare mutevole caso per caso di numerosi partiti eterogenei sotto ogni aspetto. La maggioranza è sempre soltanto una maggioranza di coalizione, e assai diversa a seconda dei diversi ambiti della lotta politica — politica estera, politica economica, politica sociale, politica culturale.

O autor admite que as decisões políticas e econômicas não são resultado do equilíbrio entre o diálogo de opiniões diversas e a sua repercussão pública, tampouco de debates parlamentares.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> BURKE, Edmund *apud* VALDÉS, Ernesto Garzón. pp. 135-136.

<sup>59</sup> Na posição elitista da representação parlamentar, o interesse nacional coincide com a verdade política, corroborada ou falsificada através da expressão dos sentimentos do povo nas eleições. BURKE, Edmund *apud* VALDÉS, Ernesto Garzón. pp. 137-139.

<sup>60</sup> SCHMITT, Carl *apud* VALDÉS, Ernesto Garzón. p. 139.

<sup>61</sup> SCHMITT, Carl *apud* VALDÉS, Ernesto Garzón. p. 139.

Kelsen, por sua vez, entende que a democracia é caracterizada pela convergência entre a liberdade individual e a igualdade. Tendo em vista a complexidade da sociedade contemporânea, difícil se torna o exercício da democracia direta. Para que se preserve a aparência que no parlamento se exprime a idéia de liberdade, recorre-se à ficção da representação.<sup>62</sup> Neste contexto, a idéia de que o representante deve representar o povo, exprimindo a vontade coletiva, precisa conviver com o princípio do livre mandato do representante, que é justamente a possibilidade de não necessitar se sujeitar à imposições por parte dos representados, evitando a retomada do mandato imperativo. Diferentemente de Schmitt, Kelsen entende que o núcleo da atividade parlamentar é dado pela negociação e pelo compromisso.<sup>63</sup>

Ernesto Valdes, após debater a questão da justificação ética da representação sob os pensamentos de Burke, Schmitt e Kelsen, conclui que esta é eticamente justificável quando respeita a vigência dos direitos que cada um possui acerca dos bens primários e procura satisfazer os desejos secundários dos membros de uma coletividade política. Acredita que, caso haja uma situação de ‘escolha trágica’ ou de ‘falta de recurso’ relacionado à tomada de uma decisão política, cabe ao governante assumir o ônus da prova e demonstrar as condições que influenciaram a tomada da decisão.<sup>64</sup> Entretanto, mesmo sendo o foco nos interesses um elemento que caracteriza uma boa representação, não são todos esses interesses representáveis na prática.<sup>65</sup>

O atual sistema de partidos acaba por quebrar o mecanismo do mandato imperativo, fazendo com que o distanciamento e a independência dos representados que antes vigorava já não exista mais, convertendo os representantes (ou candidatos à representação) em ‘funcionários’ vinculados às diretivas dos partidos. Para alguns autores, foi neste momento que se verificou o início da crise do Estado parlamentar: crise determinada pelo contraste

---

<sup>62</sup> “La utilidad de la democracia parlamentaria debe ser argumentada, según Kelsen, no ya contestando sino presuponiendo la <caída de la ilusión>: el parlamentarismo no es el fin del foso que separa a los pocos y a los muchos, sino que es un instrumento que, por un lado, asegura una selección eficaz de la elite y su recambio incruento y, por otro lado, favorece, a través del juego de la mayoría y de la minoría, el compromiso entre intereses diversos, la reducción de los antagonismos, la práctica de la tolerancia. Caída la ilusión de ver en la representación un símbolo fuerte de construcción del orden, para Kelsen la representación solo puede recomendarse como una técnica de mando, de compromiso y de coexistencia.” COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 8, 2004, pp. 44-45.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans *apud* VALDÉS, Ernesto Garzón. pp. 141-143, 147.

<sup>64</sup> O autor reflète que uma boa representação seria aquela que foca nos interesses dos representados e não nos seus desejos. Entende que os campos da negociação e do compromisso envolvem também uma avaliação de custos e benefícios, sendo o representante aquele sujeito que tem a obrigação ética de procurar a maior satisfação possível dos representados. VALDÉS, Ernesto Garzón. pp. 150-161.

<sup>65</sup> GORLERO, Maurizio Pedrazza. La irrappresentabilità degli interessi e la rappresentanza politica. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, p. 35.

entre a unidade criada pelo Estado e as forças sociais que se contrapõem a esta unidade.<sup>66 67</sup>

Para Rousseau, precisamente por meio da aliança de interesses particulares o germe da corrupção no corpo político era introduzido, provocando uma contaminação da percepção da vontade geral; e essa aliança de interesses acaba se convertendo, então, no referencial da representação.<sup>68</sup>

Certamente que a questão que se coloca é totalmente controversa: várias são as hipóteses de argumentar tão complexo assunto, de modo que, respeitada a liberdade de opiniões e preferências no desenvolvimento do assunto, inoportuno apresentar detalhadamente cada ‘corrente’.

Para Giuseppe Ugo Resigno, uma saída possível para o tema em debate é a individualização do conjunto de regras jurídicas vigentes sobre os temas da democracia, da representação e da responsabilidade. Para tanto, deve-se fazer uma análise crítica, seja à luz das ideologias e das tendências dominantes, seja à luz daquelas ideologias e daquelas tendências que as procuram modificar; para que, enfim, reflita-se sobre aquilo que existe juridicamente à luz das suas posições ideais, gerando uma contribuição positiva na tentativa da mutação das regras.<sup>69</sup>

Na opinião de Maurizio Gorliero, os verdadeiros problemas estão na mutação da análise do princípio representativo ‘institucional’ por uma forma difusa. Entende que a mediação dos interesses parece querer se efetivar fora do sistema representativo, contando com um deficit de garantias democráticas e da responsabilidade que ela comporta. O consenso parece não mais se caracterizar como medida de democracia, mas como uma condição autoritária ditada pelos meios de comunicação de massa.<sup>70</sup>

### 4.3. Perspectiva sobre a responsabilização

“A pura violação de deveres éticos-sociais — ou éticos-políticos — só é verdadeiramente sancionada, em democracia, através da <punição eleitoral>, à disposição dos cidadãos eleitores”, uma vez que a penalização criminal não deve servir para “[...] satisfa-

---

<sup>66</sup> GARCÍA PELAYO *apud* COSTA, Pietro. p. 53.

<sup>67</sup> Constantino Mortati, por outro lado, têm dúvidas acerca dos partidos e do mandato imperativo; mesmo sendo possível considerar o papel insubstituível dos partidos políticos, o autor reflete sobre a seguinte questão: a disciplina do partido debilita ou cancela a proibição do mandato imperativo? MORTATI, Constantino *apud* COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 8, 2004, pp. 58-59.

<sup>68</sup> COSTA, Pietro. p. 49.

<sup>69</sup> RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Brevi note metodologiche per riesaminare i concetti collegati di democrazia, rappresentanza, responsabilità. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, p. 23.

<sup>70</sup> GORLERO, Maurizio Pedrazza. p. 41.

zer desejo de vingança ou para educar eticamente os cidadãos, utilizando o delinquente como um meio”.<sup>71</sup>

Certamente várias são as razões pelas quais se verifica a ‘glorificação’ do Poder Judiciário, dentre elas a gravíssima crise de credibilidade e de legitimação do poder político como um todo. Segundo Modona, diante da considerada situação de crise parlamentar e diante da impossibilidade de se auto-reestruturar, restou a hipótese da submissão à investigação e julgamento.<sup>72</sup>

Conforme já afirmando, os vários tipos de responsabilidade política são ditados pelas regras de comportamento que os sujeitos políticos, explícita ou implicitamente, criam e respeitam nas suas relações de reciprocidade, no âmbito da sua autonomia política e no respeito aos princípios constitucionais obrigatórios.<sup>73</sup>

Não excluindo o fato de que os mecanismos de responsabilização política venham acompanhados da possibilidade da remoção ou da demissão do sujeito político, Modona entende que carecem de características típicas da sanção jurídica,<sup>74</sup> apesar do assunto ser controverso.

Os contornos das responsabilidades política e jurídico-penal algumas vezes parecem sobrepor-se. Sobre este aspecto, tendo em vista as consequências causadas pela utilização algumas vezes distorcida da responsabilidade jurídico-penal sobre questões inicialmente, ou exclusivamente políticas, comenta Guido Modona<sup>75</sup> que se houvesse a tempestiva aplicação das sanções próprias da responsabilidade política seria consequência provável a diminuição da atividade de sobreposição do judiciário (ou a necessidade da sobreposição do judiciário) quando, a menos que se verifique a possível ocorrência de um ilícito penal, estiverem em jogo apenas elementos políticos.

Considerando que a responsabilização comporta a exigência (ou a espera) de uma resposta por parte do destinatário da imputação, e que ‘responder’ significa defender-se de uma posição frente a uma instituição imparcial; logo, pressupõe-se que a instituição seja (i) imparcial e (ii) que esteja em posição de superioridade hierárquica frente ao destinatário da responsabilização.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> PALMA, Maria Fernanda. p. 6.

<sup>72</sup> MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: **Questione Giustizia**. n.º1, 1994, pp. 2-3.

<sup>73</sup> *Idem*. p. 6.

<sup>74</sup> *Idem*. p. 7.

<sup>75</sup> *Idem*. p. 15.

<sup>76</sup> Neste sentido: VALDÉS, Ernesto Garzón. pp. 188-189.

A característica dos Estados constitucionais (monarquias constitucionais ou democracias representativas) é a existência de órgãos imediatos e independentes. O equilíbrio entre esses órgãos depende das relações de força que cada um deles possui em um determinado momento histórico. Por outro lado, o equilíbrio das forças está muitas vezes afetado por diversas relações de poder, motivadas por questões também diversas e temporais.<sup>77</sup>

O tema da criminalização da política é delicado, assim como as consequências que este fenômeno pode trazer. Sendo incoerente a utilização do Judiciário para decidir sobre situações políticas, incoerente também é aceitar uma ausência de responsabilização por carência de mecanismo efetivo.

Retomando a teoria já comentada neste estudo, certas vezes é a responsabilidade política difusa e a institucional-livre que podem ser utilizadas nos casos onde o Judiciário não pode interferir, quando sua interferência não é suficiente ou quando a interferência não lhe convém.

Jeremy Bentham, no século XIX, comentou sobre a relevância do exercício do voto como instrumento de defesa dos governados frente às enganações e os enganos cometidos pelos governantes.<sup>78 79</sup> Nesta perspectiva, é aceitável o uso do voto para responsabilizar um político por uma má gestão anterior, pela forma difusa.

Importante relembrar a Operazione Mani Pulite. É inegável que a citada operação consistiu em uma enorme batalha judiciária contra a corrupção política e administrativa na Itália, obtendo sucesso e ainda servindo para interromper alguns futuros atos de corrupção. Não deixa de ser um paradoxo, por outro lado, que Silvio Berlusconi, mesmo após tal operação, tenha atingido a posição política que gozou por tanto tempo.

---

<sup>77</sup> SAUQUILLO, Julián. Los fundamentos de la representación política: el origen de la relación conceptual entre pueblo, órgano y ley. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 8, 2004, p. 77. Tentando entender o 'sucesso' do Judiciário, uma possível resposta possa ser justamente a sua 'independência' e a 'liberdade de decisão', adstrita à Lei, mas de alguma forma independente, ao passo que tanto os agentes (sujeitos individuais) que atuam Legislativo como o Executivo estão 'presos' a ideologias político-partidárias ou à 'laços' extra-políticos (mas que nela influenciam diretamente) e que impossibilitam a coerência da responsabilização política de um governante.

<sup>78</sup> BENTHAM, Jeremy *apud* SAUQUILLO, Julián. p. 68.

<sup>79</sup> "El voto es el vínculo visible y formalizado entre los miembros de la nación representada y la asamblea representativa; es el voto el que, como expresión del consenso de los sujetos, permite imputar a los representados las decisiones de los representantes y reconocer al pueblo como sujeto auto-nomo, como un sujeto colectivo que obedece las leyes que él mismo, libremente, se da. Pero al mismo tiempo, el mecanismo del voto funciona presuponiendo la prohibición del mandato imperativo, el salto cualitativo entre representantes y representados, la plena autonomía decisoria de la asamblea representativa, y se traduce en el poder de designar a los miembros de la última. El nexo inmediato entre voto y consenso produce, entonces, dos resultados complementarios: permite preservar la diferenciación potestativa entre los pocos que deciden y los muchos que obedecen, y proporciona, al mismo tiempo, una eficaz legitimación, ya que los muchos, en virtud del mecanismo electoral, han contribuido a designar a los pocos, resultando, en consecuencia, simbólicamente estimulados a reconocerse, a identificarse, en ellos." COSTA, Pietro. p. 28.

Passado algum tempo, é possível perceber que a ação judicial isolada pode ter como efeito apenas o incremento dos riscos de corrupção; a ação judicial interrompe o ciclo da corrupção, mas uma vez que os 'corruptos' sabem o que os aguarda, podem passar a agir de forma mais precavida. A ação judicial, por si só, não ataca as causas estruturais.

A ação judicial no combate à corrupção se mostrará eficaz se houver apoio democrático, pois a opinião pública esclarecida tem o poder, por meios institucionais próprios, de ajudar a atacar a corrupção quando o Judiciário não pode, não consegue ou não quer condenar um político.

A questão que se coloca é: nos sistemas presidenciais, onde se pode considerar que não existe mecanismo de responsabilização política institucional, o uso do voto acaba sendo, por falta de opção, a única forma de responsabilidade política; entretanto, nos sistemas parlamentares existe mecanismo próprio, devendo ser o uso do voto uma medida de responsabilidade complementar.

Sendo verdadeiro que o senso de responsabilidade se dilui na cadeia de comando político e que o conceito de responsabilidade tende a se esvaziar completamente, concorda-se com a importância de fazer renascer seu entendimento e reinventar o controle democrático no que tange aos erros políticos.<sup>80</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da criminalização da política e da politização da justiça é muito amplo e complexo. Dependendo do ponto de vista, pode-se chegar a conclusões diversas das que serão discorridas a partir de agora. Portanto, as considerações que seguirão estão longe de representar a última palavra sobre todos os fundamentos, discussões e questões que envolvem o complicado tema, mas pretende apontar algumas conclusões, analisar alguns comentários e incitar a reflexão de outras hipóteses.

Um dos pontos do debate, talvez o central, gira em torno da constata da evidência, cada vez maior, do absorvimento da responsabilidade política institucional pela responsabilidade jurídico-penal, diante do fato da transferência do âmbito parlamentar para o poder judicial, eventualmente, contribuir para o desaparecimento da responsabilidade política institucional e causar perigo institucional pela politização da justiça.

Sobre a responsabilidade política difusa e institucional-livre, existentes independentemente do regime adotado por um país, difícil contestar a sua

---

<sup>80</sup> Neste sentido: BIDÉGARAY, Christian. pp. 14-15.

configuração, mas também difícil é identificar sua força, relevância, seus parâmetros, suas motivações, dentre outros fatores, na justificação de uma responsabilização de determinado governante tendo em vista a infinidade de hipóteses que delas surgem. Inclusive por este motivo, não se pode perder de vista a importância da responsabilidade política institucional. Não são modalidades equiparáveis, mas devem caminhar no mesmo sentido: o sentido da apuração e da responsabilização de determinado sujeito político.

Não é possível confirmar que em todos os casos de responsabilidade jurídico-penal dos governantes estão envolvidas questões políticas. É possível que um sujeito político cometa crimes desvinculados das suas funções. Parece ser incorreto pressupor que a corrupção é um elemento necessariamente vinculado a todos os cargos políticos, apesar da consciência coletiva e inquestionável da sua prática e existência.

Desta forma, a apuração de um ilícito por meio de um procedimento jurídico é necessária, na medida em que aquele que manifestou a suposição da existência do ilícito assim tenha agido por motivação não estritamente política.

Imaginando, hipoteticamente, que foi feita uma afirmação pública, por terceiro interessado (político), do cometimento de ilícito, político ou não, por parte de um governante. É esperado que o povo faça um juízo de valores (normalmente influenciado pela versão da informação veiculada). Este juízo de valores pode ou não provocar responsabilização política difusa; tudo depende dos rumos que a acusação irá tomar e do conteúdo da informação que será transmitida ao povo. Entretanto, é coerente imaginar que, se uma acusação que envolvia uma situação política é falsa ou resultou em absolvição judicial, provavelmente havia motivação unicamente ou primordialmente política.

Compartilhando do mesmo entendimento de Díez-Picazo,<sup>81</sup> existe uma zona cinzenta entre a esfera pública dos governantes e seus comportamentos privados, uma vez que sobre si residem dimensões privadas e dimensões públicas; esta última, por sua vez, dividida entre um cargo público responsável e um sujeito político com particular vinculação a um partido.

Algumas vezes parece até mesmo que o Judiciário está sendo usado como um árbitro que ordena ou influencia no revezamento dos representantes e seus interesses políticos, cuja natureza já foi debatida na Parte III deste breve estudo. Além disso, o princípio da separação de poderes não pode ser simplesmente posto de lado, mas essa discussão está longe de ser superada.

Conforme prometido, resta incitar uma reflexão. Considerando a configuração de uma gestão política defeituosa por parte de um governante,

---

<sup>81</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. pp. 159-160.

além de sofrer responsabilidade política institucional e difusa, por exemplo, teria ele o dever de ressarcir o erário público, uma vez sendo provável que a má gestão implique em dispêndio de dinheiro? Por fim, não se pretende acreditar, conforme entende Bidégaray<sup>82</sup>, que o questionamento acerca da responsabilidade política é ilusório. Entretanto, é possível concordar com o autor quando esse afirma serem as crises ministeriais, muitas vezes, derivadas de atritos entre rivais que buscam 'sua parte' nas questões que envolvem as consequências de uma decisão política (consequências estas não necessariamente políticas, mas que a ela estejam vinculadas).<sup>83</sup>

## REFERÊNCIAS

ANGIOLINI, Vittorio. Le bràci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità política. In: **Rivista di Diritto Costituzionale**. 1998, pp. 57-113.

BARANGER, Denis. Une tragédie de la responsabilité. In: **Revue Du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**. n.º 1, 1999, pp. 27-36.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista de Direito Público**. n.º 3, ano II, Jan./Jun. 2010, pp. 151-200.

BEAUD, Olivie. Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**. n.º 4, 1997, pp. 995-1022.

BIDÉGARAY, Christian. Le principe de responsabilité fondement de la démocratie: petite promenade dans lès allées du <jardin des délices démocratiques>. In: **Pouvoirs**. n.º 92, 2000, pp. 5-16.

BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VI<sup>a</sup> République. In: **Revue du Droit Public & de la Science Politique en France et à l'Étranger**. n.º 1/2, 2002, pp. 261-267.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CARLASSARE, Lorenza. I rapporti controversi fra democrazia, rappresentanza e responsabilità. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, pp. 1-8.

---

<sup>82</sup> BIDÉGARAY, Christian. p. 10.

<sup>83</sup> *Idem*. p. 9.

- CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite. **A responsabilidade política**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010.
- COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 8, 2004, pp. 15-62.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. **La criminalidad de los gobernantes**. Barcelona: Crítica, 1996.
- FAVOREU, Louis. De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République. In: **Revue française de Droit Constitutionnel**. n.º 49, Jan./Mar. 2002, pp. 7-29.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **O parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GARCIA MORILLO, Joaquin. Responsabilidad política y responsabilidad penal. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 18, n. 52, Ene./Abr. 1998, pp. 81-110.
- \_\_\_\_\_; MONTERO GIBERT, J. R. **El control parlamentario**. Madrid: Tecnos, 1984.
- GORLERO, Maurizio Pedrazza. La irrepresentabilità degli interessi e la rappresentanza politica. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, pp. 33-41.
- GUIMARÃES, Calors Nunes. Maquiavel e Max Weber: ética e realismo político. In: **Argumentos: Revista de Filosofia**, ano 2, n.º 4, 2010, pp. 38-45.
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- MAGALHÃES, Pedro Coutinho. Corporativismo, judicialização da política e a “crise da justiça” em Portugal. In: **Revista do Ministério Público**. n.º 79, ano 20, 1999, pp. 11-28.
- MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità política individuale e responsabilità penale. In: **Questione Giustizia**. n.º1, 1994, pp. 1-16.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, **The Spirit of Laws**. New York: The Colonial Press, 1899.
- MURGIA, Costantino. **La giustizia política in Italia e in Francia**. Milano: Giuffrè, 1990.
- PALMA, Maria Fernanda. Responsabilidade política e responsabilidade penal: três casos controversos. In: **Sub Judice**. n.º 6, Mai./Ago./1993, pp. 5-8.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Brevi note metodologiche per riesaminare i concetti collegati di democrazia, rappresentanza, responsabilità. In: CARLASSARE, Lorenza. **Democrazia, rappresentanza, responsabilità**. Milano: CEDAM, 2001, pp. 9-23.

\_\_\_\_\_. **La responsabilità Política**. Milano: Giuffrè, 1967.

\_\_\_\_\_. Responsabilità. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè. vol. 39, 1988, pp. 1341-1367.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php> Acesso em: 10 Dez. 2011.

SAUQUILLO, Julián. Los fundamentos de la representación política: el origen de la relación conceptual entre pueblo, órgano y ley. In: **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 8, 2004, pp. 63-108.

SCHIO, Sônia Maria. **A ética da responsabilidade em Arendt e Jonas**. Disponível em: [www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/32/08.pdf](http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/32/08.pdf) Acesso em: 20 fev. 2012.

SEGUR, Philippe. Qu'est-ce que la responsabilité politique? In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**. n.º 6, 1999, pp. 1599-1623;

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 17, n.º 68, Jun./Set., 2009, pp. 307-333.

URBANO, Maria Benedita. **Representação Política e Parlamento**: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. In: **Boletim da Ordem dos Advogados**. n. 27, Jul./Ago. 2003, pp. 38-43.

\_\_\_\_\_. The law of judges: attempting agains Montesquieu's legacy or a new configuration for an old principle? In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXVI, 2010, pp. 621-638.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto: saggi di filosofia morale e política**. Bologna: Il Mulino, 2003.

VAZ, Nuno Mira. O poder e o processo de decisão política: equilíbrios, capacidades e percepções. In: **Nação e Defesa**. n.º 81, Jan./Mar. 1997, pp. 33-53.

---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

---





# A REVOLUÇÃO FISCAL PSD-CDS: REGRESSIVIDADE E REDISTRIBUIÇÃO INVERSA

*António Carlos dos Santos<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O presente artigo analisa as reformas fiscais dos impostos sobre o rendimento e da fiscalidade verde em Portugal no período de 2012 a 2014, ou seja, em tempos de *troika* e de austeridade, procurando mostrar que estas reformas aumentam o caráter regressivo do sistema fiscal português e operam uma redistribuição de rendimentos em desfavor dos estratos sociais mais vulneráveis.

## **Palavras-chave**

Reformas fiscais. Impostos sobre o rendimento. Fiscalidade verde.

## **Abstract**

This article analyzes the tax reforms of income taxes and green taxation in Portugal in 2012-2014 period, that is, in times of *troika* and austerity, trying to show that these reforms increase the regressive nature of the Portuguese tax system and operate a redistribution of income to the detriment of the most vulnerable social strata.

## **Keywords**

Tax reforms. Income taxes. Green taxation.

## 1. UMA REVOLUÇÃO FISCAL PERMANENTE

Não é possível desligar as reformas do IRC, do IRS e da fiscalidade verde das profundas alterações na fiscalidade ocorridas de 2012 a 2014.

Desde o início está inscrita no código genético do governo PSD-CDS a construção de um sistema fiscal mais regressivo e de uma redistribuição, por via fiscal e parafiscal, da riqueza e do rendimento desfavorável a trabalhadores e pensionistas, sem que tal política tenha sido sufragada democraticamente, uma vez que não decorre nem do programa eleitoral dos partidos da

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do SOCIUS / Instituto Superior de Economia e Gestão e do Gabinete da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. Membro do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa. Jurisconsulto.

coligação, nem sequer do programa do governo. Uma política fundada numa outra – a política de austeridade – para cuja concretização tão pouco pode o executivo alegar que se justificaria por uma situação económico-financeira inesperada, pois os partidos da coligação negociaram o Memorando de Entendimento com a *troika* (ME) e sabiam bem qual era o défice, a dívida pública e a situação económica existentes nesse momento.

Na realidade, apenas quando o executivo afirmou pretender ir “para além da *troika*” se tornou claro para todos que se propunha ir à boleia desta para impor o mais radical programa ideológico de ataque às diversas facetas do Estado Social, ao que restava da progressividade do sistema fiscal e aos rendimentos de trabalhadores, pensionistas e de estratos médios dos cidadãos, para com o produto dessa receita sustentar, em larga medida, os (inesgotáveis...) desatinos de sórdidas instituições financeiras.

O ME, documento pouco fundamentado em matéria fiscal (e não só...), seria o farol orientador da missão revolucionária do executivo, mas um farol que não dava luz suficiente. A austeridade, a concorrência e a promoção da competitividade seriam a solução para o défice, a dívida, a estagnação económica, mesmo que daí decorressem danos colaterais, como o aumento do desemprego, da emigração, da pobreza e da exclusão social. A política de agravamento tributário foi posta quase inteiramente ao serviço daqueles miríficos objetivos. A promoção da competitividade por via tributária (clássico tópico neoliberal) seria atingida mediante o desagravamento dos custos do trabalho suportados pelos empregadores, mediante a redução da Taxa Social Única (TSU), sendo a compensação da perda de receitas efetuada por via da aplicação da taxa normal de IVA a bens e serviços até então sujeitos a taxas reduzidas.<sup>2</sup> Ou seja, propunha-se alcançar uma redistribuição inversa do rendimento e riqueza: dos consumidores finais de produtos sujeitos a taxas reduzidas (com maior peso relativo em estratos sociais “mais desfavorecidos”) para os proprietários das empresas. É conhecido o destino da proposta: o Governo foi forçado a abandoná-la (temporariamente...) em virtude da enorme contestação que desencadeou, sobretudo na rua.

---

<sup>2</sup> Esta eufemisticamente chamada “desvalorização fiscal neutra”, como foi por muitos sublinhado, não se mostrava idónea para a promoção das exportações. A preocupação com a chamada “competitividade” era muito seletiva. Basta recordar que o executivo eliminou o regime da interioridade e a taxa de 12,5% de IRC, medidas criadas com esse objetivo, destinadas em especial, às PME. Além disso, o OE para 2012 contemplou ainda outras medidas gravosas para a competitividade, como um aumento das taxas de IVA na electricidade e no gás ou a redução do reporte de prejuízos em sede de IRC para 3 anos, ao arrepio da proposta de directiva da Comissão relativa à matéria coletável consolidada comum. A rejeição da baixa da TSU centrou o discurso da competitividade na esfera laboral, nomeadamente no alargamento do horário de trabalho, na facilitação da rescisão dos contratos individuais de trabalho e na desvalorização da contratação coletiva.

Em síntese: o essencial da política fiscal até 2014 centrou-se, nas palavras de Vítor Gaspar, num enorme aumento de impostos, de todos os impostos por via do aumento de alíquotas ou da redução ou eliminação de benefícios fiscais.<sup>3</sup>

## 2. A REFORMA FISCAL ANTES DAS REFORMAS

A reforma fiscal de Vítor Gaspar, ponto de partida das reformas fiscais do IRC, do IRS e da fiscalidade verde, foi essencialmente levada a cabo nos orçamentos para 2012, 2013 e 2014, fundada no objetivo de consolidar as contas públicas por meio da captação preferencial de receitas fiscais e parafiscais extraídas a trabalhadores e à chamada “classe média”.

Assim, sem preocupação de exaustividade, podemos elencar um conjunto de medidas de redução drástica de rendimentos, as mais gravosas das quais inseridas no OE para 2013 quando se verificou a maior subida de impostos sobre os cidadãos registada entre nós, destinada não ao financiamento das funções sociais ou económicas do Estado, mas a uma consolidação orçamental (discurso manifesto) que teimava (e teima) em não ser conseguida e ao empobrecimento da sociedade portuguesa para a tornar mais competitiva (discurso latente):

- Corte dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos, trabalhadores do setor empresarial do Estado e pensionistas, medida apresentada como redução de despesa, mas com efeitos equivalentes – ou até mais gravosos – para os destinatários, que os de um aumento de impostos (OE 2012), mantido no OE para 2013 em clara violação do acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 353/2012, de 5 de julho, relativo ao OE para 2012;<sup>4</sup>

- Criação de uma sobretaxa adicional em sede de IRS de 2,5% para rendimentos superiores a 153 300 euros (OE 2012);

- Alteração da estrutura de taxas (a taxa do último escalão, que passou a aplicar-se a rendimentos acima de 80 mil euros, subiu para 48%) e de escalões do IRS, que passaram de 8 para 5, diminuindo o escalonamento da progressividade do imposto (OE 2013);

<sup>3</sup> O ME dava pouca importância ao contributo do combate à fraude e evasão, em particular quanto à redução da economia paralela que rondava então os 19,5% do PIB.

<sup>4</sup> Novos “cortes” nos salários da função pública, agora alargados às remunerações mensais superiores a 600 euros (em vez dos 1500 anteriores) e com aumento das taxas de “corte” para 2,5% a 12% (em vez dos anteriores 3,5% a 10%). Uma vez mais, o “corte” é apresentado como transitório. A medida originária, prevista no artigo 29.º da Lei do OE para 2013, veio a ser julgada inconstitucional pelo TC pelo Ac. n.º 187/2013, de 5 de maio. Aparentemente, o Governo, em 2013, “não reagiu”. Fala-se de “corte”, mas, em rigor, o que está em jogo, é uma medida economicamente equivalente a um imposto (um tributo parafiscal inominado) aplicável apenas sobre uma parte da população.

- Introdução da chamada "sobretaxa extraordinária" em sede de IRS ou, na linguagem de Pires de Lima (teatral Ministro da Economia), de uma "sobretaxona" de 3,5%.<sup>5</sup>

- Aumento desmesurado da tributação dos rendimentos da Categoria H do IRS (pensões em geral) com a criação da ironicamente denominada *contribuição extraordinária de solidariedade*, com taxas entre 3,5% e 10%, ainda que de incidência cingida a pensões superiores a 1350 euros<sup>6</sup>, contribuição que seria mantida em 2014, acompanhada de "cortes" nas pensões em pagamento pela CGA e das pensões de sobrevivência mediante a introdução da condição de recursos na atribuição das pensões de viuvez.<sup>7</sup>

- Aumento de tributação decorrente da não atualização dos escalões em função da taxa de inflação, medida que atinge todos os sujeitos passivos.<sup>8</sup>

A subida de todos estes tributos decorre de uma consolidação feita essencialmente pelo lado da receita (ou o que é equivalente, de cortes em salá-

---

<sup>5</sup> Não se trata de uma verdadeira sobretaxa, pois não é nem um adicional nem um adicionamento ao IRS. É um verdadeiro imposto autónomo (e parasita), que funciona à margem dos princípios e da lógica do IRS, quer quanto ao modo de determinação da matéria coletável, quer quanto ao modo de cálculo da coleta e das deduções à coleta, o mesmo ocorrendo quanto ao destino da receita arrecadada que, ao contrário do IRS, reverte apenas para o Orçamento. É um imposto proporcional com uma taxa idêntica para todos os rendimentos a ela sujeitos e que alarga o fosso entre a tributação dos rendimentos englobados sujeitos a taxas gerais do IRS e os sujeitos a taxas liberatórias pois não se aplica a estes. Na prática aumenta a regressividade do sistema fiscal, penalizando fortemente os rendimentos mais baixos provindos sobretudo do trabalho e das pensões.

<sup>6</sup> É uma falsa contribuição, pois não se baseia no princípio da equivalência (desconhece-se que haja qualquer contrapartida específica), ou seja, um *novo imposto autónomo e seletivo* que apenas recai sobre rendimentos de pensionistas e afins e que repõe uma espécie de tributação cedular específica em clara violação dos princípios de igualdade tributária, proporcionalidade e confiança legítima inerentes a um Estado de Direito.

<sup>7</sup> O OE 2013 afasta-se ainda radicalmente da configuração inicial do IRS, subvertendo a lógica constitucional do imposto único, em matéria de tributação de pensões. Em 1989, o legislador optou por tributar as pensões numa categoria autónoma, a H, para evitar que o Código do IRS implicasse uma tributação agravada dos pensionistas relativamente à do anterior Imposto Complementar. Para tal, dotou a categoria H de deduções específicas mais amplas que as da categoria A. Desde então assistiu-se à aproximação das deduções das categorias A e H. Mas nunca se tinha verificado uma maior penalização das deduções dos pensionistas.

<sup>8</sup> Para além disso, quase todos os tributos foram aumentados, contribuindo indiretamente para uma redução de rendimentos. É o que ocorre, por exemplo, com a passagem de diversos bens e serviços sujeitos a taxa mínima ou a taxa intermédia do IVA para, respetivamente, as taxas intermédia e normal, e com o incremento da tributação nos IEC, o aumento da taxa do IMI, a criação de um novo tributo sobre o consumo de eletricidade e a redução ou eliminação de deduções à coleta em sede de IRS e extinção de benefícios fiscais em diversos impostos, logo no OE 2012; e com a subida de taxas no Imposto **Único de Circulação (IUC) para carros ligeiros e motociclos a gasóleo** mediante a aplicação de uma taxa adicional situada entre 1,39 euros e 68,85 euros, na contribuição para o audiovisual (em 40 cêntimos), nos impostos sobre as bebidas alcoólicas (cerveja e bebidas espirituosas) e no imposto sobre o tabaco, charutos e cigarilhas e tabaco de enrolar.

rios e pensões) derivada da ausência de qualquer reforma séria do aparelho de Estado. Ela prejudica essencialmente os cidadãos de estratos médios e baixos, e a própria consolidação orçamental, demonstrando bem os impasses da política de austeridade.

### 3. A REFORMA DO IRC

Em 2014, o Governo entendeu introduzir mudanças à reforma fiscal de Gaspar, definindo o IRC como o imposto de intervenção prioritária em detrimento do IRS ou mesmo do IVA. Ou seja: a reforma fiscal continuava a não ser pensada em termos de sistema, nem sequer em termos de reforma da tributação do rendimento na sua globalidade, mas imposto a imposto de forma isolada.

A primeira medida de competitividade fiscal foi a de reduzir a taxa do IRC de 25% para 23% em 2014 e de 23% para 21% no OE para 2015. A razão apontada (existir uma taxa nominal máxima agregada com as derramas estadual e municipal de 31,5%) é frouxa. Por um lado, esta taxa agregada não é a taxa nominal aplicável à generalidade das empresas. Por outro, avançar a ideia de que a taxa efetiva média de IRC é 25% não é confirmado pelos dados disponibilizados pela AT, segundo porque situa esta taxa, entre 2009 e 2011, entre 19% e 17%.<sup>9</sup>

A redução da taxa nominal do IRC é, para a coligação, mais importante que as outras finalidades dos impostos (equidade, v.g.) e prevalece sobre os aspetos qualitativos da competitividade fiscal (melhor justiça, administração confiável, estabilidade das leis fiscais, diminuição dos custos de contexto, etc.) ou não fiscal (acesso ao crédito, preço da energia, dos transportes, da água, etc.). Da maior competitividade fiscal assim definida decorreria automaticamente mais investimento, crescimento e emprego. Só que a competitividade (que, recorde-se, é um meio e não um fim) também promove o mau investimento e não garante, por si só, mais e melhor emprego. Trata-se de um bónus às grandes empresas, muitas delas em posição de quase monopólio, vivendo de rendas que reduzem a competitividade do país.

A outra forma de promover a competitividade é pela via da concessão de incentivos fiscais, isto é, pelo recurso à despesa fiscal (cujo custo não é explicitado<sup>10</sup>), decorrente de uma estratégia de concorrência fiscal ativa e

---

<sup>9</sup> O custo da proposta (no mínimo 400 milhões de euros em 2014 e 2015) terá assim que ser compensado de outro modo, ao que tudo indica pela transformação da sobretaxa de IRS de provisória em definitiva.

<sup>10</sup> Acresce que não há avaliação de muitas das propostas de nova despesa fiscal nem medidas suficientes de alargamento de base tributária (as que existem recaem essencialmente sobre as PME ou decorrem da extinção dos incentivos fiscais à criação de emprego!). A própria Comis-

mesmo agressiva, em dissonância com a proposta de diretiva da Comissão (de 2010) sobre a matéria coletável consolidada comum, atualmente em discussão e que poderá vir a ser aprovada ao abrigo da cooperação reforçada.<sup>11</sup>

É o caso da introdução do regime do privilégio de afiliação (*participation exemption*) que, a exemplo de regimes congéneres, está a ser avaliado na União Europeia, no quadro do Grupo do Código de Conduta sobre a Fiscalidade Direta das Empresas e na OCDE (e do G20), no quadro dos esforços para controlar a erosão das bases tributárias ("*Base Erosion and Profit Shifting*"). Ou do regime da *patent box*, também ele sob suspeita na União e na OCDE.<sup>12</sup>

Não se poderá, por fim, omitir o que as estatísticas oficiais sobre o IRC revelam: que as alterações à taxa nominal de IRC encobrem outros mecanismos de sentido oposto, como o redesenho da derrama estadual, ocorrido em 2012, e que lhe duplicou a receita, ou o contínuo agravamento das taxas das tributações autónomas, uma verdadeira tributação da despesa no seio do IRC que, atingindo já 20% do seu montante total, se inclui na receita orçamentada para este imposto.<sup>13</sup>

#### 4. A REFORMA DO IRS

A reforma do IRS retoma muitas das medidas previstas no relatório que lhe deu corpo.<sup>14</sup>

---

são confessava que a reforma do IRC não se sustenta por si própria, não sendo possível um alargamento da base tributável.

<sup>11</sup> A opção por uma política de concorrência fiscal agressiva aparece em contraciclo com os esforços de contenção da concorrência fiscal prejudicial e é pouco consentânea com a pertença a uma moeda única.

<sup>12</sup> Para uma análise mais aprofundada dos prós e contras desta reforma, ver a obra coletiva *A reforma do IRC: do processo de decisão política à revisão do Código*, organizada e coordenada por SANTOS, A.C. / VENTURA, A, Porto: Vida Económica, 2014.

<sup>13</sup> Facto que provavelmente justifica que, não obstante toda a publicidade feita ao novo regime do IRC, até agora não tenha sido tornada pública qualquer redomiciliação em Portugal das sociedades *holding* que fixaram as suas sedes na Holanda ou Luxemburgo ou a atração de quaisquer outras.

<sup>14</sup> Cf. *Anteprojecto da Reforma do IRS – Uma reforma do IRS orientada para a simplificação, a família e a mobilidade social*. A reforma visa ainda o fomento da mobilidade do fator trabalho (e não, como é dito, da mobilidade social). Há medidas na reforma que são razoavelmente consensuais, em parte inspiradas em outros estudos ou relatórios efetuados nos últimos quinze anos. É o caso da tributação separada dos membros do agregado familiar, com opção pela tributação conjunta dos cônjuges (que resolve a inconstitucionalidade existente na discriminação negativa do casamento em relação à união de facto), da aproximação dos regimes das categorias de rendimento A e H, bem como da reformulação das categorias E e G, da maioria das propostas em sede de tributação internacional ou que visam tornar compatível o direito nacional com o europeu e, bem assim, da generalidade das propostas de simplificação procedimental (que tem, porém, limites) e processual, desde que salvaguardados aspetos ligados ao controlo do sistema.

A exemplo da reforma do IRC, estamos perante uma reforma muito marcada ideologicamente pelas teses do CDS-PP, com objetivos pré-definidos por despacho governamental. No essencial, esta reforma não toca nos aspetos mais gravosos da reforma de Gaspar como a revisão dos escalões e das taxas, a eliminação programada da chamada “sobretaxa” do IRS, a “taxa adicional de solidariedade”, nem reduz o elenco das taxas liberatórias ou das taxas autónomas. Muitas propostas implicam despesa fiscal que não é sequer quantificada ou estimada. Com exceção da despesa prevista com a introdução do quociente familiar em vez do quociente conjugal (velha reivindicação do CDS-PP, cujo custo, sem compensações, é avaliado no Relatório em 301,6 milhões de euros e, pelo Governo, sem explicações adicionais em 150 milhões), outras medidas suscetíveis de conduzir a perdas de receita ou quebras de tesouraria, como o alargamento do âmbito dos vales sociais de educação, a criação de um abatimento autónomo para as despesas de educação, a dedução global de valor fixo prevista inicialmente, não apresentam qualquer estimativa de perda.

As duas propostas mais emblemáticas da reforma são o acentuar da semi-dualização, isto é, a coexistência de bases de tributação de fatores móveis sujeitas a taxas proporcionais ao lado de outras sujeitas a englobamento e, consequentemente, a taxas gerais progressivas, e a passagem do quociente conjugal para o quociente familiar, seguindo o exemplo francês.<sup>15</sup>

A primeira não se limita, por razões pragmáticas, a racionalizar e dar maior coerência a uma semi-dualização fragmentada existente na prática, de forma a evitar formas de planeamento fiscal agressivo. Tal política, se vista como transitória (enquanto aguarda a criação de condições para a concretização do modelo constitucional), poderia compreender-se em nome de um princípio de praticabilidade e da prossecução de uma forma de concorrência fiscal defensiva, tendo em vista assegurar alguma tributação do fator de produção mais móvel, o capital... Ir além disto exige, porém, uma revisão constitucional.

Mais questionável ainda é a medida (emblemática) da introdução do quociente familiar. A questão da baixa taxa de natalidade, problema grave, prende-se hoje não só com fatores económicos (desemprego, trabalho precário, habitação cara) como também com fatores culturais (primado dos valores pós-materialistas), adotados por estratos sociais de maior rendimento. Como o próprio presidente da Comissão da Reforma reconheceu é muito duvidoso que se façam mais filhos com reduções de impostos a famílias numerosas. Muitas destas famílias são famílias de estratos sociais elevados. As de estratos

---

<sup>15</sup> A terceira, o mecanismo de reembolso aos contribuintes em 2016 da sobretaxa extraordinária através de um crédito fiscal conectado aos resultados do combate à fraude em sede IRS e de IVA é do domínio do puro embuste político, não merecendo aqui qualquer outra referência.

sociais em que os filhos continuam a ser a segurança social dos pais estão excluídas da tributação em IRS, que, como é sabido, deixa de fora cerca de 48% dos cidadãos ativos. A medida, além de um bónus a certas famílias (e, como acabou por ser reconhecido, em prejuízo de outras), reintroduz a figura (regressiva) de alguns abatimentos à matéria coletável que havia sido eradicada.<sup>16</sup>

Enfim, a Proposta de Lei inicialmente aprovada no Conselho de Ministros acolhe a marca ideológica do CDS-PP e as alterações de última hora, que deixam cair as deduções fixas à coleta para despesas de saúde, educação e habitação, aumentam a despesa fiscal (sem a contabilizar), de modo a procurar conter futuros danos eleitorais.

## 5. A REFORMA FISCAL VERDE

Uma reforma fiscal verde é, mais tarde ou mais cedo, inevitável. Na pureza da sua aceção, uma tal reforma deveria partir dos seguintes pressupostos: a) que o recurso a impostos é o meio mais idóneo para melhorar o ambiente; b) que os impostos verdes têm uma forte probabilidade de alterar comportamentos, sendo, no limite, impostos suicidas, que perdem receita à medida que atingem os objetivos; c) que seja observado o princípio do poluidor-pagador, evitando, tanto quanto possível, a repercussão da carga fiscal nos consumidores finais; d) que a receita arrecadada seja reciclada intramuros, isto é, utilizada para a promoção de comportamentos amigos do ambiente e, por extensão, do ordenamento do território. A sua eficácia exige ainda um gradualismo na implantação, de forma a minorar o impacto negativo da subida de impostos indiretos (regressivos) nomeadamente no emprego.

Mesmo que sejam discutíveis os pressupostos da chamada “fiscalidade verde”<sup>17</sup>, a Comissão da Reforma efetuou um exaustivo e meritório trabalho. É, no entanto, fácil de verificar que as principais medidas de fiscalidade verde – a contribuição sobre os sacos de plástico leves (em rigor, um novo im-

---

<sup>16</sup> Não significa isto que a fiscalidade não desempenhe um papel, nomeadamente por via da melhoria das deduções à coleta por número de membros do agregado. Mas não parece ser o instrumento certo para apoiar a natalidade ou as famílias numerosas necessitadas. Aí as políticas seletivas do lado da despesa, como os abonos de família, são muito mais justas e eficazes. Ou mesmo a redução do horário laboral: não há filhos sem, pelo menos, tempo disponível...e emprego com alguma estabilidade...e habitação disponível...e creches...etc.

<sup>17</sup> Há que distinguir a fiscalidade verde (como o imposto sobre os sacos de plástico), da fiscalidade esverdeada (como a da taxa de carbono), há que clarificar se falamos de tributos ou de mecanismos de mercado e de que tipo de tributos falamos (impostos?, taxas? contribuições?), há que esclarecer quais são os seus verdadeiros objetivos e se é realista falar de triplo ou mesmo de duplo dividendo, sem que esses tributos deixem de ser verdes, ou se é correto falar de neutralidade fiscal quando, na melhor das hipóteses, o que se quer é falar de neutralidade financeira etc.

posto), a taxa de carbono sobre combustíveis, o reforço da taxa do Imposto sobre Veículos em função das emissões de CO<sub>2</sub> - , rendendo cerca de 165,5 milhões de euros, são funcionalizadas à consolidação orçamental (predomínio da função reditícia), ao financiamento das benesses atribuídas em sede de IRS (desde logo, a introdução do quociente familiar) e à manutenção da *sobre-taxona* do IRS que, de provisória, tende a transformar-se em definitiva. Apenas cerca de 15 milhões de euros se destinam a promover a melhoria do ambiente.

Por outras palavras: a reciclagem da receita faz-se essencialmente fora do perímetro da política ambiental (em sentido lato), destinando-se a consolidar os objetivos das reformas fiscais do IRS e do IRC. A reforma da fiscalidade verde evoca assim a configuração da melancia: verde por fora e, neste caso, azul-laranja por dentro.





# L'INCIDENCE DE L'ÉLITE SUR L'INTERVENTIONNISME DE L'ÉTAT ET SUR LA TYPOLOGIE DU SYSTEME FISCAL: UNE APPROCHE A PARTIR DU CHANGEMENT SOCIAL DU POST-RÉVOLUTION INDUSTRIELLE

*Maurin Almeida Falcão\**

## Résumé

Le but de ce travail est de démontrer l'influence de l'élite sur les choix de l'intervention de l'État et sur la typologie du système fiscal. En effet, le conflit de classes qui a eu lieu dans le post-Révolution industrielle a été responsable pour l'apparition d'une élite qui s'opposait au progrès social. L'émergence de plusieurs classes a changé l'organisation du corps social en raison de la lutte pour le contrôle sociopolitique de la richesse sociale. Par conséquent, une théorie de l'élite apparaît dans la foulée du changement social pour expliquer le contrôle exercé par une minorité organisée sur la majorité désorganisée. C'est ainsi que le partage des classes entre gouvernants et gouvernées a servi de moule à la pensée de Mosca, Pareto et Mills, ceux-ci à la recherche des arguments pour expliquer les relations du corps social. La théorie des élites naît dans un moment de turbulences sociales marquées par la montée du progrès social et par les nouveaux horizons de la démocratie. De toute évidence, les minorités organisées ont affiché dès le premier moment, leur intention d'être à la tête des décisions sociopolitiques, ce qui leur donnerait une place privilégiée pour organiser la démocratie selon les valeurs. Dans ce sens, l'élite a pu mettre en place une stratégie vouée au contrôle de la richesse sociale, des moyens de production, des politiques publiques et de l'ébauche du système légal. Pour ce qui concerne le système fiscal, l'élite a travaillé dans le sens de réduire les effets du discours de justice fiscale appuyé sur la progressivité. Pour cette raison, la typologie du système fiscal obéit à la logique selon laquelle il fallait faire répercuter sur la majorité sociale, le coût du financement de l'Etat. Disposant des qualités qui les différenciaient de la masse, l'élite a bien su utiliser ces atouts pour monter au plus haut de la pyramide sociale.

## Mots-clés

Société post-Révolution industrielle. Changement social. Élite. Interventionnisme. Typologie des systèmes fiscaux.

---

\* Professeur à l'Université Catholique de Brasília, membre de l'Institut International de Sciences Fiscales et Chercheur-visiteur du Groupement Européen de Recherches en Finances Publiques de l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne. Processo CAPES n° 9571/11-6.

## Resumo

Este artigo se propõe a demonstrar a influência da elite sobre as estratégias de intervenção do Estado e a tipologia do sistema tributário. Em realidade, o conflito de classes ocorrido na fase pós-Revolução Industrial foi responsável pela aparição de uma elite em oposição ao progresso social. Em consequência, uma teoria da elite surge na onda da mudança social com vistas a esclarecer o domínio exercido por uma minoria organizada sobre a maioria desorganizada. Dessa forma, a divisão das classes entre governantes e governados serviu de molde ao pensamento de Mosca, Pareto e Mill, estes à busca dos argumentos destinados a explicar as relações do corpo social. A teoria das elites nasce em um momento de turbulências sociais marcadas pelo crescimento do progresso social e pelos novos horizontes da democracia. Sem dúvida, as minorias organizadas expuseram desde o primeiro momento, a intenção de estar à frente das decisões sociopolíticas, o que lhes proporcionou uma posição privilegiada para organizar a democracia conforme os seus valores. Nesse sentido, a elite pode executar uma estratégia voltada para o controle da riqueza social, dos meios de produção, das políticas públicas e do sistema jurídico. No que se refere ao sistema tributário, a elite trabalhou no sentido de reduzir os efeitos do discurso de justiça fiscal apoiado na progressividade. Por esta razão, a tipologia do sistema tributário obedece a uma lógica segundo a qual é preciso repercutir sobre a maioria do corpo social, o custo decorrente do financiamento do Estado. Dispondo, portanto, de qualidades que os diferencia da massa, a elite soube utilizar corretamente os seus trunfos para chegar ao alto da pirâmide social.

## Palavras-chave

Sociedade pós-revolução Industrial. Mudança social. Intervencionismo. Tipologia dos sistemas tributários.

## 1. INTRODUCTION

Pour dresser un portrait contemporain des élites, il faut d'abord comprendre le changement social du XIX<sup>ème</sup> siècle, responsable du modelage de la société post-Révolution industrielle. Les clivages entre valeurs conservateurs et progressistes ont opposé les classes sociales, ce qui a donné lieu à une dispute en vue du contrôle de la richesse sociale et du pouvoir politique. L'émergence de l'État interventionniste en raison des défaillances du marché libéral a déclenché la réaction des forces capitalistes, désormais en quête des stratégies pour contrecarrer la montée de la grande société solidaire. La mobilité des classes fondée sur l'ascension du prolétariat et de la circulation à l'intérieur des minorités organisées a accru la dispute pour l'espace politique. Cette perspective a confirmé les théories marxistes selon lesquelles le changement social serait à l'origine d'une nouvelle lutte entre les classes.

Nombre de scientifiques sociaux se sont montrés sensibles à cette mosaïque et pour cette raison, cherchaient à comprendre le changement social, ce qui a donné un nouvel élan à la sociologie. L'évolution sociopolitique dans le passage des siècles sera marquée par l'apparition de la théorie des élites comme résultat de l'observation attentive de Mosca, Pareto et Mills des disputes en cours au sein de la société industrielle. Malgré l'unanimité autour de l'affirmation selon laquelle dans toutes les sociétés il

existerait deux classes, celles des gouvernants et des gouvernés, Mosca et Pareto ont pris des chemins différents pour construire leurs théories. Néanmoins, il ne reste pas de doute que la contribution de ces sociologues italiens a permis la compréhension du phénomène des élites et a influencé la deuxième vague de la théorie en Amérique, dans la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle. Sous l'influence de Wright Mills et Lasswell, entre autres, les horizons de la théorie des élites se sont élargis dans le but d'expliquer l'organisation du corps social. Toutefois, la pierre posée par les américains a nourri des controverses, creusant davantage le fossé entre la pensée des fondateurs italiens de la sociologie des élites. En effet, le foisonnement de plusieurs courants a enrichi la théorie des élites, ce qui fait que de nos jours, le sujet se prête à différentes perceptions parfois chargées d'un certain mépris.

La réaction des minorités organisées, revêtues de certains attributs comme la connaissance et la capacité pour choisir ce qui serait le modèle idéal de société, a prévalu sur les discours progressistes sans toutefois éviter la montée des acquis sociaux. D'aucun avertissent que ces acquis sociaux ont été permis, dans une certaine mesure, par les minorités. A partir de ses trois pouvoirs, le pouvoir économique, le pouvoir idéologique et le pouvoir politique, l'élite a pu organiser sa stratégie et définir une fois pour toutes, qui était à la tête de l'organisation sociale. Ainsi, nous pouvons affirmer que le contrôle que l'élite a sur la production du système légal permet de constater que le modelage du système fiscal est une conséquence logique de ces trois pouvoirs. La stratégie du *rent-seeking* dans le cadre des politiques publiques de l'Etat et la maîtrise des moyens de production, place l'élite de telle manière que celles-ci détiennent le contrôle absolu de la richesse sociale.

Par conséquent, l'inauguration d'une grande société solidaire, accompagnée de l'augmentation de l'impôt, a également réveillé la colère de la société capitaliste et l'étoffe de cette réaction se compose d'arguments solides des représentants de la pensée libérale dont le calibre intellectuel ne laisse aucun doute sur la validité des leurs discours.

En bref, ce travail cherche à démontrer plutôt la stratégie des élites que son parcours historique. Il ne ferait pas non plus l'objet de discussions, la circulation des élites, bien chère à Pareto. Notre objectif primordial est celui de présenter la stratégie de l'élite, qui à l'ombre du pouvoir, décide de la politique publique tout en maîtrisant ce qui est autour d'elle, c'est-à-dire en donnant le faux sentiment qu'ils appartiennent à leur cercle. Il est également important de souligner la distinction que nous faisons entre les groupes de pression et l'élite, la première étant un instrument important à la disposition de la minorité organisée.

Élites au pluriel ou élite au singulier, c'est d'ailleurs les clivages qui se sont installés dès la naissance de la théorie et qui opposent nombre de

sociologues. Dans ce travail, le concept adopté est celui de l'élite au singulier, selon les raisons qui se seront exposées plus loin.

A partir des faits exposés ci-dessous, ce travail présentera dans une première partie, le changement social et l'insatisfaction des classes dominantes vis-à-vis du progrès social vérifié dans la société post-Révolution Industrielle, vu alors comme le focus qui a permis l'émergence de la théorie des élites ; ensuite, afin de présenter un élément de transition vers l'objectif final de ce développement, il sera important d'exposer les justificatives des minorités organisées pour être à la tête du corps social. Pour y arriver, il nous faudra décrire non seulement ces justifications mais aussi les trois pouvoirs dont disposent les élites pour assurer le contrôle des moyens de production, des politiques publiques et de la richesse sociale. Dans un dernier moment, un effort sera consacré pour dresser un bilan sur la relation entre les élites et les fonctions interventionnistes de l'Etat sans oublier pour autant leur rôle sur le système légal et la fiscalité.

## 2. LE *LOCUS* SOCIOPOLITIQUE MENANT A UNE THEORIE DE L'ÉLITE DANS LA SOCIÉTÉ POST- RÉVOLUTION INDUSTRIELLE

La théorie de l'élite apparaît dans un moment où l'affirmation des prototypes de la société industrielle expose une lutte sans merci entre les nouvelles classes. Le changement social de la moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle a donné lieu à un combat pour le contrôle sociopolitique de la démocratie naissante et du revenu national. La diversité du tissu social a inauguré une période de conflits opposant les masses et la minorité organisée, ce qui a déclenché une dure dispute pour la primauté du discours social ou capitaliste. Brasseul (2001, p. 121), remarquait dans ce sens que « La révolution industrielle crée des nouvelles classes sociales comme le prolétariat et la bourgeoisie et que la prise du pouvoir par la seconde s'accompagne d'une domination sur la première, qui va se révolter, obtenir des droits et un meilleur partage du revenu national ». Les tensions du corps social ont été, en effet, le processus responsable pour l'aggravation des écarts entre la minorité et les masses. En réalité, emportée par les événements post-industriels, la minorité a saisi l'occasion pour ébaucher les stratégies qui ont abouti à la théorie de la domination, telle comme nous la connaissons aujourd'hui. C'était ainsi le scénario qui s'annonçait à l'horizon. A partir de cette perspective, nombre de sociologues s'est mis à la compréhension du changement social qui serait lui-même, à l'origine, un fait central pour la sociologie (Tremoulinas, 2006, p. 07).

Aron (1964, p. 111) observait dans ses leçons que la notion d'intérêt de classe pouvait être définie d'une part comme la maximisation de la part du

revenu national, et d'autre part comme la prise du pouvoir par le parti se réclamant de la classe considérée. Cette maximisation de la part du revenu national a orienté les stratégies tous azimuts et a défini les contours d'une sorte de *rent-seeking*, cher aux théoriciens du *public choice*. Ainsi, cette dispute entre le prolétariat et la bourgeoisie a poussé vers une prise de conscience sur le rôle de la mobilité sociale et pour cette raison, a encouragé l'émergence de nouveaux centres de pouvoir. L'arrivée de l'État interventionniste avait comme cible l'égalisation des classes sociales mais, en même temps, a suscité de la part de la société capitaliste, des réactions contre les réformes sociales en cours. Notons que cela s'est constitué dans la pièce de résistance du discours libéral pour tout le XX<sup>ème</sup> siècle et a nourri une controverse qui oppose toujours un nombre considérable de discours.

## 2.1. Le changement social et la genèse d'une théorie dans la société industrielle du XIX<sup>ème</sup> siècle

Le changement social a produit une importante mutation dans les structures des classes et a permis en outre l'élargissement des horizons de la démocratie. Toujours est-il que le passage d'une société à l'autre a apporté un changement dans la structure traditionnelle de la société en y rajoutant le suffrage universel et la progressivité de l'impôt. Par conséquent, la transition d'un siècle à l'autre a été marquée par des contradictions politiques et par des valeurs ambiguës issues des courants libéraux et sociaux-démocrates. Les nouvelles classes en quête de mobilité sociale ont pu arriver aux centres du pouvoir grâce à un nouveau paysage sociopolitique imprégné d'un bien-être voué à la réussite individuelle. Le déséquilibre entre le capital et le travail, une caractéristique frappante dans la société post-Révolution industrielle, a été à l'origine des mouvements sociaux. L'intervention de l'État est devenue impérative pour régler ces différences. C'est ainsi qu'une importante législation sociale a vu le jour et, de surcroît, a consolidé le pouvoir politique des syndicats. L'ascension politique du prolétariat a été le résultat naturel du changement social qui a permis l'environnement favorable aux demandes pour une ample participation sur les questions de politiques économiques et sociales. Toutefois, afin d'atteindre ce but, il y a eu tout un parcours de luttes en vue de la reconnaissance des droits du prolétariat contrecarré par la résistance des capitalistes. Dans ce sens, Piketty (2008, p. 03) remarquait que « Seules les luttes sociales et politiques peuvent permettre d'alléger la misère des plus démunis, produits par le système capitaliste ». C'est ainsi que l'État Providence a vu le jour dans le but d'apporter un palliatif nécessaire pour procurer le bien-être refusé par le marché.

Néanmoins, ce progrès social a déclenché le rejet des forces conservatrices qui ne sont pas restées indifférentes aux mouvements du

prolétariat qui risquaient en plus, de modifier la balance du pouvoir. Pour Perissinotto (2009, p. 14), l'ascension politique des masses a créé une sensation de décadence de la société occidentale et un certain niveau d'irrationalité dans la politique. Cet appauvrissement du débat politique se trouvait dans l'origine des réflexions qui ont conduit à l'ébauche d'une théorie des classes dominantes. Remarquons que ces arguments se constituaient dans le soubassement du discours de la minorité qui se trouvait encadrée dans les centres de pouvoir. Cela justifierait leur stratégie pour contrôler les masses. En effet, pour les adeptes de la théorie de la domination, seules les minorités organisées seraient capables de conduire l'État. La leçon de Perissinotto (2009, p. 14), sur l'irrationalité dans la politique serait validée dans la mesure où nous la rapprochons de l'idée que seules ces minorités seraient dépourvues de l'égoïsme propre à la majorité désorganisée.

Le jeu de forces entre la voie progressiste et la minorité organisée constituaient alors le trait le plus marquant du tournant politique et social de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le temps se chargerait de démontrer le durcissement de ces disputes idéologiques au travers du riche débat qui s'est déroulé tout au long du siècle suivant. Brasseur (2001, p. 124) rappelle la contribution des auteurs socialistes et des militants révolutionnaires du XIX<sup>ème</sup> siècle pour une prise de conscience de classe ouvrière et pour une société meilleure. Néanmoins, nombre d'intellectuels du XIX<sup>ème</sup> siècle, parmi lesquels nous pouvons citer Burke, Maistre et Tocqueville, s'interrogeaient sur les conséquences de l'arrivée des masses au pouvoir. Ceux-ci seraient un vaste ensemble d'individus indifférenciés, sans cohésion ni organisation, aux chefs, aux minorités, aux élites seules capables de garantir les libertés contre l'égalitarisme (Busino, 1992, p. 03).

Les acteurs du changement social du 19<sup>ème</sup> siècle, les minorités organisées et le prolétariat, se sont confrontés sur le terrain politique en raison de la rupture entre le modèle classique de l'État gendarme au profit de l'État interventionniste. L'importante législation sociale qui a vu le jour à l'occasion des mouvements sociaux a suscité la méfiance chez les capitalistes. Le nouveau rôle de l'État et de ses institutions ébranlerait définitivement l'équilibre des forces en raison de la montée des masses et de l'élargissement de la démocratie. Les fonctions interventionnistes de l'État représentaient en réalité, une ingérence excessive dans les valeurs du marché et cela a été responsable pour la lutte infatigable menée par les nouveaux libéraux tout au long de l'histoire économique récente. En dépit de ce constat, il faut préciser que la société capitaliste a déployé également toutes ses forces pour contrecarrer la montée du prolétariat. Il s'agissait d'un *leitmotiv* de ceux qui prêchait que seules les minorités organisées seraient capables d'organiser le progrès économique, social et politique. Nous soulignons ici l'idée d'une

force supérieure existant dans la société et qui contrôle, non seulement la production des normes, mais également la mesure des discours, ce qui sera démontré plus loin.

D'un autre côté, le changement social a créé des groupes sociaux de domination en raison des possibilités de mobilité des individus. De même, dans les sphères du pouvoir, une circulation à l'intérieur des groupes minoritaires a écarté les anciennes valeurs de la bourgeoisie traditionnelle en faveur d'une nouvelle classe d'entrepreneurs sortie des nouvelles formes de production et de commercialisation de la société industrielle. Ce sont les aspects les plus marquants de la circulation sociale dans les classes dominantes. Pour reprendre la mobilité produite au sein des masses, l'instauration d'une plus grande justice sociale, accompagnée de moyens de redistribution de richesse et des nouvelles formes de solidarité sociale, ont permis l'épanouissement des individus. Le bien-être se trouvant dans le cœur de l'interventionnisme de l'État, une théorie normative est apparue pour permettre l'approche méthodologique de la répartition. Malgré tout, les contradictions du changement social ont enrichi le débat autour de la construction d'une nouvelle société tout en consolidant la rupture avec les incertitudes du passé. Sur ce point, Rosanvallon (1985, p. 07) avait déjà remarqué que le développement de l'Etat Providence était presque parvenu à vaincre la vieille insécurité sociale et à éliminer la peur du lendemain.

Tel était le dilemme de la société post-industrielle et qui a abouti à une dispute idéologique à la fois pragmatique en vue de la primauté des questions économiques, mais aussi politiques et sociales dans le passage des siècles.

## 2.2. L'insatisfaction des classes dominantes vis-à-vis du progrès social et des justifications pour l'intervention de l'État

Le changement social accompagné du progrès social et de l'apparition de l'État interventionniste a réveillé dans les classes dominantes un sentiment d'insatisfaction en raison de l'avancée sur leurs valeurs chères. En réalité, l'interventionnisme a permis l'instauration de la grande société solidaire fondée dans la répartition verticale des richesses. L'intervention de l'État pour pallier le déséquilibre entre le capital et le travail a représenté un coût pour la société. Néanmoins, la mise en place de lois sociales d'envergure a demandé un effort de tous afin d'apporter une solution aux maux de la société industrielle. De toute évidence, cette entreprise a été responsable de l'insatisfaction dans les milieux les plus nantis de la société. En face de leurs croyances politiques, l'impôt progressif « se constituait dans une spoliation illégitime des revenus d'un groupe qui contribuerait puissamment à la

croissance économique et même au progrès de la civilisation » (Dostaler, 2001, p. 77).

En effet, les défaillances du marché emmenaient inexorablement à des situations d'inégalités sociales et des problèmes de redistribution. Piketty (2008, p. 02), dans une conclusion assez perspicace, remet la question des inégalités sociales au cœur du conflit politique. Cette perception de Piketty est en réalité l'explication du conflit sur lequel nous avons insisté plus haut. La répartition du coût de l'intervention de l'État ou de la réduction des inégalités sociales a provoqué depuis toujours la colère des classes se situant dans le haut de l'échelle verticale. La question qui se pose dans cet univers de conflit sociopolitique révèle l'ampleur de l'intervention de l'État. Nous y trouvons les raisons pour la rébellion de la société capitaliste qui n'a jamais cessé de trouver une façon de faire répercuter ce fardeau sur la majorité désorganisée.

Quelle serait ainsi la justification pour l'intervention de l'État ? Les individus ne pouvant pas trouver leur bien-être dans le marché en fonction de la logique fondamentale de ce dernier, il a fallu l'intervention de l'État selon les modalités qui ont été déjà exhaustivement analysées dans la théorie économique de la fiscalité. Pour donner l'équilibre social rien que la redistribution des richesses, c'était d'ailleurs le discours qui prônait les défenseurs du progrès social. L'affermissement politique du pouvoir syndical a joué un rôle essentiel pour la construction d'un nouveau paysage social. Cependant, les avis partagés sur la matière ont été abondants dans le sens où ceux qui se plaçaient dans les rangs contraires aux excès interventionnistes se sont manifestés de façon exacerbée et n'ont pas été épargnés par les critiques. Hayek par exemple, soutenait que les pouvoirs publics avaient cédé trop de pouvoir aux syndicats et qui de la sorte, sont devenus des institutions pourvues de privilèges uniques auxquelles les règles de droit ne seraient pas applicables (Dostaler, 2001, p. 40).

Il est important de noter qu'à partir de ces remarques, il nous est possible d'établir une démarche selon laquelle l'émergence des groupes de domination, parmi lesquels se trouve l'élite, serait due, d'une part, à l'insatisfaction face aux excès des privilèges accordés aux syndicats. Au demeurant, la dispute pour une plus grande participation dans le revenu national fait que l'espace politique devienne un espace de conflit. De cela, nous pouvons démontrer que les élites et le pouvoir syndical se constituaient dans des groupes de pression, alors, des instruments puissants qui, selon Meynaud (1960, p. 05), pourraient annuler la démocratie. Nous reviendrons plus loin sur le rôle de la minorité organisée sur la production du système légal. Avant, il faut observer que ce comportement ferait peut-être l'objet de

l'analyse des adaptes du *Public Choice* et finirait pour s'insérer, bien que partiellement, dans le concept du *rent-seeking* développé par Tullock.

Au total, le changement social du XIX<sup>ème</sup> siècle a déclenché des disputes entre les classes, tout comme l'avait prévu Marx. Selon l'économiste et philosophe, une nouvelle lutte de classes opposant le prolétariat et la bourgeoisie aurait lieu en raison du passage de la société traditionnelle à la société industrielle. Le progrès social qui menacerait les valeurs de la société conservatrice ne pourrait pas laisser indifférents les pouvoirs dominants, à qui le système alors prédominant profitait davantage. Il fallait s'organiser rapidement afin de freiner la recrudescence du pouvoir politique syndical. Comme il a été remarqué plus haut, l'ascension politique des masses a donné une sensation de décadence de la société occidentale. Si nous rajoutons à ce constat, l'instauration de la taxation progressive du revenu, nous nous apercevrons aisément que les ingrédients pour une plus grande cohésion des classes privilégiées étaient réunis. Ils avaient par conséquent, les arguments pour nourrir leurs discours en faveur du retour de l'État gendarme.

Il résulte de ce qui précède que les répercussions du changement social dans la société industrielle a été responsable de la réorganisation et de l'apparition de nouvelles classes, ce qui a incité une dispute pour le contrôle des questions économiques, politiques et sociales. Les liens étroits entre le progrès social et la répartition des richesses ont projeté une société solidaire, ce qui a fait sonner l'avis d'alerte de la minorité organisée. De toute évidence, cette perspective se trouve à l'origine d'un vaste champ théorique tourné vers les mouvements sociaux, la compréhension du phénomène de l'élite au pouvoir et des groupes de pression.

### 3. L'ÉMERGENCE D'UNE THÉORIE Tournée VERS LA COMPRÉHENSION DU CORPS SOCIAL

La coïncidence historique dans la formulation de la théorie des élites par Pareto, Mosca et Mils n'a pas été due au hasard. Emportés par les répercussions de la société industrielle, ils donneraient une contribution importante à l'analyse du comportement du corps social à partir de l'ébauche d'une théorie née derrière les murs de l'école élitiste italienne. Le changement social du XIX<sup>ème</sup> siècle est devenu un fait central pour la sociologie qui cherchait à comprendre la dimension des relations sociales dans la société post-industrielle. Pour cette raison, nombre de penseurs se sont mis à analyser la question sociale afin de trouver une réponse à la complexité des faits responsables pour un nouveau paysage social. La contextualisation que nous avons développée plus haut, sur les variables politiques qui ont abouti dans la dispute des classes, ont donné lieu à l'étude

des élites. Le trait commun à toutes les sociétés étant la distinction entre les classes, Pareto Mosca et Mills ont y pu mouler leurs théories sur les élites. Sur ce point, Albertoni (1984, p. 56) y reconnaît une sorte de communion d'intérêts culturels et d'attitudes scientifiques que Mosca, Pareto et Michels plutôt qu'une unité d'école lorsqu'on parle de la théorie des élites au lieu de la doctrine de la classe politique. Avec l'appui de leurs ouvrages sur le phénomène des élites, ils ont initié un très beau parcours dans le domaine de la science politique et de la sociologie pour mieux discerner le quotidien de la société industrielle. Les rapports entre la minorité organisée et la majorité désorganisée se sont constitués dans le cœur de cette analyse et a connu un développement important ailleurs.

### 3.1. Les justifications de la minorité organisée

Bien que les mouvements sociaux aient une identité (Touraine, 1965, p. 177) et un rôle fondamental dans la balance du pouvoir lors de l'émergence de l'État social, le groupe minoritaire composé par les individus ayant une influence sur les échelons du pouvoir de décision, arrivent à obtenir plus de dividendes politiques. Les choix sociopolitiques d'une société se trouvent, sans aucun doute, placés sous l'influence de minorités organisées à qui il incombe d'organiser elles-mêmes la démocratie et de l'imposer à toute la société. Busino (1992, p. 07), de façon catégorique, synthétise l'idée que nous essayons de dégager tout au long de ce développement. Pour lui, en réalité, la doctrine des élites est un instrument de critiques de l'ordre existant et se révèle une arme très raffinée également pour la critique des idéologies progressistes. Or, cette affirmation s'enchaîne tout de suite non seulement dans le rejet, par exemple, de la société solidaire mais également des privilèges politiques accordés aux syndicats signalés plus haut par Hayek. Nous noterons de cette façon que les forces conservatrices œuvraient afin de freiner le progrès social en cours. Il fallait surmonter cet obstacle une fois que le progrès social serait à l'origine d'un interventionnisme démesuré pour la part de l'État. Cela se constituait, en effet, dans un risque pour les valeurs du marché et porterait en soit un coût considérable pour les classes aisées.

Il est indéniable que l'étendue du contrôle du pouvoir politique par l'élite a une portée qui dépasse la compréhension immédiate du processus de la démocratie. En raison de l'irrationalité des masses, seule l'élite se trouverait capable d'organiser la démocratie et la répartition des richesses. En fait, les attributs naturels des minorités fait que dans une société déterminée et à un moment donné, des privilèges considérés comme socialement valorisés, tels que la race et le sang ou bien, des qualités acquises comme la culture et les mérites (Busino, 1992, p. 03), laissent l'élite en

position de revenir sur l'avant de la scène politique. Genieys (2011, p. 92) ajoute que dans l'analyse parétienne, à l'instar des élites gouvernementales, la classe politique se compose de personnes dotées de qualités supérieures alors que Mosca nous rappelle la capacité organisationnelle et le sentiment de supériorité qui relève de l'analyse sociologique. L'ensemble de ces qualités serait inhérent aux élites, ce qui les emmène à une sorte de *leadership* naturel. Toutefois, n'oublions pas que les événements qui ont suivi le changement social ont demandé une prise de position des minorités alors sous la « menace » des forces progressistes. Rappelons d'abord que cette perspective a ouvert pour Mosca un champ d'analyse important en ce qui concerne le rapport entre les classes. Cette démarche nous emmène ainsi à la conception marxiste qui s'ensuit avec le changement social. En effet, Marx avait prévu une nouvelle lutte de classes à cause des effets du changement social sur la société industrielle. Par contre, Mosca a prôné un système politique capable de favoriser l'équilibre juste entre les forces sociales au lieu d'abolir les classes sociales comme voulait Marx (Genieys, 2011, p. 87).

Alors qu'il se base sur l'œuvre de Mosca, Perissinotto (2009, p. 25), souligne que, dans toutes les sociétés, même dans celles de développement moyen jusqu'aux sociétés plus avancées, il existe deux classes d'individus, ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernés. D'après Mosca, la classe politique et les masses composeraient ce portrait. De même, Pareto (1919, p. 1301), divise la société en deux strates: une couche supérieure formée habituellement par les gouvernants, et une couche inférieure, celle des gouvernés. Ainsi, la classe politique conduirait les sociétés humaines alors que les masses se laisseraient conduire. Il faut insister dans ce cas sur le fait que dans toutes les sociétés une minorité organisée contrôle la majorité dispersée et désorganisée. Le contrôle exercé par les minorités découle du fait qu'au-delà de leurs compétences naturelles, ils disposent des pouvoirs publics et ils les exercent. Genieys (2011, p. 86) a un regard sur la minorité dirigeante qui découle de la dimension du paradigme élitiste, tout en accord avec la pensée de Mosca, pour qui, « sous n'importe quel régime, il faut une machine gouvernementale, une organisation se composant naturellement d'une minorité numérique, à travers laquelle toute l'action gouvernementale se déploie ».

### 3.2. Les trois pouvoirs de l'élite et le soubassement d'une stratégie de domination

Il faut insister sur le fait que les minorités détiennent des pouvoirs stratégiques et grâce à cela qu'elles ont leur vigueur politique. Les trois pouvoirs communs aux minorités seraient à la base de leur domination sur les masses désorganisées. Par conséquent, ils sont dans le cœur même de

l'organisation politique de l'État et pour cette raison, ils contrôlent les outils d'intervention dont l'État dispose. Avant d'expliquer les trois pouvoirs de l'élite, il faut s'étendre rapidement sur les rapports entre l'État et le marché pour bien comprendre sur quelle base s'appuie l'élite pour dresser sa stratégie de domination. Falcão (2012, p. 270) avait remarqué que « Les fonctions inhérentes à l'intervention — l'allocation, la répartition et la stabilisation — ont mis dans de côtés opposés l'État et le marché, toutefois, il est important de noter que ce contexte a procuré un terrain fertile pour l'ouverture d'un nouveaux chapitre dans l'étude de l'économie politique ». Au travers de la fonction de stabilisation, l'État peut agir sur les forces du marché. Pourtant, le contrôle de la richesse et, notamment, des moyens de production, était dans les mains de l'élite ; celle-ci se met à manœuvrer pour s'accaparer également du pouvoir de décision en ce qui concerne les choix publics. Le marché est devenu, par conséquent, une source de pouvoir politique importante. Toutes ces contestations ont créé inexorablement une sorte de synergie qui s'est établie entre l'État et le marché, l'un étant indissociable de l'autre. En définitive, Kindleberger a bien souligné les intérêts de l'un et de l'autre en expliquant que « à la fois le budget de l'État comme le marché fonctionnent comme mécanisme d'allocation de ressources et de produits » (Gilpin, 2002, p. 26).

Revenons aux trois pouvoirs de l'élite à savoir le pouvoir économique, le pouvoir idéologique et le pouvoir politique. Il peut être admis ici qu'il s'agit de pouvoirs étroitement liés aux questions du progrès social. Bien placée pour éviter l'escalade politique des syndicats lors des événements du changement social du XIX<sup>ème</sup> siècle et également freiner la montée de l'État interventionniste, l'élite s'est dotée de pouvoirs incontestables face aux masses.

Le pouvoir économique des élites résulte de la maîtrise sur les moyens de production et de la richesse, alliée à une domination stricte sur l'appareil de l'État. Ces moyens sont ainsi placés sur le contrôle de la minorité organisée de telle sorte qu'elle peut jouer sur une variable économique importante. Il s'agit en effet, de la rareté des biens, ce qui nous emmène tout de suite à la notion de richesse sociale composée « par l'ensemble des choses matérielles ou immatérielles qui sont rares, c'est-à-dire, d'une part, qui nous sont utiles, et qui, d'autres part, n'existent à notre disposition qu'en quantité limitée » (Walras, 1952, p. 21). L'économiste d'Évreux affirme de façon catégorique que la répartition de la richesse entre les hommes en société, serait plutôt un fait moral qu'industriel et en dehors de toutes conditions rationnelles (Walras, 1952, p. 36). Il n'y a pas lieu de parler de rationalité dans la répartition de la richesse lorsqu'une minorité contrôle même l'État, ce qui relève du pouvoir politique ci-dessous. Pour vrai dire, l'élite a su harmoniser une action tournée à la fois au commandement des choix publics et à

l'appropriation des biens rares. A cela, rajoutons qu'à nos jours, l'apparition d'une élite transnationale a confirmé que les décisions en matière de répartition des biens rares sont jouées également à l'échelle internationale. Cette concertation se fait d'autant plus que la richesse sociale est un bien économique rare et disponible pour très peu d'individus. Il ne faut pas oublier pour autant les problèmes de la mondialisation et leurs effets sur la souveraineté traditionnelle des États.

Le pouvoir idéologique des élites, peut-être l'exemple le plus achevé de leur stratégie de domination, a été responsable d'un débat sur le plan intellectuel depuis le changement social qui a marqué la société industrielle. Néanmoins, les élites seraient « fantastiquement perçues comme une zone franche du changement social » (Fitoussi, Rosanvallon, 1996, p. 60). En revanche, Rocher (1968, p. 128) les a hissé au niveau d'un important agent du changement social, ce qui a rehaussé son importance dans les mutations de la société industrielle. Le rejet séculaire de l'élite au progrès social résulte de son apport idéologique imprégné d'un fort contenu conservateur et de la fidélité aux idéaux du libéralisme classique. L'ensemble de ces valeurs lui a permis de tenir le coup face aux assauts des forces progressistes et de se mettre à l'abri du discours de l'État social, du keynésianisme et de du renouveau du pacte social à l'issue de la Deuxième Guerre Mondiale.

Le passage de l'Etat gendarme à l'État interventionniste, autrement dit, du libéralisme à la social-démocratie, n'est pas fait sans laisser des blessures chez les forces conservatrices. L'avènement du socialisme de la chaire et l'inauguration de l'Etat Providence a fait réagir les convictions chez les libéraux au point de les faire relancer, déjà dans le début du XXème siècle, une croisade en faveur des valeurs propres de l'État minimal. La première moitié de ce siècle serait témoin de la lutte acharnée entre les forces progressistes et conservatrices. La tonalité de ces clivages serait donnée d'un côté, par le triomphe du keynésianisme ; de l'autre côté, malgré un début difficile, la prédication de Mises et Hayek pendant plus de cinquante ans a trouvé son apogée à la fin des Trente Glorieuses. Lorsque la crise internationale a fait irruption sur le progrès économique et social, le besoin d'une réforme en profondeur de l'État a démontré le triomphe du pouvoir idéologique de l'élite. Nombre de doctrines et de nouvelles écoles de la pensée économique annonçaient le triomphe de la minorité organisée sur la majorité désorganisée, exposant de cette façon la primauté du discours conservateur. A partir de là, l'État a dû obtempérer aux injonctions internationales en vue de composer un scénario de convergence imposé par l'élite transnationale.

Pour ce qui concerne le pouvoir politique, nous pouvons affirmer que celui-ci constitue la plus importante preuve de la présence d'élite dans les

sociétés modernes. Il s'agit en effet d'un pouvoir particulier à un groupe restreint qui impose des décisions valables pour la majorité, parfois avec le recours à la force. Mitchel et Simmons (2003, p. 77) ont reconnu cette primauté des valeurs lorsqu'ils soutiennent que les sociétés sont gouvernées pour une seule élite de la haute classe, relativement fermée et qui ne réagit aux pressions publiques que lorsque sa position est menacée. Mosca (1939, p. 50), quand il justifie les raisons pour lesquelles les élites cherchent le pouvoir, a estimé que « The first class, always the less numerous, performs all political functions, monopolizes power and enjoys the advantages that power brings..... ».

L'analyse des précurseurs de la théorie des élites se fait davantage autour de la classe politique. L'étude des minorités organisées sur lesquelles repose la construction théorique de Mosca par exemple, a maintes fois démontré que la minorité organisée détient le pouvoir car il y a une supériorité morale qui prévalait sur la majorité désorganisée, malgré la force de cette dernière. Or, nous n'avons pas besoin d'aller plus loin pour réaliser que le trait marquant des sociétés dans n'importe quel niveau d'organisation a été toujours la soumission à une minorité. Cela relève même de l'anthropologie et de la religion ayant une implication majeure dans le sentiment d'obéissance commun à tous. Les qualités inhérentes aux élites politiques se trouvent peut-être dans l'origine de cette obéissance. Dans ce sens, Michels (1914, p. 47) évoque un besoin de vénération commun aux masses et ajoute que « au milieu des ruines du vieux monde moral des masses, reste seule intacte la colonne triomphale du besoin religieux ».

Les élites politiques seraient mieux préparées à conduire le processus démocratique. Dans les sociétés occidentales elles garantissent les principes de la liberté individuelle, le respect à la légalité, la limitation du pouvoir du gouvernement et le capitalisme, ce qui se constituerait, selon Mitchel et Simmons (2003, p. 78), dans une ironie. Dans cette perspective, retrouvons Pareto pour rappeler que les élites gouvernementales seraient dotées d'une qualité supérieure. Pour Perissinotto l'ascension politique des masses donnerait un sentiment de pessimisme pour l'avenir. Les fonctions politiques et les fonctions du gouvernement seraient, elles, mieux placées pour organiser le processus démocratique et pour s'opposer à la montée du progrès social. En étant tout à fait d'accord avec ces points de vue, Busino (1992, p. 110) conclut qu'aucune application pratique d'une politique démocratique ne serait possible sans l'apport des élites. Le sociologue italien ajoute encore que la conjonction de la théorie de la démocratie et la théorie des élites permet de concevoir avec plus de réalisme le problème de la gouvernabilité des sociétés complexes (p. 112).

En somme, les trois pouvoirs des élites (économique, idéologique et politique) ne nous laissent pas de doutes sur l'étendue de leurs stratégies qui s'insèrent aussi bien dans la théorie de la classe politique que dans la théorie de la domination. Il résulte de ce qui a été démontré plus haut que les élites puisent leur pouvoir dans le contrôle des ressources essentielles de la société, comme la richesse, l'éducation, leur expérience exécutive et légale, ainsi que leurs connexions avec le gouvernement, les militaires et les affaires comme l'ont bien souligné Mitchel et Simmons (2003, p. 77). Bottomore (1964, p. 37), dans la même voie qui retrouve le concept de « *ruling class* » lorsqu'il fait une lecture attentive de Mosca:

But the « *ruling class* », defined as the class which owns the major instruments of economic production, in a society, is shown to be a cohesive social group; first, because its members have definite economic interests in common, and, more importantly, because it is engaged permanently in a conflict with other classes in society, through which its self-awareness and solidarity are continually enhanced.

Bien évidemment, cette perspective assure une plus grande autonomie des élites de façon directement proportionnelle au niveau de démocratie. Il faut souligner au passage que le système du suffrage universel ne fait qu'entériner la stratégie des élites politiques alors que système électoral ne laisse pas de place aux majorités désorganisées. Mitchel et Simmons (2003, p. 78) ont insisté sur le fait que les élections sont des exercices symboliques qui renforcent la perception chez les masses sur le fait qu'elles participeraient effectivement de la démocratie. Les trois piliers sur lesquels s'appuie l'élite politique émanent de l'ample cohésion existante autour de ces objectifs. Il s'agit d'ailleurs d'une caractéristique immuable et d'un point fort chez les minorités organisées.

### 3.3. Quelle serait la place réelle des élites dans les sociétés ?

Le consensus sur la place réelle de l'élite dans les sociétés a toujours été vu comme une sorte de « chasse gardée » parmi ceux qui se sont penchés sur la question. Il s'agit d'un trait commun trouvé aussi chez Mosca que chez Pareto. Cependant, une deuxième génération de la théorie des élites a vu le jour à partir de l'importante contribution des américains dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Wright Mills (*The Power Elite*) et Lasswell (*Politics: Who Gets What, When, How*) parmi d'autres, ont ouvert de nouvelles voies concernant l'étude de la sociologie de l'élite. Mosca nous avait déjà conduit vers la notion de classe politique ou classe dirigeante et dans ce sens, il a identifié trois classes politiques: la classe militaire, la ploutocratie (possession de la richesse) et la classe sacerdotale (Perissinotto, 2009, p. 28). Pour établir

un ordre dans les classes politiques, Mosca a appliqué le critère de contrôle des ressources socialement valorisées, ce qui permet à ces classes, d'imposer leur domination, ce qui a été également remarqué par Perissinotto. Cette même perspective est soutenue par Wright Mills(1959, p. 276) quand il se réfère à la coïncidence d'intérêt chez l'élite: « (...) the power elite has been shaped by the coincidence of interest between those who control the major means of production and those who control the newly enlarged means of violence (.....) ».

Nous avons déjà vu que, dans l'analyse de Mosca et Pareto, il est toujours repéré une couche supérieure dans laquelle se trouvent les gouvernants, et une couche inférieure, dans laquelle se trouvent les gouvernés (Pareto, 1919, vol. II, p. 1301). Néanmoins, Wright Mills adopte un point de vue des élites peut-être plus pragmatique que Mosca et Pareto. Selon ce qui a été remarqué dans son célèbre ouvrage, les élites politiques, économiques et militaires ont le pouvoir sur la société. Toutefois, elles ne constitueraient pas une classe dirigeante unifiée. Sur ce sujet, Wright Mills (1959, p. 287) a exposé que « Despite their social similarity and psychological affinities, the members of the power elite do not constitute a club having a permanent membership with fixed and formal boundaries ».

C'est à partir de cette définition de Wright Mills que nous pouvons construire une démarche pour situer les élites au-dessus de la notion classique employée par Mosca et Pareto. La controverse entre les courants pluralistes et monistes dérive du besoin de mesurer la place des élites dans la société. Pour les pluralistes, les élites feraient partie des groupes dirigeants se trouvant dans des différents secteurs de la société. Remarquons que la diversité des élites répond directement à la notion qui s'est répandue parfois avec une connotation péjorative, puisque tout ce qui est supérieur appartenait aux élites. Toutefois, la cohésion existante entre les différentes branches de ces élites est un fait marquant malgré l'hétérogénéité d'intérêts de ces composants, ce qui rejette cette banalisation. Selon l'hypothèse pluraliste, chacun d'entre eux chercherait à s'intégrer dans un cercle de pouvoir particulier dans but d'agir dans son intérêt.

Le courant moniste conçoit l'élite comme une force unique dans la société, ce qui se rapproche plus de la notion de catégorie dominante. Le discours de l'homogénéité de l'élite chez les monistes tient plus au fait qu'une stratégie de domination a été mise en place de façon ostensive et qui a été éparpillée partout dans la société. Wright Mills a démontré catégoriquement que les stratégies des élites politiques, économiques et militaires des États-Unis a donné lieu à l'élite du pouvoir, ce qui rejoint la thèse de Mosca sur la classe dominante.

Nous constatons en conséquence que l'expression élites au pluriel serait rattachée à l'hétérogénéité d'intérêts de plusieurs groupes, formant une diversité qui conviendrait à la pluralité de la démocratie. Au singulier, l'élite reste rattachée au courant moniste vu comme un bloc dominant. C'est dans cette perspective que ce travail essaie d'esquisser une démarche selon laquelle l'élite se situerait au-dessus des pouvoirs étatiques. Pour cette raison elle conduirait à leur gré, le sort de l'ensemble du corps social, formant une minorité organisée et ayant en même temps, les qualités requises d'une classe supérieure.

### 3.4. L'ébauche d'une stratégie de domination

Nous avons précédemment remarqué que Marx avait prévu un nouveau conflit de classes à partir du changement social du XIX<sup>ème</sup> siècle. Dans ce même diapason, il a soutenu que l'État serait « un organisme de domination de classe, d'oppression d'une classe par une autre » (Bouvier-Ajam, Ibarrola, Pasquarelli, 1975, p. 271). De son côté, Engels (1983, p. 281) a repris le même discours pour évoquer l'État comme un produit de la lutte des classes. Sans avoir l'ambition d'épuiser la vaste analyse de Marx et d'Engels, maintes fois critiquée par nombre d'auteurs, nous ne voulons qu'apporter un mot pour souligner la place de l'élite dans la maîtrise du pouvoir, à la limite une sorte de domination d'une classe sur l'autre. Il s'agit cependant d'une perspective qui échappe parfois à la compréhension de la portée de l'expression « élites » souvent employée dans un sens péjoratif, comme nous l'avons déjà vu. Élités au pluriel nous renvoie plutôt à la notion qui a été évoquée en haut, une situation selon laquelle des individus ayant des intérêts hétérogènes forment une cohésion en vue de consolider un cercle de pouvoir déterminé. Néanmoins, les avis sont partagés là-dessus. Le débat en cours depuis l'émergence de la société industrielle nourrit une controverse qui n'a pas épargné même les fondateurs de la théorie des élites.

Comme il a déjà été souligné, nous reprenons la notion de l'élite au singulier pour renforcer l'idée que, dans toutes les sociétés, il y a un groupe qui se trouve au-dessus de l'État et des pouvoirs politiques. Une fois qu'il détient le contrôle des moyens de production et de la richesse, il participe activement au financement des campagnes électorales et contrôle en outre le pourcentage le plus important du revenu national, ce qui fait qu'il soit bien placé. De plus, cette élite cherche à augmenter sa participation dans le partage du revenu national de façon à en bénéficier à l'égard de la majorité désorganisée.

A ce sujet, la première remarque porterait sur le fait que l'élite a toujours les politiciens à leur disposition puisque ceux-ci ne pourraient pas réussir leurs projets électoraux sans l'appui, les connexions et l'argent de

l'élite (Mitchel et Simmons (2003, p. 78), ce qui met en relief le discours de Marx et Engels plus haut. Or, si l'élite détient le contrôle du financement des campagnes électorales, elle a toujours la possibilité de décider sur ceux qui seront à la tête de l'administration de l'État et des agences gouvernementales de régulation, par exemple. Devant l'implication de l'élite dans la configuration du corps administratif de l'État, nous pourrions aller plus loin pour affirmer que la participation active de celle-ci dans le financement électoral fait que des personnes extérieures à l'administration, non élues, aient davantage un pouvoir de décision privilégié dans les choix publics.

Une fois que l'élite a choisi ceux qui seront à la tête des décisions, elle déclenche sa stratégie pour influencer la production du système légal et de la mise en place des politiques publiques. Il est certain que c'est dans cet aspect où se trouve l'intérêt majeur de l'élite. A partir de la maîtrise du système légal, l'élite peut influencer la conduite des politiques publiques dans l'objectif de renforcer sa stratégie de *rent-seeking*, ce qui lui procure une place non négligeable dans la dispute pour le revenu national. Dans le sens inverse, en ce qui concerne le financement de l'État, l'élite a un rôle important dans le modelage du système fiscal, comme nous le verrons plus loin.

Il a été présenté plus haut, dans la contextualisation des clivages politiques de la société industrielle, que l'élite a cherché les moyens pour contrecarrer le progrès social à l'époque, ce qui perdure jusqu'à nos jours. Au demeurant, la réforme de l'État, à partir de la crise de la fin du siècle dernier, a répondu de façon satisfaisante aux injonctions de l'élite nationale et transnationale. A partir de ces événements, la remise en cause de l'État-providence s'est constituée en tant que pièce de résistance du discours de l'élite.

Malgré toute une littérature sur la convergence entre l'élite et les groupes de pressions, ceux-ci étant parfois vus de façon erronée comme étant l'élite, Mitchel et Simmons soutiennent que ces derniers sont toujours cooptés par l'élite et deviennent un outil à leur disposition. Sur les groupes de pression, Généreux (1996, p. 453), dans son analyse sur la contribution de Mancur Olson, note que « le comportement spécifique des partis et de leurs leaders ne peut être négligé puisque, dans une démocratie, les groupes de pression ne peuvent prospérer qu'avec l'assentiment des gouvernements et des assemblées législatives qui peuvent à tout moment modifier les règles du jeu économique, politique ou social ». Il y a en effet, un enchaînement de stratégies similaires qui pourrait être attribué à l'élite.

Nous renforçons également la notion selon laquelle l'élite donnerait la fausse impression aux décideurs de l'État qu'ils appartiendraient à leurs cercles de pouvoir et voire leurs cercles de loisir, une fois qu'ils partageraient

plusieurs centres d'intérêt commun. Cependant, l'élite se sert des politiciens et des agents publics au point même de les mépriser puisqu'ils ne seraient qu'un outil à leur disposition. A notre regard, ils ne seraient que des intermédiaires toujours dans l'attente des privilèges dans la mesure permise par l'élite. Busino (1991, p. 04), lorsqu'il s'appuie sur l'analyse de Hyppolite Taine, s'exprime de façon dédaigneuse à l'égard de la masse et nous pourrions même y ajouter sans aucun risque, les classes intermédiaires:

Hyppolyte Taine a été le premier à théoriser cette opposition: dans une société donnée, seul un nombre restreint de personnes auraient la faculté de l'usage de la raison et, dégagées des contraintes matérielles, auraient conscience de leurs responsabilités supérieures, alors que la masse, c'est-à-dire la multitude égoïste, ignorante, besogneuse, en quête d'aide « ne lâche son argent que par contrainte..... ».

D'après cette approche, même ceux qui seraient à la tête des organisations pourraient être considérés comme appartenant à la masse. L'élite se sert de tous ceux qui sont des décideurs dans la sphère publique et qui ne seraient que des intermédiaires. L'élite leur donne la fausse impression d'appartenir à son cercle. Néanmoins, elle ne partage pas les valeurs qui lui sont chères. En plus, les intermédiaires n'ont pas les qualités requises et ils n'appartiennent pas au milieu aisé et traditionnel qui caractérise l'élite. En effet, ils sont au service de l'élite et c'est le bras qu'elle utilise pour contrôler et surveiller les masses. En effet, selon la théorie moniste, l'élite exclurait de façon impitoyable de ses rangs, ceux qui ne rempliraient pas les qualités requises pour l'intégrer. Ce pouvoir du *ruling elite*, dominé par les gens issus de la classe des affaires (Genieys, 2011, p. 220) en serait un bon exemple quant à la sélection dominée par l'élite. En réalité, les individus disposent, dans une société déterminée, de privilèges découlant, selon Busino (1991, p. 03), des qualités naturelles valorisées socialement comme la race ou le sang. En outre, les qualités acquises, comme la culture, les mérites et les aptitudes, parmi d'autres, pourraient être considérées comme particulières à la minorité.

A ce stade, il serait très pertinent de décrire les lignes générales de la théorie de la domination avec l'objectif d'élargir la perception sur les sources où l'élite semblerait puiser des fondements de sa doctrine. Wolfelsperger (1995, p. 30) retrace les contours généraux de cette théorie lorsqu'il remarque que les individus se sont pas homogènes. En effet, « ils sont différents les uns des autres en fonction du point de vue des avantages dont chacun dispose ». Wolfelsperger (1995, p. 32) poursuit dans son énoncé pour signaler que « le rapport entre des forces inégal entre les individus est institutionnalisé par la création d'un mode régulier d'extorsion des ressources d'un des individus au profit de l'autre ». Il s'agit en réalité, des points de convergence entre ce qui

nous avons présenté plus haut comme des attributs de l'élite et la théorie de la domination. De la confrontation entre les théories, nous pouvons en déduire que les individus disposent d'avantages ou de qualités, selon la théorie de l'élite, qui les placent dans une situation de supériorité vis-à-vis des autres. En dépit de toute discussion sur l'arbitrage de l'État pour équilibrer le partage équitable du revenu national, la primauté d'une classe sur l'autre confirmerait la réussite de la stratégie du *rent-seeking*.

#### 4. LA POSTURE DE L'ÉLITE EN FACE DE L'INTERVENTIONNISME DE L'ÉTAT ET DE LA TYPOLOGIE DES SYSTÈMES FISCAUX

Il est indéniable que l'élite a un rôle important dans les choix publics, selon ce qui a été exposé plus haut. Mosca(1936, p. 50) remarque justement que «We all know that, in our own country, whichever it may be, the management of public affairs is in the hands of a minority of influential persons, to which management, willingly or unwillingly, the majority defer.» Les stratégies mises en place par l'élite ont une influence considérable sur la conduite de la politique économique, sociale ainsi que dans la production du système légal. En outre, la dimension des fonctions interventionnistes de l'État passe souvent sur son assentiment. Toutefois, il faut reconnaître que l'insertion de l'élite dans un contexte de recherche d'un plus grand pouvoir économique, idéologique et politique se constitue dans un domaine significatif de recherche de la science politique. Cela a permis l'essor d'une vaste littérature pour expliquer la dimension du phénomène de la domination de la majorité désorganisée par une minorité organisée.

Nous noterons par la suite que le pouvoir de l'élite dans les sociétés contemporaines s'est consolidé grâce à la vulnérabilité des classes sociales et de l'affaiblissement des masses. En même temps, l'élite est devenue capable de déterminer l'extension des inégalités sociales en fonction de son contrôle sur les moyens de production et de partage des richesses. Fitoussi et Rosanvallon (1996, p. 58), ont averti sur l'accroissement du fossé entre le pays et ses élites et que cela découlerait du fait que beaucoup se contenterait de stigmatiser les élites et de dénoncer une sorte d'abandon social des populations les plus démunies. Est-ce qu'il suffirait de mettre en place des programmes sociaux et des politiques publiques pour alléger cet abandon ? L'État dispose d'un arsenal de possibilités pour apporter une solution à ces inégalités. Cependant, n'oublions pas la pénurie des ressources publiques aggravée par la dispute pour ces mêmes ressources.

#### 4.1. Quel rapport entre l'élite et les défaillances du marché ?

Dans les finances publiques modernes, L'État, à travers de son intervention, a recours à l'impôt pour favoriser l'équilibre social et pour pallier les défaillances du marché, ce qui donne lieu à trois modalités classiques de l'interventionnisme. Il est important de rappeler que ces trois fonctions interventionnistes ont été repérées par Musgrave dans son anthologique ouvrage « *The Theory of Public Finance* », publié en 1959. Par ailleurs, ces fonctions intègrent l'économie normative qui « a pour objet de définir le rôle idéal de l'État dans la société ou, plus exactement et étroitement, en général, dans l'économie » (Wolfelsperger, 1995, p. 105).

La fonction d'allocation concerne la production de biens collectifs et, en principe, sans aucun intérêt pour le marché. Ensuite, la fonction de répartition, vue par Musgrave (1959) comme la fonction classique de la politique budgétaire, a pour but de favoriser l'égalité par l'impôt à partir d'une échelle verticale qui se constitue dans la base de la société solidaire: la contribution de tous au bien-être commun à partir de leurs facultés contributives. La fonction de stabilisation, à son tour, est le moyen selon lequel l'État intervient dans le marché pour pallier ses déséquilibres tout en disciplinant le comportement des individus et renforçant la notion de la primauté de l'intérêt général sur le particulier.

Avant de poursuivre dans notre propos sur l'interventionnisme et l'élite, il est important de reprendre le contexte de la crise économique internationale qui a beaucoup contribué à l'essor des minorités organisées. Nous oublions souvent les effets néfastes de la crise internationale des années soixante-dix du siècle dernier, qui a imposé une réflexion sur le rôle de l'État et sur la réduction des dépenses publiques. Souvenons-nous que la concertation internationale ci-dessus, sous l'égide de l'insertion des économies dans un circuit global, a posé une double contrainte aux masses. La réduction des dépenses publiques a été accompagnée, en réalité, par l'augmentation de la charge fiscale dans de nombreux pays en développement. Nous noterons que ces mesures avaient pour objectif majeur de favoriser l'affichage des excédents primaires, ce qui convenait davantage à l'élite. En outre, les organismes internationaux veillaient de près à l'économie publique des pays endettés et toujours en quête d'une aide internationale et des investissements étrangers. Il fallait assainir l'économie publique pour bien accueillir les flux internationaux de capitaux et assurer l'élite sur la bonne foi des États pour s'y rendre. Voici les rendez-vous de la fin du siècle dernier.

En définitive, ce contexte socio-politique a consolidé la position stratégique de l'élite. Le déficit démocratique, accru par la crise du secteur public et ses répercussions sur la question sociale, a déplacé davantage le

centre de la crise vers les masses. A partir de ce moment-là, elles sont devenues le bouc émissaire de la crise de l'État et de l'Etat Providence.

Pour revenir à l'objet de ce travail, l'incidence de l'élite sur les fonctions interventionniste de l'État, il faut rappeler la question posée par Mitchel et Simmons (2003, p. 79): Est-ce qu'il serait possible un gouvernement d'élites utiliser son pouvoir de gouvernement pour surmonter une défaillance du marché ? La réponse logique des auteurs est dans le sens que, pour préserver le système, il faut bénéficier des secteurs de l'élite sans porter de préjudice à d'autres et sans déranger pour autant la structure de pouvoir. Et toujours encore de façon logique, les auteurs ont recours au *New Deal* pour évoquer que l'élite, dans un souci à l'égard du public, a eu recours au gouvernement pour résoudre des problèmes sociaux qui ne pourraient être réglés directement par les marchés.

Après avoir souligné la perception de l'élite vis-à-vis des défaillances des marchés, il faut rappeler que c'est justement ces événements qui ont justifié l'émergence de l'État interventionniste. Quel serait ainsi le rôle de l'élite dans cette perspective ? Mitchell et Simmons ont bien synthétisé le regard de l'élite sur les défaillances du marché. Ici nous identifions le fil conducteur qui nous oriente vers une démarche selon laquelle l'élite tire des profits des défaillances du marché. En même temps, elle œuvre pour la préservation du système toute en accordant une partie infime du revenu national aux masses afin de palier, même de façon partielle, au déséquilibre social. Il s'agit en effet, d'un leurre pour la participation de tous dans le processus démocratique dont le sommet serait le vote. Dans la crainte de la perte des acquis sociaux, les masses finissent par se plier aux promesses électorales.

Par conséquent, nous noterons que l'étendue de l'intervention de l'État, par le biais des fonctions allocatives, distributives et de stabilisation et les politiques publiques qui les suivent, est soumise au crible de l'élite.

La logique des défaillances produites par le marché, profite à l'élite de façon double. L'ingérence de l'élite dans la production du système légal ne laisse pas de de doute sur cette affirmation. Dans l'optique libérale, les individus trouveraient eux-mêmes leur bien-être dans le marché. Néanmoins, l'incapacité des individus d'y arriver a été responsable d'un déséquilibre important dans les relations entre le capital et le travail. Maintes fois, cette situation a demandé l'intervention de l'État pour mettre fin à ce déséquilibre. Or, une fois la logique du marché privilégiée, à qui profite cette défaillance ? Voici un justificatif de l'élite pour contrecarrer le progrès social dont les coûts seraient divisés théoriquement pour toute la société tout en regardant le critère vertical. D'un autre côté, les défaillances du marché demanderaient, dans le cadre de l'intervention de l'État, des politiques

publiques dont la portée serait facilement contrôlée par les élites dans le processus du *rent-seeking* mentionné ici à plusieurs reprises.

#### 4.2. Le regard de l'élite sur la justice fiscale et sur la typologie des systèmes fiscaux

L'élite se trouvant la tête de la haute politique, elle se trouve capable également de décider sur l'étendue du système légal. Dans cette perspective, l'élite, au-delà d'influencer les contours de l'intervention de l'État, peut modeler le système fiscal, ce qui lui permet de transférer le coût du financement public aux majorités désorganisées. Par conséquent, le système fiscal, en tant que variable politique issue du système légal, devient un lieu privilégié pour l'obtention de très nombreuses exonérations fiscales, ce qui favorise davantage l'élite.

Comme pilier de ces fonctions, l'impôt incorpore un rôle important de cohésion économique, politique et sociale. Le fardeau fiscal de la vie en société repose sur le principe même du consentement à l'impôt et doit être réparti de façon équitable. Les individus sont appelés à contribuer selon des principes sacrés de la théorie de l'impôt et du contractualisme. Dans cette perspective, le système fiscal se constituerait dans un domaine de disputes politiques où chacun essaierait d'échapper aux frais dus à la répartition de la charge fiscale. Néanmoins, l'élite arrive à arracher, avant tout, des privilèges importants, ce qui ne laisse pas de marge de manœuvre pour la masse de contribuables. Cela se confirme dans la mesure où nous ajoutons encore le profil des systèmes fiscaux contemporains. La régression, le nomadisme des bases fiscales et la mitigation de la charge fiscale étant à l'ordre du jour, l'élite en fait recours, ce qui détourne le discours pour une justice fiscale à la portée de tous. La typologie des systèmes fiscaux de nos jours est davantage moulée dans une zone où l'élite peut décider sur le degré de progressivité ou sur l'éventail d'impositions mise à la disposition de l'État.

Les moyens pour mesurer ces paramètres découlent du choix des bases imposables, que ce soit, le revenu, le patrimoine ou la consommation. Le dilemme sur quelle modalité choisir, peut définir le niveau de la justice fiscale dans un système fiscal donné. Toutefois, le revenu et le patrimoine restent toujours l'expression majeure de richesse. De cet inventaire, nous pouvons déduire que l'intervention de l'élite dans le modelage du système fiscal et dans les règles de la justice fiscale, peut varier pour atténuer, par exemple, la taxation sur le revenu et le patrimoine aux dépens de la consommation. Dans cette supposition, les impôts régressifs propres de la taxation sur la consommation se constitueraient dans une redistribution à l'envers, des pauvres vers les riches (Trémoulinas, 2011, p. 65). L'impôt

comme expression de solidarité sociale, a toujours été le moyen utilisé pour la réduction des inégalités moyennant une échelle verticale, que synthétise correctement les principes démocrates de la fiscalité. Pour cette raison, Tremoulinas a bien disséqué la logique injuste du choix de l'État d'imposer davantage sur les plus faibles du corps social. Ne parlons pas des traitements différenciés du revenu, selon la source, dans de nombreux systèmes fiscaux.

Il faut ajouter encore l'action délibérée de l'élite transnationale, laquelle a connu un essor important dans l'après-guerre. L'essor du libre-échange, des entreprises transnationales et la mobilité des agents économiques se trouvent dans l'axe de cette élite transnationale. Le scénario favorable sur le plan économique et politique international, à côté des outils juridiques prévus dans l'ordre fiscal international, a rendu possible la mobilité des bases imposables (le revenu et le patrimoine) dans la perspective de la mondialisation et du libre-échange.

Pour reprendre le sujet sur la mobilité de la richesse, il faut rappeler que l'élite transnationale, à côté de l'élite nationale, dans une situation caractérisée par la perméabilité des systèmes fiscaux, a collaboré de façon mutuelle, à la mise en place d'un système légal tourné vers des intérêts communs. Cela a été responsable pour la mitigation de la notion de souveraineté étatique, d'autant plus que la mondialisation a imposé des changements structureaux importants dans les systèmes juridiques traditionnels de l'État nation. Une fois les systèmes juridiques ayant convergés vers une directive globale non écrite, les pays ont pu trouver les voies de l'insertion internationale en vue d'une ample concertation prévue par l'élite.

Par conséquent, la charge fiscale très élevée commence à faire partie du quotidien des contribuables (les masses) et cela, de façon parallèle à la réduction des dépenses publiques. A partir de cette perspective, nous pouvons nous appuyer sur l'analyse des systèmes fiscaux pour constater que la répartition de la charge fiscale se concentre depuis toujours sur les masses, comme conséquence de la possibilité que l'élite dispose de faire répercuter le sacrifice fiscal. Or, la mondialisation a provoqué l'apparition de deux différentes catégories de contribuables: les contribuables mondialisés et les contribuables non-mondialisés, sachant que ces derniers n'ont pas les moyens d'échapper à l'impôt en raison de l'immobilité de leurs revenus et de leurs patrimoines. Les plus touchés par cette perspective sont les ménages ayant de bas revenus. Cette situation est encore aggravée par le fait que les contribuables mondialisés échappent à l'impôt plus facilement, ce qui rend plus lourde la charge fiscale pesant sur les moins nantis.

Nous revenons sur la théorie de l'impôt pour rappeler que celui-ci, dans l'optique de l'élite, n'est rien d'autre qu'un coût de production. Pour

cette raison, il devient très commode de le faire répercuter sur le consommateur final. Il y a également dans ce cas, une redistribution à l'inverse de la charge fiscale, ce qui aggrave sans aucun doute, les inégalités sociales.

La norme fiscale et le panier des exonérations fiscales à la disposition de l'élite, découlent du contrôle qu'elle exerce sur la production du système légal, ce que nous avons déjà signalé. Il nous semble par ailleurs, qu'il s'agit d'un fait devenu commun dans la majorité des systèmes fiscaux. En tout état de cause, il est possible d'affirmer que le système fiscal est conçu sur « mesure » et au mépris de la justice fiscale. Il y a en effet, un transfert de la charge fiscale envers ceux qui n'ont pas les moyens d'éviter l'impôt. Ce détournement de la justice fiscale a lieu sous couvert de la légalité puisque il a été noté ici que la maîtrise de la production de la norme est un des coins les plus chers pour l'élite. Les polémiques autour de l'optimisation fiscale restent toujours encadrées dans un jeu de cache-cache, les *policy makers* de l'Etat faisant semblant que l'on avance petit à petit.

En bref, l'élite serait-elle une espèce de *free-rider* ? De nombreux arguments peuvent être présentés par les conservateurs dans le but de prouver le contraire. Sans aucun doute, toute la théorie économique peut présenter des arguments solides pour démontrer les voies les plus diverses pour le système fiscal dans le but de favoriser le binôme équité/efficacité. Nonobstant les critères pour définir l'optimum du système fiscal, il reste toujours controversé et les avis très partagés en ce qui concerne l'équilibre entre équité et efficacité.

Dans son ouvrage sur la pensée libérale de Hayek, Dostaler (2001) remarque que l'économiste de l'école autrichienne, lorsqu'il critiquait la taxation progressive sur le revenu (l'un des piliers de la justice fiscale), a évoqué une sorte de « spoliation illégitime des revenus d'un groupe qui contribue puissamment à la croissance économique et même au progrès de la civilisation ». Il faut faire dans le cas présent, une analyse plutôt pragmatique de l'état de l'art. Ce travail n'a pas le but majeur de discuter la fiscalité optimale mais tout simplement de démontrer que l'action de l'élite finit par moduler le système fiscal à leur gré. La posture la plus commode serait celle de transférer le sacrifice fiscal à la majorité désorganisée. Il faut rappeler d'abord que nombre de théorie de la fiscalité pourrait soutenir les arguments d'un côté et de l'autre. Nous avons vu que l'impôt est un coût pour ceux qui détiennent le contrôle des facteurs de production et ainsi, il y a la possibilité de faire répercuter ces coûts sur les consommateurs, qu'il s'agit des impôts directs ou indirects. C'est un mécanisme inhérent et automatique de l'imposition fiscale et ainsi il n'y a, en principe, aucun rapport avec la norme

légale. D'ailleurs, c'est la norme légale qui réagit en donnant forme à un outil déjà existant dans le monde matériel.

D'un autre côté, les contours régressifs du système fiscal résultent du choix politique de privilégier des modalités d'impôt qui auraient un poids plus important pour des individus ayant de bas revenus. Les priorités du système fiscal dans ce cas, seraient sur le revenu provenant du travail et sur la consommation des ménages. Le profil des systèmes fiscaux a été dessiné de cette façon: sur les conséquences de la perméabilité des espaces nationaux aux injonctions de l'élite transnationale. Ne parlons pas à présent, de la mondialisation et de ses effets sur la mobilité des bases imposables, de l'arbitrage fiscal, enfin, des directives internationales qui ont servi de moule à l'élaboration de la norme fiscale.

En bref, les défaillances du marché, de tous les côtés, sont l'expression de la volonté d'une élite formée par une minorité détentrice des qualités qui les placent dans le rang supérieur de la société. L'étendue de l'intervention de l'État pour faire face à ce problème, passe d'abord sur son crible ainsi que sur l'élaboration du système légal. Ainsi, l'élite joue un rôle dans la formulation des politiques d'allocation, de distribution et de stabilisation tout en favorisant une sorte de *rent-seeking* dans le but d'augmenter leur participation dans le partage du revenu national. Par conséquent, l'élite module le système fiscal de façon à faire répercuter sur la majorité désorganisée, le coût du financement de l'État. Cela lui permet en plus, d'annuler les fondements de la justice fiscale puisque la portée et le rythme de la norme fiscale sont sur son contrôle. Par ailleurs, le profil du système fiscal et la définition des bases imposables, le revenu, le patrimoine et la consommation sont décidés au soin de l'élite.

Une fois tous ces critères réunis, nous ne pouvons pas écarter l'idée selon laquelle l'élite au pouvoir a délibérément cherché en quelque sorte une stratégie de *rent-seeking* imprégnée parfois d'un *free-riding* caché.

## 5. CONCLUSION

Tout au long de ce travail nous avons essayé de dresser une relation entre l'élite, les fonctions interventionnistes de l'État et le modelage du système fiscal. Pour y arriver, il nous a fallu exposer de prime abord l'environnement sociopolitique qui a influencé la société industrielle ainsi que les effets du changement social responsable pour la construction d'un nouvel État. Nous avons vu que l'émergence de l'État interventionniste a déclenché des contestations par les conservateurs qui refusaient le progrès social et l'excès du pouvoir politique accordé aux syndicats. Les propositions en vue d'une société solidaire et des besoins de financements qui

l'accompagnaient ont suscité des vives réactions dans les rangs de la société capitaliste. La possibilité d'ascension au pouvoir des masses représentait un risque de décadence pour la société occidentale. Il fallait réagir à cet état de choses. Par conséquent, une théorie de l'élite a vu le jour pour expliquer le comportement politique d'une minorité qui, pour se considérer détentrice d'un nombre de qualités et pour cette raison, serait la mieux placée pour diriger la démocratie, le pouvoir et contrôler les moyens de production. Mosca, Pareto et Mills et, plus tard, aux États-Unis, Wright Mill et son élite au pouvoir, ont forgé les bases de la théorie malgré les controverses réunies autour même du sens du mot élite. Néanmoins, le consensus selon lequel, dans toutes les sociétés existerait deux classes (ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernés). Autrement dit, une minorité organisée qui contrôle une majorité désorganisée. Il s'agit ici du fil conducteur qui a guidé ces scientifiques sociaux vers une théorie controversée sur le rôle des élites dans la société.

En dépit d'une approche qui privilégierait l'expression élites au pluriel, ce qui plairait bien à Pareto et à Mosca, nous avons orienté notre démarche vers une conception de l'élite au singulier. En réalité, l'élite est composée par une minorité au-dessus du pouvoir de l'Etat. Elle participe activement au financement des campagnes électorales et de cette façon, a le pouvoir de décision sur ceux qui seront placés à la tête de l'Etat. L'élite peut placer au cœur des décisions publiques, des individus qui n'ont pas été soumis au suffrage universel et qui seront tout de même au cœur de l'État. Maintes fois nous avons souligné la stratégie de l'élite et rôle sur les fonctions interventionnistes de l'État, ce qui lui permet d'avoir une place privilégiée dans le contrôle des moyens de production, de la richesse sociale, de la mise en place des politiques publiques et de la production du système légal. Est-ce qu'il s'agirait d'une caractéristique immuable des sociétés contemporaines ? Le temps ne laisse aucun doute là-dessus.

## RÉFÉRENCES

ALBERTONI, Ettore A. « La doctrine de classe politique de Gaetano Mosca ; Formation, subdivision périodique, interprétations critiques et problèmes théoriques (1879-1982). » in *Études sur la pensée politique de Gaetano Mosca* sous la direction d'Ettore A. ALBERTONI, Milano/Montréal 1984, p. 21-77.

ARON, Raymond. **La lutte de classes — nouvelles leçons sur les sociétés industrielles**. Paris: Gallimard, 1964.

BOTTOMORE, T. B. **Elites and society**. London: C. A. Watts @ Co. Ltd, 1964.

BOUVIER-AJAM, Maurice, IBARROLA, Jésus, PASQUARELLI, Nicolas. **Dictionnaire économique et social**. Paris: Éditions Sociales, 1975.

- BRASSEUL, Jacques. **Petite histoire des faits économiques et sociaux**. Paris: Armand Colin, 2001.
- BUSINO, Giovanni. **Elites et élitisme**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- DOSTALER, Gilles. **Le libéralisme de Hayek**. Paris: La Découverte, 2001.
- FALCÃO, Maurin Almeida. « O Estado, o mercado e as transformações econômicas, políticas e sociais determinantes de uma economia política do tributo ». *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2012, 104, jan/jun 2012, p. 263-289.
- FITOUSSI, Jean-Paul, ROSANVALLON. Pierre. **Le nouvel âge des inégalités**. Paris: Seuil, 1996.
- GÉNÉREUX, Jacques. **L'économie politique — analyse économique des choix publics et de la vie politique**. Paris: Larousse Bordas, 1996.
- GENIEYS, William. **Sociologie politique des élites**. Paris: Armand Colin, 2011.
- GILPIN, Robert. **A economia política das relações internacionais**. Traduit de l'anglais par Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- MEYNAUD, Jean, **Les groupes de pression**. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.
- MICHELS, Robert. **Partis politiques — essai sur les tendances oligarchiques des démocraties**. Traduit par S. Jankelevitch; Paris: Ernest Flammarion, 1914.
- MILLS, C. Wright. **The Power Elite**. New York: Oxford University Press, 1959.
- MITCHELL, William C., SIMMONS, Randy T. **Para além da política — mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Trad. Par Jorge Ritter. São Paulo: Topbooks, 2003.
- MOSCA, Gaetano. **The rulling society**. Traduit par Hannah D. Kahn. New York-London: McGraw-Hill Book Company, Inc., 1939.
- MUSGRAVE, Richard A. **The Theory of Public Finance**. New York: McGraw-Hill, 1959.
- PARETO, Vilfredo. **Traité de sociologie générale**. Lausanne-Paris: Payot & Cie., 1919.
- PERISSINOTTO, Renato. **As elites políticas — questões de teoria e método**. Curitiba: IBPEX, 2009.

PIKETTY, Thomas. **L'économie des inégalités**. 6a. Ed. Paris: La découverte, 2008.

ROCHER, Guy. **Le changement social**. Paris: HMH, Ltée, 1968.

ROSANVALLON, Pierre. **La nouvelle question sociale — repenser l'Etat-providence**. Paris: Seuil, 1985.

TOURAINÉ, Alain. **Sociologie de l'action**. Paris: Seuil, 1965.

TRÉMOULINAS, Alexis. **Comprendre la fiscalité**. Paris: Bréal, 2011.

TREMOULINAS, Alexis. **Sociologie des changements sociaux**. Paris: La Découverte, 2006.

WALRAS, Léon. **Éléments d'économie politique**. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1952.

WOLFELSPERGER, Alain. **Économie publique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.





# COMMENT CARACTERISER LE DROIT DE L'URBANISME FRANÇAIS APRES LA LOI SRU. UNE ANALYSE HISTORIQUE DU DROIT CONTEMPORAIN DE L'URBANISME

*Norbert Foulquier\**

## **Résumé**

Cet article vise à analyser les innovations du droit français de l'urbanisme, surtout la loi SRU, c'est-à-dire la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains. L'objet du droit de l'urbanisme s'est notablement étoffé et même transformé. Il n'est donc pas exagéré d'affirmer qu'avec la loi SRU, le droit de l'urbanisme français a changé d'objet. Il conserve aujourd'hui encore ces caractéristiques mais, depuis 2000, plusieurs réformes législatives ont été adoptées, le contexte économique et social s'est transformé, les défis auxquels doivent faire face les pouvoirs publics se sont aggravés, tant les défis économique, sociaux qu'environnementaux. Ainsi, le droit de l'urbanisme français se trouve tiraillé entre des objectifs contraires et il apparaît aujourd'hui comme un droit qui se cherche, un droit dont le principe directeur n'a plus rien d'évident.

## **Mots-clés**

Droit français. Droit de l'urbanisme. Loi SRU. Analyse historique.

## **Resumo**

Este artigo tem por objetivo analisar as inovações da lei francesa de urbanismo, sobretudo a lei SRU, ou seja, a lei de 13 de dezembro de 2000, relativa à solidariedade e à renovação urbanas. O objeto do direito do urbanismo expandiu-se notavelmente e transformou-se. Portanto, não é exagero dizer que, com a lei SRU, o direito do urbanismo francês mudou de objeto. Ele ainda mantém hoje suas características, mas, desde 2000, várias reformas legislativas foram adotadas, o contexto econômico e social se transformou, os desafios enfrentados pelo poder público se agravaram, tanto os desafios econômicos, sociais quanto ambientais. Assim, o direito do urbanismo francês está dividido entre objetivos conflitantes e agora aparece como um direito que se procura, um direito cujo princípio orientador não tem nada de evidente.

## **Palavras-chave**

Lei francesa. Direito do urbanismo. Lei SRU. Análise histórica.

---

\* Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Codirecteur du SERDEAUT.

## 1. INTRODUCTION

Comme l'écrivait le Professeur Yves Jégouzo dès 2001 dans une étude intitulée « *L'impact de la loi SRU sur la nature du droit de l'Urbanisme* »<sup>1</sup>, la loi SRU, c'est-à-dire la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, devait et a effectivement pris « *place parmi les grandes lois d'urbanisme au même rang sans doute que la loi du 30 décembre 1967 d'orientation foncière qui dessina l'économie générale du droit de l'urbanisme contemporain ou celle du 7 janvier 1983 qui en décentralisa l'exercice des compétences* ».

Les innovations adoptées par le Parlement de l'époque composé d'élus socialistes, écologistes et communistes étaient évidentes, tant en matière de procédure d'adoption des actes d'urbanisme qu'en ce qui concernait le fond même du droit de l'urbanisme français<sup>2</sup>.

La preuve probablement la plus éclatante de ces innovations ressort de la comparaison des objets assignés aux documents d'urbanisme par l'article L 121-10 du code de l'urbanisme en vigueur en 1983 et par la nouvelle version de cet article après la loi SRU. En 1983, l'article L 121-10 disposait seulement ceci : « *Les documents d'urbanisme déterminent les conditions permettant d'une part de limiter l'utilisation de l'espace, de préserver les activités agricoles, de protéger les espaces forestiers, les sites et les paysages et, d'autre part, de prévoir suffisamment de zones réservées aux activités économiques et d'intérêt général, et de terrains constructibles pour la satisfaction des besoins présents et futurs en matière de logement* ». En 2000, cette disposition changea de numérotation. Elle est devenue l'article L 121-1 du code de l'urbanisme. Alors qu'en 1983, cette disposition se noyait dans un chapitre, elle devient en 2000 et reste aujourd'hui encore la disposition introduisant le chapitre sur les documents d'urbanisme. Ce changement de numérotation s'est également - et surtout - accompagné d'un changement de contenu très important. En effet, dorénavant, « *les schémas de cohérence territoriale (SCOT), les plans locaux d'urbanisme (PLU) et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer* :

---

<sup>1</sup> Y. Jégouzo, *L'impact de la loi SRU sur la nature du droit de l'Urbanisme*, *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme* (BJDU) n° 4/2001, p. 226.

<sup>2</sup> Parmi les commentaires de cette loi, voir P. Hocreitère, *La loi SRU, la hiérarchie et la substance des normes d'urbanisme* : *Droit administratif* 2001, n°2, p. 4 – V. Le Coq, *La loi SRU et les documents d'urbanisme*, *Droit administratif* 2001, n°2, p. 6 – P. Le Louarn, *La loi SRU et le patrimoine environnemental* : *Droit administratif* 2001, n°2, p. 13 – C. Lepage, *Modification de la politique des transports urbains à l'issue de la loi S.R.U* : *Gazette du Palais* 2001, n° 19, p. 24 – Les dossiers sur cette loi dans les « *Annales des loyers* » 2001, n° 1, dans le *Bulletin Mensuel Lamy Droit immobilier* 2001, n° 76, dans le *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme* 2000, n° 6, dans l'*Actualité juridique – Droit administratif* 2001, n° 3.

1°) L'équilibre entre le renouvellement urbain, un développement urbain maîtrisé, le développement de l'espace rural, d'une part, et la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des espaces naturels et des paysages, d'autre part, en respectant les objectifs du développement durable ;

2°) *La diversité des fonctions urbaines et la mixité sociale dans l'habitat urbain et dans l'habitat rural, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, notamment commerciales, d'activités sportives ou culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics, en tenant compte en particulier de l'équilibre entre emploi et habitat ainsi que des moyens de transport et de la gestion des eaux ;*

3°) *Une utilisation économe et équilibrée des espaces naturels, urbains, périurbains et ruraux, la maîtrise des besoins de déplacement et de la circulation automobile, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des écosystèmes, des espaces verts, des milieux, sites et paysages naturels ou urbains, la réduction des nuisances sonores, la sauvegarde des ensembles urbains remarquables et du patrimoine bâti, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature ».*

L'objet du droit de l'urbanisme s'est notablement étoffé et même transformé. Alors qu'en 1983, il avait surtout pour objet l'utilisation des sols, même si avec la loi SRU ce souci ne disparaissait pas puisqu'on retrouvait des objectifs datant des années 1960-70 et 80, tels notamment que la production de logements, avec cette nouvelle loi le droit de l'urbanisme est devenu le « droit de la ville » et même le « droit de l'urbain »<sup>3</sup>. Les termes employés par le législateur le prouvent car les considérations urbaines se trouvent toujours mises au premier plan. Par exemple, les premiers termes de l'équilibre à rechercher sont, d'après l'article L. 121-1, « le renouvellement urbain et le développement urbain maîtrisé ». Les considérations rurales, la préservation de la campagne et des espaces naturels ne viennent qu'en second. Elles apparaissent comme des bornes et des limites à l'urbanisation.

Non seulement, la loi SRU a fait du droit de l'urbanisme le droit de la ville, mais plus précisément d'une ville comprise dans sa globalité. Il ne s'agit plus simplement de réglementer le droit de construire détenu par les propriétaires. Dorénavant, les documents d'urbanisme doivent contenir des projets de développement de la ville, sur sa croissance et son fonctionnement, conduisant à la saisir comme un tout quasi organique. La globalité de la ville implique de reconnaître au droit de l'urbanisme une

---

<sup>3</sup> H. Charles, De l'urbanisme au renouvellement urbain, le droit des sols dans la tourmente, p. 69, dans les Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, éditions Dalloz, 2004.

multitude de finalités. Les projets d'urbanisme prennent une nouvelle importance et notamment du document présenté comme le cœur du PLU de la ville et du SCOT de l'agglomération : le projet d'aménagement et de développement durable (le PADD). Dans ce PADD, il n'est plus exclusivement question de la construction mais également des perspectives de développement, de croissance et de fonctionnement – bref de « la vie » – de la ville, ce qui explique l'importance prise par les projets d'infrastructures susceptibles d'améliorer la qualité de vie des administrés et la cohésion sociale.

Il n'est donc pas exagéré d'affirmer qu'avec la loi SRU, le droit de l'urbanisme français a changé d'objet. Il conserve aujourd'hui encore ces caractéristiques<sup>4</sup> mais, depuis 2000, plusieurs réformes législatives ont été adoptées<sup>5</sup>, le contexte économique et social s'est transformé, les défis auxquels doivent faire face les pouvoirs publics se sont aggravés, tant les défis économiques<sup>6</sup>, sociaux<sup>7</sup> qu'environnementaux<sup>8</sup>. Ainsi, le droit de l'urbanisme français se trouve tiraillé entre des objectifs contraires et il apparaît aujourd'hui comme un droit qui se cherche, un droit dont le principe directeur n'a plus rien d'évident. Ceci transparait tant à travers ses caractéristiques matérielles que ses caractéristiques formelles.

## 2. LES CARACTERISTIQUES MATERIELLES DU DROIT DE L'URBANISME FRANÇAIS

En étudiant les caractéristiques matérielles du droit de l'urbanisme français, il s'agit de mettre en évidence son objet.

---

<sup>4</sup> Comparer, même si la perspective est quelque peu différente, Y. Jégouzo, Les principes du droit de l'urbanisme, p. 180, Mélanges en l'honneur d'E. Fatôme, Paris Dalloz, 2011.

<sup>5</sup> Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat.

<sup>6</sup> Loi visant à relancer l'économie en facilitant les projets immobiliers : loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

<sup>7</sup> En réponse à la crise du logement : loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social - loi n° 2012-955 du 6 août 2012 visant à abroger la loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire - loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire - loi n° 2011-665 du 15 juin 2011 visant à faciliter la mise en chantier des projets des collectivités locales d'Ile-de-France - loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion - loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale - loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement

<sup>8</sup> Se présentant comme une grande loi sur l'environnement : loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle 2). Loi visant à améliorer les transports à Paris : loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris - loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux.

Depuis la loi SRU, le contenu de l'article L 121-1 a été modifié plusieurs fois. Cette disposition a vu sa formulation évoluer<sup>9</sup>. A tous les objectifs des documents d'urbanisme mentionnés en 2000, le législateur a ajouté les performances énergétiques, la répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, le développement des communications électroniques, la diminution des obligations de déplacement, la réduction des gaz à effet de serre, la production énergétique à partir de sources renouvelables, ainsi que la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques. Certes, lors de l'adoption de la loi n° 2010 -788 du 12 juillet portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle 2) a été supprimée de l'article L. 121-1 la sauvegarde des ensembles urbains remarquables et du patrimoine bâti mais il s'agit d'une modification répondant plus à la pression de quelques élus qu'à un choix véritablement pensé par le Parlement. En effet, cette modification prolonge la condamnation des ZPPAUP, c'est-à-dire des zones de protection du patrimoine architectural, urbanistique et paysager, qui avaient le défaut, selon quelques élus, de trop compliquer la délivrance des autorisations d'urbanisme dans les quartiers historiques des communes<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> « Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer, dans le respect des objectifs du développement durable :

1° L'équilibre entre :

a) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux ;

b) L'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;

c) La sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables ;

1° bis La qualité urbaine, architecturale et paysagère des entrées de ville ;

2° La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements et de développement des transports collectifs ;

3° La réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, et la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature. »

<sup>10</sup> Les ZPPAUP ont fait place aux AVAP, les aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine. V. X. Couton, Régime des travaux dans les AVAP : Construction-urbanisme 2012, n° 7, p. 19 – P. Planchet, De la ZPPAUP à l'AVAP : Actualité juridique – droit administratif 2011, p. 1538.

Malgré ce retrait, non seulement l'objet du droit de l'urbanisme en revient à ce qu'il était en 2000 mais il se complique d'éléments n'ayant plus rien à voir avec l'utilisation des sols. Pour preuve, le développement des communications électroniques qui grâce au WIFI ne passe même plus par une utilisation des sols. Cette innovation s'explique cependant par le fait que de nos jours, Internet et la téléphonie sont considérés comme des éléments essentiels de l'aménagement de la ville.

Malgré l'importance prises par les préoccupations environnementales depuis la loi Grenelle 2, le droit de l'urbanisme reste donc toujours un droit de la ville, et malgré ce qui était espéré lors du vote de la loi SRU, il s'agit d'un droit de la ville « en extension ».

## 2.1. Un droit de la ville

Si on veut caractériser le droit de l'urbanisme français, il convient d'affirmer qu'il s'agit toujours d'un droit de l'urbain. Toutefois, son objet devient de plus en plus flou (1). De plus, alors que la loi SRU conduisait à conférer une fonction sociale au droit de propriété, cette conception du droit de propriété se heurte au regain de la propriété privée, ce qui est de nature à compliquer la mise en œuvre des politiques publiques urbaines (2).

1 - En 2013 comme en 2000, ce sont indéniablement les enjeux urbains qui continuent à primer sur les autres enjeux pourtant énoncés à l'article L 121-1 du CU. Le droit de l'urbanisme reste d'abord pensé pour la ville, pour l'agglomération. Le code de l'urbanisme est relativement avare de dispositions relatives aux campagnes et aux lieux faiblement urbanisés. Le PLU a vocation à n'intéresser que les communes dont les élus ont adopté une attitude volontariste d'extension d'urbanisation. A priori, il ne concerne pas les petites communes rurales pour lesquelles le coût de son élaboration est trop élevé. En pratique, ces communes se contentent des cartes communales n'autorisant que des aménagements du règlement national d'urbanisme adossé au principe de la constructibilité limitée, en vertu duquel on ne peut construire que dans le prolongement des zones déjà urbanisées.

Les réformes législatives qui se sont multipliées depuis 2000 n'ont pas transformé le droit de l'urbanisme français sur ce point : il reste bien un droit de la ville prise dans sa globalité. Toutefois, aujourd'hui, il paraît souffrir de sa trop grande richesse. Ou plutôt, comme le législateur a tendance à faire du droit de l'urbanisme le réceptacle d'un très grand nombre de ses nouvelles politiques publiques (protection de l'environnement, lutte contre le chômage, lutte en faveur des petits commerces, développement des communications électroniques, etc.), l'objet du droit de l'urbanisme devient

de plus en plus flou. Dire que c'est le droit de la ville (ne suffit donc plus à l'expliquer !

Ses multiples objectifs s'opposent parfois. C'est notamment le cas de la nécessité de construire des logements sociaux à bas prix et la volonté, animée du souhait de protéger l'environnement, de privilégier les constructions dans les villes, là où le prix du foncier est pourtant le plus élevé. De plus, la combinaison de ces divers objectifs confère à l'administration un pouvoir discrétionnaire très grand, parfois même trop grand au regard des besoins de sécurité juridique des constructeurs. Et finalement, c'est l'objet même du droit de l'urbanisme et les prérogatives que l'administration détient pour réaliser ses projets d'urbanisme qu'il devient difficile de cerner. L'exemple en est donné par l'arrêt *Franck Hoffmann contre Commune de Callian* du Conseil d'Etat rendu en section le 27 juillet 2012<sup>11</sup>. La commune de Callian avait décidé d'interdire la division des terrains en vue de leur construction en lotissement, afin de limiter la densité de l'urbanisation dans une zone naturelle qui n'était pas encore pleinement équipée pour accueillir un grand nombre d'habitations mais qui était déjà ouverte à l'urbanisation. Probablement, la commune désirait-elle limiter les investissements en matière d'équipements publics que son urbanisation ne manquerait pas d'exiger. Le Conseil d'Etat a déclaré illégal, par voie d'exception, le plan d'occupation des sols (le POS), tout en précisant que cette solution vaudrait pour les PLU. La doctrine a applaudi cette décision, estimant que le Conseil d'Etat avait enfin défendu convenablement la propriété privée et donné une correcte définition du lotissement. Même si on partage ces analyses, cet arrêt doit aussi se lire comme le signe d'une grande incertitude quant à la notion de « motif d'urbanisme »<sup>12</sup> et à celle de « servitude d'utilisation du sol ». En effet, toutes les limitations de l'exercice du droit de propriété contenues dans les documents d'urbanisme doivent poursuivre, sous peine d'illégalité, un motif d'urbanisme. Or, c'était bien un tel motif que la commune poursuivait puisqu'elle voulait limiter l'urbanisation de zones naturelles qui n'étaient pas encore pleinement adaptées par une urbanisation complète et c'est seulement en prétendant que l'interdiction de diviser les terrains relève non pas de l'utilisation du sol (alors que la division est le préalable à des constructions) mais de la liberté de disposer de son bien que le Conseil d'Etat a réussi à trancher un débat qui animait les spécialistes du droit de l'urbanisme depuis plusieurs années

---

<sup>11</sup> Conseil d'Etat, sect., 27 juillet 2012, *Franck Hoffmann contre Commune de Callian* : revue de droit immobilier 2012, p. 523, note P. Soler-Couteaux ; AJDA 2012, p. 1851, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

<sup>12</sup> Voir en ce sens également Y. Jégouzo, édito dans le complément d'Opérations d'aménagement, décembre 2012, éditions du Moniteur.

2 – Comme le rappelle la jurisprudence *Franck Hoffmann contre Commune de Callian*, le droit de l'urbanisme comprend surtout des normes qui limitent, pour des motifs d'intérêt général, le droit des propriétaires d'utiliser le sol de leur immeuble. C'est pourquoi le droit de l'urbanisme s'apparente à un régime de police administrative spéciale limitant l'exercice de droit de propriété. Cependant, se contenter d'assimiler le droit de l'urbanisme à une police administrative spéciale méconnaîtrait la spécificité de ce droit. En effet, en multipliant les objectifs du droit de l'urbanisme, la loi SRU a eu pour effet d'affecter le droit de propriété : elle a « socialisé » le droit de l'urbanisme. Au droit individuel, elle a ajouté une fonction sociale. En droit de l'urbanisme, la « propriété oblige », pour reprendre la formule de la Constitution de Weimar. En effet, les propriétaires ont d'autant plus d'espoir d'obtenir un permis de construire que leur projet correspond aux choix du PADD et à sa traduction réglementaire. En 2000, cela paraissait d'autant plus évident que le contenu du PADD était opposable aux demandes de permis de construire. Si cette opposabilité a été supprimée en 2003, la dimension sociale du droit de propriété véhiculée par le droit de l'urbanisme n'en a pas pour autant disparue. Par exemple, le PLU peut « réserver des emplacements en vue de la réalisation, dans le respect des objectifs de mixité sociale, de programmes de logements qu'il définit » (art. L. 123-2 du CU ). Pour échapper à une expropriation, le propriétaire a donc tout intérêt à construire des logements sur sa parcelle si elle se trouve dans une zone réservée à ce type de construction<sup>13</sup>. A la différence du régime de la police administrative, le droit de l'urbanisme ne fixe pas seulement des interdits : il contient également des obligations de faire au service de la collectivité, sous peine d'expropriation des propriétaires trop individualistes.

La dimension sociale du droit de la propriété en droit de l'urbanisme pourrait cependant atteindre ses limites dans les années à venir. En effet, la jurisprudence paraît donner un regain à la dimension individualiste du droit de propriété qui compliquera la réalisation des politiques publiques d'urbanisme,, le Conseil constitutionnel ayant pris des décisions en ce sens. Il a par exemple déclaré contraire à la Constitution l'article L. 332-6-1 du CU qui permettait à l'administration d'accorder un permis de construire contre la cession d'une parcelle du terrain du pétitionnaire<sup>14</sup>. Même si cette censure repose sur le fait qu'il revenait au législateur et non au pouvoir réglementaire de préciser le régime de cet « échange », cette jurisprudence révèle le souci du juge de protéger le droit de propriété. Depuis, le Conseil constitutionnel a

---

<sup>13</sup> Cette possibilité fait toutefois débat car le ministère assimile les emplacements réservés pour le logement aux emplacements réservés traditionnels qui privent le propriétaire de la possibilité d'obtenir un permis de construire.

<sup>14</sup> Conseil constitutionnel, 22 novembre 2010, décision numéro 2010-33-QPC, Société Esso SAF : AJDA 2010, p. 2384, note F. Rolin ; Recueil Dalloz 2011 p. 136, note E. Carpentier.

rendu d'autres décisions qui abondent dans le même sens<sup>15</sup>. L'arrêt *Bitouzet* rendu par le Conseil d'État en 1998 qui relativise le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme s'inscrivait déjà dans cette veine<sup>16</sup>. Depuis, celui-ci semble pousser encore plus loin cette relativisation<sup>17</sup>. Or revenir sur le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, c'est empêcher financièrement aux autorités publiques de réaliser leurs projets d'aménagement et de développement durable. Quant à l'arrêt *Franck Hoffmann contre Commune de Callian*, comment ne pas y voir un rappel de la protection du droit de propriété contre toutes les décisions administratives, même politiquement légitimes, quand leur auteur n'est pas habilité par le législateur à amputer les propriétaires de la pleine jouissance de leurs droits ?

Si cette jurisprudence « propriétaire » devait se prolonger, ce serait la fonction sociale du droit de propriété, mis au service du droit de la ville, au cœur du droit de l'urbanisme depuis la loi SRU qui serait remise en cause.

## 2.2. un droit de l'extension urbaine

Malgré les objectifs du parlement lors de l'adoption de la loi SRU , le droit de l'urbanisme français reste un droit de l'extension urbaine.

1 - L'une des idées fortes de la loi SRU était d'imposer la reconstruction de la ville sur la ville. Un double souci animait le Parlement. D'une part, il s'agissait de restaurer les quartiers dégradés, parfois même en voie de ghettoïsation. D'autre part, il s'agissait de préserver l'environnement. Pourquoi construire sur des espaces naturels, alors que certains espaces sont déjà rendus artificiels, qu'ils sont déjà alimentés par divers réseaux, d'électricité, d'assainissement, d'eau, de gaz ? Il suffisait de les restaurer pour y accueillir de nouveau et dans de bonnes conditions une population en demande de logements.

Sur ce point, la loi SRU s'expliquait par son contexte. En 2000, la construction de logements restait soutenue. Il n'y avait plus autant de logements construits chaque année que pendant les 30 Glorieuses mais le nombre de logements construits par année restait important. La question du logement n'était donc pas aussi cruciale qu'aujourd'hui. De plus, les écologistes avaient soutenu cette réforme à la condition que l'environnement qui constitue leur fonds de commerce ne fasse pas les frais de la réforme du

---

<sup>15</sup> GRIDAUH, La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire : Paris, Les cahiers du Gridauh, n° 22, 2011.

<sup>16</sup> Conseil d'État, 3 juillet 1998, Monsieur Bitouzet : Revue française de droit administratif 1998, p. 1243, concl. R. Abraham.

<sup>17</sup> Conseil d'État, 16 juillet 2010, n° 339342, Société civile agricole du Château l'Arc et société civile immobilière des Hameaux de Château l'Arc : Rev. juridique de l'économie publique 2011, n° 682, p. 28, concl. J. Boucher.

code de l'urbanisme. Cela se traduisait par diverses dispositions. Par exemple, la loi SRU interdisait aux PLU de prévoir des surfaces minimales de terrains à construire, pratique que l'on retrouvait dans beaucoup de plans d'occupation des sols et qui visait à écarter les populations pauvres ou peu fortunées des communes qui l'adoptaient. Cette mesure nuisait à la mixité sociale, mais également à la protection de l'environnement. Elle amplifiait « l'artificialisation » des surfaces agricoles et naturelles. Toujours afin de préserver l'environnement, non seulement la loi SRU avait maintenu le principe de la constructibilité limitée, dans la continuité des zones urbanisées pour les communes non dotées d'un PLU, mais elle prévoyait également qu'un PLU ne pouvait pas ouvrir à l'urbanisation une zone naturelle ou agricole si la commune n'était pas dotée d'un schéma de cohérence territoriale. De plus, le PLU pouvait prévoir, obligatoirement à proximité des transports collectifs, des zones dans lesquelles une densité minimale de constructions s'imposait. Grâce à ces transports collectifs, les gens devaient pouvoir se déplacer sans emprunter leur voiture, donc sans polluer. Ceci devait éviter d'étendre plus encore les réseaux publics, la densification des zones urbaines ayant pour effet de préserver les zones encore naturelles et non équipées.

2 - Bien que l'essentiel des apports de la loi SRU ait résisté au temps et que la loi Grenelle 2 ait même prévu que les schémas de cohérence territoriale fixent les « objectifs chiffrés de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain » (art. L. 122-1-5), plusieurs réformes législatives ont depuis été adoptées qui contrecarrent l'objectif de la reconstruction de la ville sur la ville et qui font de nouveau du droit de l'urbanisme français un droit de l'extension urbaine.

Certaines de ces réformes s'expliquent par des raisons politiques. En 2003, la nouvelle majorité politique conservatrice a supprimé l'interdiction pour les PLU de prévoir des superficies minimales de terrains constructibles. Est ainsi revenu le danger d'un empiètement inutile de l'urbanisation sur les espaces naturels, alors même que l'article L 121-1 du CU continue à dire qu'il faut privilégier la restructuration urbaine.

Des exigences sociales et économiques ont également compliqué la réalisation des objectifs de la loi SRU : l'accroissement de la population française dont le rêve est de posséder une maison individuelle, l'augmentation des familles monoparentales, l'augmentation du nombre de personnes âgées. Celles-ci posent des problèmes spécifiques, notamment dans les campagnes, qui n'ont pas encore été pleinement pris en compte par le droit de l'urbanisme. A cause de la crise économique depuis 2008, il faut y ajouter l'appauvrissement d'une large partie de la population, alors que le prix du foncier s'élève constamment depuis 1995, ce qui nécessite la

construction de nombreux logements, notamment sociaux. Or en raison de la cherté du foncier, ces nouveaux logements ne peuvent être construits par les organismes sociaux qu'en périphérie des centres-villes. Qui plus est, alors que la loi SRU imposait aux communes que 20 % des résidences principales sur son territoire soient du logement social<sup>18</sup>, en janvier 2013, le législateur a porté ce taux à 25 % dans les communes où la demande de logement est la plus forte<sup>19</sup>. La pression sur le logement se transforme ainsi en pression sur l'environnement.

Le droit de l'urbanisme français se trouve donc frappé d'une sorte de schizophrénie. Le législateur le souhaiterait « écologique responsable », mais à cause des nécessités sociales, il ne peut bloquer l'extension urbaine. Le droit de l'urbanisme l'encadre tout au plus et ce faisant, il n'est pas loin de la légitimer. Matériellement donc, le droit de l'urbanisme se cherche.

### 3. LES CARACTERISTIQUES FORMELLES DU DROIT DE L'URBANISME FRANÇAIS.

Le constat similaire d'un droit de l'urbanisme qui a perdu son idée directrice s'impose quand on analyse les caractéristiques formelles de ce pan du droit public. Depuis la loi SRU, on peut avancer que le droit de l'urbanisme français est un droit décentralisé à regret, un droit démocratique, prospectif et inévitablement complexe. Si sa complexité n'a jamais été remise en cause, au grand dam des praticiens, ses autres qualités ont depuis 2000 subi des évolutions qui en rendent difficile une présentation systématique.

#### 3.1. Un droit décentralisé à regret

Le droit de l'urbanisme est à certains égards un droit national. L'existence du code de l'urbanisme l'illustre bien. Mais c'est aussi un droit dont la mise en œuvre et la définition du détail, c'est-à-dire souvent l'essentiel en pratique, sont fortement décentralisées. Il suffit de penser à l'importance prise par les documents d'urbanisme locaux tels que le SCOT et le PLU. La réalité est finalement assez complexe. D'un côté, l'État multiplie la reprise en main du droit de l'urbanisme, de l'autre, il ne se donne plus les moyens matériels de sa volonté.

---

<sup>18</sup> Par ex., voir P. Derrez, *Quelle application de l'article 55 de la loi SRU ?*: revue Opérations immobilières 2011, n° 11, p. 36 – J. P. Brouant, *Caractère prescriptif et opposabilité du SCOT en matière d'équilibre social de l'habitat : l'ombre (constitutionnelle) d'un doute* : AJDA 2012 ; p. 391.

<sup>19</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013, **relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social** : AJDA 2013, (à paraître), **commentaire de J.-P. Brouant et N. Foulquier.**

1 – Il ne s’agit pas ici de minorer l’importance des documents d’urbanisme locaux. La décentralisation de l’urbanisme en 1983 n’a jamais été remise ouvertement en cause. Le législateur pousse même les communes à adopter un PLU et à créer des établissements publics de coopération intercommunale pour rédiger des SCOT. Pour ce faire, il leur octroie des subventions car la rédaction de ces documents est coûteuse. L’incitation s’exprime aussi en termes de compétences : seules les communes dotées d’un PLU peuvent s’ouvrir à l’urbanisation via des zones AU (à urbaniser), sous réserve que leur territoire soit couvert par un SCOT. Et surtout, par leurs documents d’urbanisme, les collectivités déterminent très fortement la forme de leur urbanisation et ainsi les contraintes qui pèsent sur les propriétaires et constructeurs.

2 - Toutefois, la décentralisation de 1983 ne doit pas faire illusion. L’Etat conserve de larges prérogatives en matière d’urbanisme, tout au moins en théorie. Tout d’abord, le préfet exerce un contrôle poussé sur les documents d’urbanisme locaux. Il a même un pouvoir de veto sur les PLU si la commune n’est pas dotée d’un SCOT et il peut également contraindre les communes à adopter un SCOT (art. L. 122-5-1 du CU) et en bloquer l’entrée en vigueur (art. 122-11-1 du CU)<sup>20</sup>. De plus, même en l’absence de PLU, aucune parcelle du territoire français n’échappe aux règles d’urbanisme puisque, dans cette hypothèse, les communes se trouvent soumises au règlement national d’urbanisme (RNU) dont le contenu est fixé unilatéralement par le gouvernement. Le préfet peut aussi imposer aux communes la modification de leur PLU si l’Etat entend réaliser sur leur territoire une « opération d’intérêt général ». Par ailleurs, des lois spéciales s’imposent sur certains territoires réputés fragiles, le législateur ayant voulu les protéger des ambitions des élus locaux. Ainsi, la loi n°86-2 du 3 janvier 1986 relative à l’aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (dite loi littoral) prévoit que plus un terrain est proche de la mer, moins il est constructible, s’il n’est pas déjà urbanisé, que la commune ait ou non adopté un PLU. La loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne poursuit les mêmes objectifs de protection de l’environnement contre les projets d’urbanisation des communes auxquelles les politiques d’urbanisme ont été déléguées en 1983. La portée de ces deux lois est très grande car les montagnes et le littoral couvrent un large pan du territoire français. A ces lois s’ajoutent d’autres documents étatiques qui limitent la liberté des communes : par exemple, le SDRIF, le Schéma de Développement Régional de l’Ile-de-France ou les anciennes directives territoriales d’aménagement (DTA). La loi Grenelle 2 les a transformées en

---

<sup>20</sup> J.P. Strebler, Grenelle 2 et SCOT : des ambitions renforcées et une présence plus forte de l’Etat : Rev. de droit de l’immobilier 2011, p. 78.

DTADD, c'est-à-dire en directives territoriales d'aménagement et de développement durable.

En vérité, les prétentions de l'Etat sont loin de correspondre à ses pouvoirs réels. Le fait même que l'Etat ne cesse de procéder à des réformes législatives, démontre bien qu'il n'arrive pas à orienter véritablement les choix des collectivités locales vers les buts qu'il estime d'intérêt national. Autre exemple, la transformation des DTA en DTADD cache le constat de l'incapacité politique de l'Etat à adopter les DTA contre certains élus locaux. Dorénavant, ces documents cessent d'être opposables aux demandes de permis de construire. Il s'agit donc malgré tout de l'une des manifestations d'une impuissance de l'Etat à toujours s'imposer en matière d'urbanisme. On pourrait tirer le même constat à propos des plans de prévention des risques (PPR naturels, industriels ou technologiques). Ces documents prévus par le code de l'environnement relèvent de la compétence de l'Etat. Puisque les communes doivent les respecter, le droit de l'environnement est apparu à beaucoup d'observateurs comme un moyen pour l'Etat de reprendre la main en matière d'aménagement du territoire. Mais ceci est surtout vrai sur le papier. En pratique, il n'est pas rare que les services préfectoraux ne disposent pas des moyens humains et politiques pour contraindre les communes à respecter le contenu de ce PPR. Les dommages causés en 2010 par la tempête Xynthia sur les côtes ouest françaises l'illustrent bien<sup>21</sup>. C'est là un exemple du hiatus entre les prétentions de l'Etat et la réalité de sa politique.

### 3.2. Un droit démocratique

Parce que le droit de l'urbanisme organise la participation du public à l'élaboration des normes qu'il régit, on peut le qualifier de démocratique. Ceci ne fut pas toujours le cas. Longtemps, le droit de l'urbanisme a été un droit des ingénieurs de l'Etat. La décentralisation de l'urbanisme en 1983 marque une rupture car elle a rapproché les administrés des autorités compétentes pour adopter les documents d'urbanisme.

Toutefois, cette démocratisation n'a pas été jugée suffisante, alors même que les POS ne pouvaient être adoptés qu'après une enquête publique. Ainsi, en 1985, le législateur a posé l'obligation pour l'administration d'organiser des concertations préalables à toutes les opérations d'aménagement<sup>22</sup>. La loi SRU, qui a étendu la procédure de

<sup>21</sup> P. Le Louarn, La tempête Xynthia révélateur des insuffisances du droit : JCP G (semaine juridique, édition générale) 2011, n° 19, p. 940 - R. Léost, Loi littoral : tirer les conséquences de la tempête Xynthia : Droit et tourisme 2010, n° 121, p. 14 -

<sup>22</sup> Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement.

concertation à l'élaboration du PLU et du SCOT, et les suivantes n'ont pas remis en cause ces procédés. La Charte (constitutionnelle) de l'environnement, votée en 2005 et la Convention d'Aarhus adoptée en 1998 ont même accru les obligations de participation du public à l'élaboration des décisions en matière d'urbanisme, au motif que celles-ci ont un impact certain sur l'environnement, sans pour autant reconnaître un droit de veto aux administrés. Toutefois, ce mouvement n'a pas que des vertus : non seulement il révèle une méfiance des administrés envers les pouvoirs publics, mais également il est le propre d'une certaine délégitimation de l'administration par un credo un peu trop libéral ce qui pose le problème de sa capacité à agir en matière d'urbanisme<sup>23</sup>.

Le droit de l'urbanisme est un droit démocratique également en ce qu'il donne la parole aux administrés devant le juge. A bien des égards, le prétoire devient une seconde arène politique. C'est le moyen pour les administrés de contrer les choix qui leur semblent manifestement injustifiés, déraisonnables et contraires aux principes fondamentaux du droit de l'urbanisme posés par les articles L. 110 et L. 121-1 du CU.

Cependant, alors que le contentieux administratif est réputé pour son libéralisme, cette caractéristique s'étiole depuis quelques années en droit de l'urbanisme. En 1994, le législateur a restreint le droit au recours des administrés en limitant dans le temps la possibilité pour les requérants d'invoquer par voie d'exception les irrégularités formelles des documents d'urbanisme (art. L. 600-1 du CU). Or bien que la forme soit la garantie du fond, ni la loi SRU ni la jurisprudence n'ont remis en cause cette législation. Toujours au nom de la sécurité, le législateur a aussi imposé que les recours contre les permis soient notifiés à l'administration et à leur titulaire. Plus grave, en 2006, le législateur a adopté l'article L 600-1-1 du CU qui rend irrecevable les recours pour excès de pouvoir introduits par une association contre un permis de construire si cette association a été constituée après la publication de la demande de permis de construire.

Ces restrictions du droit au recours sont généralement comme la contrepartie de la complexité du droit de l'urbanisme. Cette complexité est indéniable, au point que la notion même de règle d'urbanisme a fait l'objet de débats<sup>24</sup>. Aucune loi, pas même celles - en grand nombre ces dernières années - dites de simplification du droit, n'y ont remédié. Cette complexité s'explique par la diversité des objectifs inscrits dans les documents d'urbanisme, mais également par les rapports entre les normes. Au rapport de compatibilité, parfois de conformité, il faut ajouter les rapports de prise en

---

<sup>23</sup> Voir Y. Jégouzo, *Principe et idéologie de la participation* », dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 577.

<sup>24</sup> Gridauh, *La règle locale d'urbanisme en question* : BJDU 2012, n° 1, p. 12.

compte<sup>25</sup>, le tout étant d'un maniement délicat car dépendant de la précision de la norme supérieure. Evidemment, si la sécurité juridique des constructeurs y gagne, la protection de l'environnement, le caractère démocratique du droit de l'urbanisme et le respect par l'administration du droit y perdent d'autant.

Le développement des relations contractuelles en matière d'urbanisme ne devrait pas améliorer les choses. Le contrat est depuis quelques années présenté comme une solution à la complexité du droit de l'urbanisme et comme une garantie de visibilité de l'action publique. D'où la création des contrats de développement territorial<sup>26</sup>. Toutefois, le développement du contrat en matière d'urbanisme présente le risque de dislocation du PADD des PLU. Plus encore, il ne faut pas se cacher que l'engouement pour le contrat en matière d'urbanisme est lié au fait que la contestation devant le juge des contrats s'avère beaucoup plus difficile que celle des actes unilatéraux. Le contrat apparaît ainsi plutôt comme un moyen de restreindre la dimension démocratique du droit de l'urbanisme.

### 3.3. Un droit prospectif

Enfin, le droit de l'urbanisme est censé être un droit prospectif. Comme y insistait la loi SRU, il ne s'agit pas simplement d'un droit de la réglementation de l'utilisation des sols, mais d'un droit de la ville, non pas telle qu'elle est mais telle qu'elle doit devenir. Indéniablement, le droit de l'urbanisme se colore d'un certain degré d'utopie, voire d'un certain espoir. L'accent mis par la loi SRU sur les PADD des PLU et des SCOT paraît à cet égard significatif. En cela, le droit de l'urbanisme s'écarte du droit administratif traditionnel, ce qui explique que le Conseil d'Etat a éprouvé pendant longtemps des difficultés à saisir toute l'originalité du droit de l'urbanisme contenant des directives, des orientations, des incitations plutôt que des interdictions, comme les règlements de police.

Mais là encore, le droit de l'urbanisme n'est plus ce qu'il était lors de l'adoption de la loi SRU. Comme cela a déjà été indiqué, la loi SRU prévoyait que le PADD du PLU était opposable aux demandes de permis de construire. Une commune pouvait ainsi refuser un permis au motif que le projet du pétitionnaire ne respectait pas le règlement contenu dans son PLU mais également s'il était contraire aux choix d'urbanisme contenu dans le PADD.

---

<sup>25</sup> Ph. Baffert et O. Bonneau, La « prise en compte » par les SCOT et les PLU des documents de programmation indépendants du droit de l'urbanisme : de la nécessité de bien s'entendre sur les mots... : BJDU 2012, n° 4, p. 260.

<sup>26</sup> O. Ortega, Sécuriser un projet face aux tiers : revue Opérations immobilières 2012, n° 48, p. 29 – J.-Ph. Brouant, Grand Paris et urbanisme : révolution copernicienne ? : revue Opérations immobilières 2012, n° 44, p. 18.

La disparition, en 2003, de cette opposabilité, une nouvelle fois au nom de la sécurité juridique, a privé le droit de l'urbanisme d'une part de sa dimension prospective. La multiplication des documents non prospectifs tels que les plans de prévention des risques, avec lesquels le PLU et le SCOT doivent être compatibles, ampute également le droit de l'urbanisme d'une part de sa propre dimension prospective. Le droit de l'environnement fossilise le droit de l'urbanisme. La loi Grenelle 2 a elle aussi œuvré à réduire cette dimension du droit de l'urbanisme. En effet, alors que, jusqu'en 2010, le schéma de cohérence territoriale fixant les objectifs des politiques d'urbanisme, du logement, des transports, etc. (art. L. 122-1-3 du CU), était essentiellement un document d'orientation, avec lequel le PLU devait être compatible, dorénavant le schéma de cohérence territoriale peut contenir des dispositions prescriptives opposables aux demandeurs d'autorisations d'urbanisme. Il peut notamment déterminer la localisation des espaces et sites naturels, agricoles, etc., les zones où l'ouverture des nouvelles zones à urbanisation est subordonnée à leur desserte par les transports collectifs. Surtout, « le document d'orientation et d'objectifs [du SCOT] peut, par secteur, définir des normes de qualité urbaine, architecturale et paysagère applicables » 27. Cette possibilité n'est admise qu'en « l'absence de plan local d'urbanisme ou de document d'urbanisme en tenant lieu » (art. L. 122-1-6 du CU). Mais c'est bien le signe que la répartition des fonctions entre les différents documents n'a plus la clarté de la loi SRU. C'est aussi le signe d'une difficulté rencontrée par le législateur pour trouver le bon niveau d'applicabilité territoriale pour les documents d'urbanisme. Alors que tout le monde s'accorde à reconnaître que le territoire des communes est trop exigu pour leur permettre une planification urbaine efficace et que de nombreuses voix s'élèvent en faveur des PLU obligatoirement intercommunaux et la création de documents d'urbanisme régionaux, le législateur se heurte à l'opposition des élus municipaux qui veulent préserver leurs compétences. Le législateur se trouve contraint de transformer les SCOT et de les dénaturer ainsi que les PLU, réduits à enregistrer les choix contenus dans les SCOT.

Ainsi, si l'on devait résumer les caractères du droit de l'urbanisme français aujourd'hui, nous dirions qu'il manque d'une architecture pleinement lisible et efficace et de principes directeurs clairs. A cause des nouvelles exigences économiques et sociales, ce droit entre dans une phase de reconstruction.

---

<sup>27</sup> M. David, Le caractère prescriptif des SCOT : AJDA 2011, p. 483.