



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

2016

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 36.1 — jan./jun. 2016

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

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

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

Ana Clara Gonçalves Discacciati

Mestranda em Direito Ambiental e de Energia - Universität Kassel / Alemanha. Bacharel em Direito - Universidade Federal de Minas Gerais.

Bianca Berdine Martins Mendes

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará; graduada na referida universidade.

Carlos César Sousa Cintra

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado em Fortaleza.

Carlos Henrique Borlido Haddad

Pós-doutor pela Universidade de Michigan. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz Federal.

Celso Antonio Fiorillo

Primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil bem como Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Coordenador, professor, pesquisador e orientador da Linha de Pesquisa Tutela Jurídica do Meio Ambiente do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental FMU bem como do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação FMU. Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (Itália) e professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (Portugal). Executor do Convenio Básico de Colaboracion Universitária Internacional entre la Universidad de Salamanca (Espanha) e a FMU bem como do Marco de Colaboración Universitário das FMU y la Universidad de Alicante (Espanha). Advogado militante há mais de 30 anos é Presidente da Comissão permanente do Meio Ambiente da OAB/SP bem como Presidente do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital/Sociedade da Informação da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP.

Celso de Barros Correia Neto

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e é professor do mestrado e da graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da pós-graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Cristina Foroni Consani

Doutora em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Visiting Scholar na Columbia University (2010). Pós-doutoranda em Direito (UFRN-PNPD/CAPES). Professora Colaboradora vinculada ao DEPRO/UFRN (Departamento de Direito Processual e Propedêutica).

Daniel Yacolca Estares

Doctor en derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente de posgrado en derecho tributario y metodología en la maestría y doctorado en Política Fiscal y Sistema Tributario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Desirée Cavalcante Ferreira

Mestranda em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Fernanda Macedo Pacobahyba

Doutoranda em Direito Tributário pela PUC-SP.

Fernando Hoffmam

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/ Campus Santiago); Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

Francisco Carlos Duarte

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

François Facchini

UP11, RITM et économiste associé au Centre d'Économie de la Sorbonne.

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da UIT-MG Brasil. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Assessora Jurídica do Setor de Assessoria Técnica Secretaria del MERCOSUR - Montevideo (período: 2008-2009). Mestre em Direito pela UAH, Madrid - Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid.

Jose Alberto Antunes de Miranda

Professor permanente do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, Canoas, Brasil.

Jose Luis Bolzan de Moraes

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Université de Montpellier I; Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor do Programa de Pós-Graduação — Mestrado e Doutorado — da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Juliana Cristine Diniz Campos

Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFC. Doutora em Direito do Estado pela USP.

Lara Campos Arriaga

Assistente de missão na Delegação Permanente de Portugal junto à UNESCO em Paris. Advogada inscrita na Ordem dos advogados do Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2014) e Mestrado em Master 2 Droit Public et politiques publiques du développement pela Université de Sorbonne Paris Cité (2016). Doutoranda na Université de Sorbonne Paris Cité (2016-2017).

Lauren L. Lautenschlager

Doutoranda em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB, com estágio doutoral nos Estados Unidos.

Liziane Angelotti Meira

Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Professora da Universidade Católica de Brasília. Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professora da Escola de Administração Fazendária. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina

(UEL). Coordenador da Especialização em Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho da PUCPR, Campus Londrina. Professor Universitário. Advogado.

Luiz Rogério da Silva Damasceno

Procurador Federal/AGU. Graduado em Direito pela UFC. Pós-graduado em Direito Público, com ênfase em Previdenciário pela UNB — Universidade de Brasília e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Universitário.

Marcelo D. Varella

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Livre-Docente pela USP. Pesquisador nível 1 do CNPq.

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Doutor em Direito (SMU - EUA, 2005), Mestre em Direito Público (UnB, 1999), Especialista em Administração Tributária (UCG, 1992); MBA em Administração Financeira (IBMEC - DF, 1996); Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB Auditor Fiscal RFB. Presidente da 1ª Seção do CARF.

Marcus Abraham

Doutor em Direito Público (Universidade do Estado do Rio de Janeiro/ UERJ). Desembargador Federal no TRF da 2ª Região. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Diretor da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região/EMARF (TRF2).

Marcus Lívio Gomes

Juiz Federal. Pós-Doutorando no Institute for Austrian and International Tax Law at WU Wien. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Adjunto de Direito Tributário da UERJ. Membro do Comitê de Avaliação, Seleção e Acompanhamento de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (CSC). Professor de Direito Tributário da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário FGV Direito Rio. Membro do Comitê Executivo e Associado do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributário - ILADT. Membro do Comitê Científico do Curso de Fiscalidad Internacional Latinoamericana/ Universidad Complutense de Madrid. Coordenador e Palestrante da Comissão de Direito Tributário da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Associado da International Fiscal Association - IFA. Ex-Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Ex-Fiscal de Tributos do Estado de Minas Gerais. Ex-Coordenador e Palestrante da Comissão de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Coordenador da Revista de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Financeiro - ABDF.

Max Falque

Délégué Général de l'International Centre for Research on Environmental Issues (ICREI).

Paloma Costa Andrade

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará; graduada na referida universidade.

Reginaldo Rodrigues da Costa

Doutor em Filosofia Pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Professor dos Cursos de Filosofia da UECE. Líder dos Grupos de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos e Ética e Direitos Humanos.

Renata Marques Ferreira

Pós-Doutoranda em Engenharia Ambiental (Contaminação e remediação de solos) -Escola Politécnica - POLI/USP. Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora, Orientadora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU -Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de São Paulo (OAB/SP).

Rodrigo Moreira Lopes

Mestre em Direito Financeiro, Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília — UCB, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Procurador da Fazenda Nacional. Professor de Direito Financeiro e Tributário em cursos de graduação em Brasília/DF.

Sergio Urquhart Cademartori

Professor permanente do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, Canoas. Brasil

Stephane Hilda Barbosa Lima

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Tributário pela Escola Jurídica – Juris. Membro Efetivo da Sociedade de Debates da UFC. Advogada.

Theresa Rachel Couto Correia

Professora Adjunta de Direito Previdenciário da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2013- atual). Bolsista Prodoc/Capes junto à Pós-graduação em Direito da UFC (2008-2012). Doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela UERJ (2006). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio (2002). Consultora jurídica no escritório Camardella, Tavares e Braga.

Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca
Acadêmico de Direito da UFMG.

Vítor Pimentel Pereira

Bacharel e Mestre em Direito - UERJ. Membro honorário do IAB. Assessor Jurídico no TRF-2.

Yanko Marcius de Alencar Xavier

Professor Titular Livre do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCTI nº 36) e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Ana Clara Gonçalves Discacciati

Jamile Bergamaschine Mata Diz..... 15

OS PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM UM CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Bianca Berdine Martins Mendes

Paloma Costa Andrade

Reginaldo Rodrigues da Costa..... 37

REQUISITOS E LIMITAÇÕES PARA A EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO PELO USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

Carlos César Sousa Cintra

Stephane Hilda Barbosa Lima..... 57

A MODERNA CONCEPÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Carlos Henrique Borlido Haddad

Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca 83

CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM ATIVIDADES DE ENSINO E PESQUISA CIENTÍFICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO: A LEI N. 11.794/2008 E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

Celso Antonio Fiorillo

Renata Marques Ferreira 101

FORMAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO COMO DISCIPLINA JURÍDICA: RECORTES E EXCLUSÕES

Celso de Barros Correia Neto 117

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA INTERGERACIONAL, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE

Cristina Foroni Consani

Yanko Marcus de Alencar Xavier 145

DOS LIMITES À INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: REFLEXÕES ACERCA DO PERCURSO GERATIVO DE SENTIDO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Fernanda Macedo Pacobahyba 165

O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO FACE À NEOLIBERALIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Fernando Hoffmam

<i>Jose Luis Bolzan de Moraes</i>	205
PROCESSOS CONSTITUINTES E NOVAS CONDIÇÕES DO ESTADO NA AMERICA LATINA: UMA IDENTIDADE COMUM?	
<i>Jose Alberto Antunes de Miranda</i> <i>Sergio Urquhart de Cademartori</i>	223
A LEGITIMAÇÃO AUTORITÁRIA DAS PRÁTICAS POLÍTICAS BRASILEIRAS PELO POSITIVISMO GAÚCHO DURANTE A PRIMEIRA REPÚBLICA	
<i>Juliana Cristine Diniz Campos</i> <i>Desirée Cavalcante Ferreira</i>	241
A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE DO DESEMPREGO: POLÍTICA DE AUSTERIDADE COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA	
<i>Luiz Alberto Pereira Ribeiro</i> <i>Francisco Carlos Duarte</i>	257
ASSISTÊNCIA SOCIAL, DIREITOS HUMANOS E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS	
<i>Luiz Rogério da Silva Damasceno</i> <i>Theresa Rachel Couto Correia</i>	273
CRITÉRIOS DE EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO AMBIENTAL	
<i>Marcelo D. Varella</i> <i>Lauren L. Lautenschlager</i>	295
O SIGILO BANCÁRIO E A PRIVACIDADE DO CIDADÃO: ALGUNS ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
<i>Marcus Lívio Gomes</i> <i>Marcus Abraham</i> <i>Vítor Pimentel Pereira</i>	331
PAGAMENTO DE PARCELAS IRRISÓRIAS NO PAES (LEI Nº 10.684, DE 2003) E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	
<i>Rodrigo Moreira Lopes</i> <i>Liziane Angelotti Meira</i> <i>Marcos Aurélio Pereira Valadão</i>	351
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
LA EVOLUCIÓN DE FUNCIÓN EXTRAFISCAL DE LOS TRIBUTOS	
<i>Daniel Yacolca Estares</i>	389
UN PROJET COMMUN POUR LA MEDITERRANEE : DE L'IMPORTANCE DES DROITS DE PROPRIETE, POUR LE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE ET LA GESTION ENVIRONNEMENTALE	
<i>François Facchini</i> <i>Max Falque</i>	399
L'IMMIGRATION DANS UN PAYS EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT : ANALYSE DE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES ÉTRANGERS AU BRÉSIL	
<i>Lara Campos Arriaga</i>	411

DOUTRINA NACIONAL



ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

*Ana Clara Gonçalves Discacciati**

*Jamile Bergamaschine Mata Diz***

Resumo

A Constituição da República de 1988 garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de impor o dever a todos os cidadãos de proteção desse meio ambiente, segundo o princípio de participação. O mecanismo judicial da ação popular tem sido compreendido como o mais democrático, podendo ser utilizado por qualquer pessoa. Além disso, o acesso à justiça pode ser compreendido em sentido amplo, a partir da concretização do acesso à informação e a participação social. Buscou-se neste artigo analisar ainda como a aplicação da Lei n. 10.650/03 vem sendo realizada por alguns dos tribunais nacionais, no intuito de verificar se há uma demanda relativa ao acesso à informação como parte intrínseca do direito à participação e do acesso à justiça.

Palavras-chave

Acesso à justiça. Mecanismos judiciais. Ação popular. Lei n. 10.650/03.

ENVIRONMENTAL JUSTICE ACCESS

Abstract

The Constitution of 1988 guarantees the right to a healthy and balanced environment; besides, it imposes the common duty to all citizens to protect this environment, according to the participation principle. The judicial mechanism of popular action is being related as the most democratic, as it can be used by anyone. Nowadays, there are social movements that demand also assurance for efficient and better access to the environmental tutelage. This article also aims to analyze the application of the Law n. 10.650/03 by some national courts, in order to verify if there is a demand related to the access to information as intrinsic part of the participation right and the access to justice.

Keywords

Access to justice. Judicial mechanism. Popular action. Law n. 10.650/03.

* Mestranda em Direito Ambiental e de Energia - Universität Kassel / Alemanha. Bacharel em Direito - Universidade Federal de Minas Gerais.

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da UIT-MG Brasil. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Assessora Jurídica do Setor de Assessoria Técnica Secretaria del MERCOSUR - Montevideo (período: 2008-2009). Mestre em Direito pela UAH, Madrid - Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid.

1. INTRODUÇÃO

A crescente conscientização da sociedade acerca das possibilidades de acesso à justiça, em um primeiro momento pleiteando os direitos individuais e, mais recentemente, os coletivos, fez com que tornasse necessária uma mudança não só na legislação, mas também na própria cultura jurídica e de seus participantes. O acesso à justiça deve ser compreendido não apenas como a faculdade de ajuizar ações e movimentar o sistema judiciário, mas também deve incorporar as premissas de celeridade e de eficácia inerentes à adequada prestação jurisdicional. O conflito é multifacetado e deve ser solucionado em todos os seus aspectos: jurídico, sociológico, psicológico.

Todavia, o acesso à justiça se torna um desafio quando se trata de direitos difusos. Certo é que, com a Constituição de 1988, o Ministério Público adquiriu autonomia e possui o dever de zelar pelos direitos da coletividade. Contudo, qual é o papel que o indivíduo pode exercer para resguardar esses direitos?

O direito difuso diferencia-se do direito coletivo na medida em que este abrange um grupo determinado, ou seja, uma coletividade, como, por exemplo, o Direito do Consumidor, que visa proteger todos os cidadãos brasileiros de maneira indistinta. O direito difuso, por sua vez, abrange toda a sociedade de maneira indeterminada, cujo objeto é unitário. Como exemplos têm-se os direitos humanos, o direito à saúde e também o direito a um meio ambiente saudável. Considera-se o direito difuso como transindividual e coincidente com os interesses públicos: “É a proteção de interesses pluri-individuais que superam as noções tradicionais de interesse individual ou coletivo” (SILVA, 2000). Assim como a “coisa pública”, o direito difuso não pertence a alguém e sim a todos.

O Direito Ambiental é um ramo especializado criado na década de 70, após a influência da Conferência de Estocolmo de 1972, na qual foi discutida a qualidade do ar e a necessidade do meio ambiente para a saúde humana. O Direito Ambiental é considerado direito difuso porque, além de seu objeto — o meio ambiente — ser indivisível e único, este direito compreende uma esfera maior do que os direitos individuais e sociais por não possuir uma titularidade definida. Da mesma forma que os direitos humanos, o direito ao meio ambiente é transnacional, sendo prerrogativa de toda a humanidade. Assim, todos são titulares do direito ao meio ambiente, podendo exigí-lo inclusive junto ao Poder Judiciário. Em relação ao meio ambiente, o domínio é exercido pela União, que tem o dever de resguardá-los, administrando-os de modo a se atingir o interesse coletivo.

Neste sentido, faz-se necessário determinar em que medida tal direito está sendo efetivamente concretizado, se consideramos que o acesso à justiça para defesa do mesmo deve dar-se também de modo amplo e irrestrito, que

permita mensurar se as questões relativas ao direito de acesso à informação estão sendo devidamente aplicadas pelos tribunais nacionais, já que

O Poder Judiciário, enquanto guardião da ordem constitucional deve atuar numa perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da justiça social e ambiental. Este ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a atual conjuntura mundial. (BODNAR E CRUZ, 2011, p. 128).

A importância do tema pode ser determinada a partir da consideração da defesa dos direitos fundamentais como parte essencial do sistema jurídico brasileiro, e no caso concreto, da tríade acesso à justiça — informação — meio ambiente, todos eles considerados como elementos estruturantes do Estado Democrático Ambiental de Direito a partir do exercício da cidadania. Conforme ressalta

A cidadania ambiental é uma forma de emancipação e empoderamento que faz de indivíduos comuns pessoas atuantes e conscientes, além de proporcionar aos grupos fragilizados o acesso à justiça ambiental. Justiça esta a qual é de muito mais difícil acesso do que o mero acesso à Justiça, pois que, para se ter acesso à primeira, é necessário, antes, ter acesso à segunda. (CAMOZZATO; LOUREIRO; SILVA, 2013, p. 653).

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de direito ambiental, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico calcado na proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução da construção do direito ambiental e sua aplicação pelo Brasil, especificamente no que tange ao acesso à justiça como corolário do exercício da democracia. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da proteção ambiental no marco do reconhecimento de uma jurisdição voltada para o exercício da cidadania. O estudo de caso também será um procedimento metodológico importante para referenciar a implementação do acesso à informação pelos tribunais nacionais, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Antes de adentrarmos na análise específica sobre os mecanismos judiciais existentes no direito brasileiro que promovem o acesso à justiça em matéria ambiental, faz-se necessário delimitar, ainda que de modo breve, a concepção e dimensão teórica do princípio do acesso à justiça para posteriormente examiná-lo em sua vertente ambiental.

2. ACESSO À JUSTIÇA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O MEIO AMBIENTE¹

O princípio do acesso à justiça apresenta-se como norteador axiológico e direcional nos Estados Democráticos de Direito, notadamente marcados pela dupla legitimação: no plano técnico — legitimação pela origem no consentimento; e no plano ético — legitimação pela finalidade, que encontra seu fundamento nos direitos fundamentais.

A definição e o campo conceitual do acesso à justiça estão intimamente atrelados a duas outras concepções, quais sejam, a do direito de ação e a do devido processo legal, ou *due process of law*, na expressão cunhada à luz da Magna Charta Libertatum inglesa, de 1215, que, na diretriz observada na Constituição da República de 1988, interrelacionam-se na construção da ordem jurídica justa.

O texto constitucional, no artigo 5º, LV, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, e, no inciso anterior, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Como corolário de ambas as prescrições, o inciso XXXV estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Daí se conclui que os conceitos se fundem rumo ao campo de incidência do que se convencionou denominar acesso à justiça.

Manifestação que é do devido processo legal perfaz-se como mandamento propedêutico ao estudo do acesso à justiça a apresentação, ainda que de uma maneira breve, de algumas noções que envolvem o *due process of law*. Suas origens, como dito linhas acima, encontram-se ligadas à Magna Carta Inglesa, de 1215, cujo texto, inicialmente escrito em latim e não em inglês, tinha o intuito de manter-se restrito aos segmentos da nobreza e não ao povo como um todo.

Todavia, o conteúdo veiculado por suas prescrições atravessou os séculos e influenciou, sobremaneira, o estabelecimento das ordens constitucionais democráticas. O artigo 39 da Magna Charta Libertatum, transcrito por Câmara (2006), lança as bases do hodiernamente denominado devido processo legal: “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou de seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país”. Segundo Câ-

¹ Este tópico já havia sido desenvolvido em Costa e Mata Diz (2015), ao qual fazemos remissão para maior aprofundamento.

mara (2006), a expressão *legem terre* ou *the law of land* foi posteriormente substituída pela equivalente *due process of law*, traduzida no vernáculo português como devido processo legal.

A garantia do devido processo legal surgiu amparada de índole exclusivamente processual, mas, posteriormente, passou a figurar também a vertente de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*. Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma garantia ao trinômio vida-liberdade-propriedade, através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, que devem atender aos anseios de todo o corpo social, demonstrando, dessa maneira, sua teleologia e legitimidade global. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como próprio princípio da razoabilidade das leis (COSTA e MATA DIZ, 2015).

Para o processualista em análise, o aspecto procedimental da garantia deve ser entendido como o princípio do acesso à justiça, tal como consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, mas não no sentido restrito de postulação em juízo, e sim, na esteira de Watanabe (*apud* CÂMARA, 2006), como acesso à ordem jurídica justa, em que é possível, de uma maneira ampla, que os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional de modo eficaz.

O processualista italiano Mauro Cappelletti aduz que o acesso à ordem jurídica justa é desenvolvido à luz de três fases de evolução ou desenvolvimento, conhecidas como ondas renovatórias do processo. A primeira fase se norteia pela assistência judiciária gratuita, reconhecida pela Constituição da República de 1988 no artigo 5º, LXXIV, também regulamentada pela Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 (Lei da Assistência Judiciária Gratuita); a segunda é desenvolvida sob a proteção dos interesses coletivos e difusos, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendência presente no que se convencionou denominar sociedade pós-moderna²; e a terceira é representada pela efetividade da prestação jurisdicional, ou seja, justiça nas decisões.

A primeira fase do acesso à justiça, enquanto possibilidade de vir a juízo reclamar a prestação jurisdicional de uma maneira ampla e não obstaculizada

² “A defesa coletiva de direitos ou interesses difusos por meio do cidadão na ação popular constituiu marco de suma importância no movimento universal (ou ondas) de acesso à justiça. Considerando a construção teórica de Cappelletti e Garth (1988), pode-se afirmar que a ação popular vincula-se diretamente à segunda onda do movimento de acesso à justiça, uma vez que seu objeto repousa na tutela de interesses difusos, mas que, pautando-se na atual estrutura normativa da Lei nº 4.717/65, deixa a desejar quanto às finalidades da terceira onda, qual seja a garantia de instrumentos adequados para processar e prevenir os litígios da sociedade moderna.” (MARRQUES, 2015, p. 70)

pelas custas, ou seja, gratuita, por apresentar-se como direito fundamental, apresentou várias feições ao longo da história da experiência jurídica, desde a caracterização individualista, até a difusa ou metaindividual. Desta forma, as duas primeiras fases do acesso à justiça, encaradas como tutela jurisdicional gratuita e coletiva, e inseridas em uma perspectiva material de exposição, apresentam-se compatíveis com os três estágios de evolução dos direitos fundamentais ao longo da experiência do Estado de Direito. A terceira fase do acesso à justiça não está inserida em uma dimensão material, como as duas primeiras, mas sim atrelada à dimensão pragmática, devido a seu caráter de atualização e concretização de direitos e situações jurídicas traduz-se na efetividade das decisões (COSTA e MATA DIZ, 2015).

Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

A efetividade das decisões jurisdicionais, principalmente quando se tem em mira a natureza de direito fundamental de seu conteúdo, é alcançada pela atuação concreta dos Tribunais. Tal atuação, para que seja, de fato, condizente com os ditames indisponíveis que norteiam o direito em comento, deve ser pautada pela consciência da participação ativa dos Tribunais na conexão entre texto e contexto; são, assim, chamados a complementar, de maneira razoável e motivada, os conceitos normativos, de modo a garantir a própria existência dos direitos fundamentais. Ademais, a aplicação do direito deve ser orientada a suprir as demandas instauradas de maneira transindividual, e orientadas a alcançar a concretização de seus comandos em âmbito até mesmo internacional.

No caso específico da tutela ambiental deve-se mencionar o entendimento de Bodnar e Cruz (2011, p. 115) para quem

[...] acesso à justiça ambiental também torna concreto o escopo político da jurisdição na medida que significa uma forma de exercício substancial de democracia e que permite ao cidadão o questionamento jurisdicional dos atos e omissões da Administração Pública, mediante o ajuizamento de Ações Populares Ambientais ou Ações Públicas por intermédio de associações e em benefício de toda a coletividade.

2.1. Acesso à Justiça e a Convenção de Aarhus

A eficácia do direito pode ser questionada quando há uma situação na qual um direito difuso foi violado. O direito ao acesso à justiça, resguardado

como direito fundamental na Constituição da República de 1988, não é suficiente para se resolver os litígios, em especial os relacionados a direitos difusos. O acesso à justiça seria apenas a tutela jurisdicional exercida majoritariamente pelo Estado ou a existência de mecanismos diversos, inclusive extrajudiciais, que se adequariam à nova sociedade que se apresenta?

Como já apontavam Cappelletti e Garth (1998), a terceira onda de reforma trouxe a representação efetiva de grupos que anteriormente ficavam à margem do acesso ao Poder Judiciário, tais como os consumidores e os ambientalistas. A existência de caminhos alternativos à solução adjudicada, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, alastraram as possibilidades de acesso à justiça e a garantia dos direitos. Entretanto, as reivindicações de direitos difusos ainda são raras na Justiça, muito porque a ausência de um detentor específico do direito inviabiliza que os litígios desta natureza cheguem ao Poder Judiciário, exatamente por falta de quem os pleiteie.

A fim de impulsionar a inclusão da temática ambiental no Judiciário, o acesso à justiça em matéria ambiental foi elencado como direito humano na Convenção de Aarhus, firmada no âmbito da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa — CEE/ONU em 1998. Junto com o direito à informação ambiental e à participação popular na tomada de decisões sobre meio ambiente, o direito de acesso à justiça compõe o terceiro pilar do referido instrumento jurídico internacional. A previsão legal de utilização do Poder Judiciário ou de outros órgãos imparciais e independentes pela Convenção de Aarhus, ancorada no art. 9º, não se restringe à negativa de efetivação dos outros dois direitos garantidos no texto normativo.

Primeiramente, prevê-se uma revisão do processo administrativo que se findou com o pedido de informação ignorado, indevidamente recusado, em parte ou na totalidade, ou respondido de forma inadequada, o que afronta o direito à informação ambiental (art. 9º, parágrafo 1º). O direito fundamental ao acesso à informação ambiental, previsto na Convenção de Aarhus, essencial para a consequente participação popular na tomada de decisões de cunho ambiental, restou resguardado, na medida em que as limitações previstas pela legislação, como a confidencialidade, devem ser interpretadas de forma restritiva, prevalecendo o interesse público na publicação dos documentos.

Também é possível a via judicial para se questionar a legalidade processual e substantiva de qualquer decisão, ato ou omissão sujeitos à oitiva do público interessado, ou seja, uma violação ao direito de participação em tomadas de decisões de cunho ambiental (art. 9º, parágrafo 2º). Segundo Razquin e Apodaga (2007), são três as hipóteses de necessária tutela judicial em virtude de descumprimento do direito à participação: quando uma informação for difundida de modo incompleto, restringindo, assim, a possibilidade do exercício efetivo e consciente da participação social; quando existirem obstáculos que inviabilizem a participação de pessoas ou entidades na tomada de decisões

referentes ao meio ambiente; ou quando requisitos e características sejam exigidos como prova de legitimação para participar nos procedimentos. Desse modo, pode-se pleitear em juízo a anulação das decisões e a retomada do processo decisório com a devida participação.

Por fim, também se prevê que o público terá acesso aos processos administrativos ou judiciais, como forma de embasamento para questionar atos ou omissões de particulares ou de autoridades públicas que infrinjam o disposto na legislação nacional aplicável em matéria de ambiente (art. 9º, parágrafo 3º). Segundo o Guia de Implementação da Convenção de Aarhus (ONU, 2014), a legislação violada não precisa relacionar-se diretamente às informações ambientais ou participação popular; pelo contrário, é possível exercer o direito de acesso à justiça em matéria ambiental em temas correlacionados ao meio ambiente, tais como planejamento urbanístico, taxas ambientais, controle de resíduos, exploração de recursos naturais, entre outros, ainda que estejam previstos em leis específicas de cada matéria.

O direito ao acesso à justiça remete ao direito ao processo equitativo (*fair trial*), consoante o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem,³ e pretende-se a apreciação pelo Judiciário de todas as alegadas violações de direitos, inclusive os ambientais, promovidos por Aarhus, bem como remete ao princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, que foi precursora no estabelecimento de princípios que assegurariam posteriormente direitos aos indivíduos.

Princípio 10

[...] Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Portanto, as previsões na Convenção de Aarhus ensejam a apreciação das demandas por órgãos, administrativos ou judiciais, que sejam independentes em relação à autoridade pública questionada no processo. Para tanto, os Estados-Parte devem promover o acesso à justiça de modo "justo, equitativo, oportuno e não exageradamente dispendioso." (ONU, 2014). O procedimento justo e equitativo seria aquele realizado no âmbito de órgão independente e que veda a discriminação em relação à pessoa que ajuíza a ação ou revisão da decisão administrativa por quaisquer de suas características, como nacionalidade e posição socioeconômica. Já a oportunidade provém da adequação do tempo dispendido na análise do processo, que não deve ser exagerado, a fim de que a decisão final esteja apta a realizar efeitos eficazes diante

³ Art. 6º Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> Acesso em 05 fev. 2015.

da situação anteriormente existente. Por fim, as custas do processo de revisão de decisão que alegadamente tenha incorrido em algumas das hipóteses do art. 9º da Convenção de Aarhus não podem restringir o acesso de indivíduos e de ONGs à justiça.

Não obstante a transposição do primeiro e do segundo pilar da Convenção de Aarhus para o direito comunitário por meio de diretivas, o terceiro pilar de acesso à justiça ainda não foi regulamentado. Não obstante a existência de uma “proposta para diretiva sobre acesso à justiça em temas ambientais” desde 2003 (procedimento Commission (2003) 624 final), a proposta foi retirada de discussão pela Comissão em 21/05/2014.⁴ Em decorrência dessa falta de instrumento jurídico do direito europeu, muitos Estados-Membros foram acusados de violar as suas obrigações constantes na Convenção de Aarhus no que diz respeito ao acesso à justiça.⁵ Ressalte-se, entretanto, a existência do Regulamento EC/1367/2006, que objetiva promover o acesso à justiça em relação às instituições da União Europeia e seus diversos órgãos.

Como exemplo da utilização e importância do direito ao acesso à justiça garantido na Convenção de Aarhus, pode-se citar o processo C-204/09, do Tribunal de Justiça da União Europeia, envolvendo a empresa Flachglas Torgau GmbH (Flachglas) e a República Federal da Alemanha.⁶ A Flachglas, empresa fabricante de vidros e que participa do mercado de cotas de carbono, protocolou um pedido de informações junto ao Ministério Federal do Ambiente, da Proteção da Natureza e da Segurança Nuclear (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit) acerca do processo legislativo sobre atribuição de licenças de emissão de gases com efeito estufa. Solicitou acesso a notas e pareceres internos do referido Ministério e as comunicações com a Agência Federal do Ambiente (Umweltbundesamt). O Ministério indeferiu o pedido, o que ensejou o ajuizamento de ação junto ao Tribunal Administrativo Federal alemão. Antes de decidir, entretanto, o processo original, o

⁴ Conforme acompanhamento legislativo da proposta Comissão (2003) 624, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/procedure/PT/186297>> Acesso em 05 ago. 2015.

⁵ O processo C-427/07 trata especificamente falta de implementação da diretiva que transpõe a Convenção de Aarhus para o direito comunitário pela Irlanda no que tange ao direito de acesso à justiça. Uma das questões apresentadas era se na Irlanda as organizações não governamentais são reconhecidas como parte do público em causa, de forma a permitir-lhes interpor o recurso previsto na Directiva 2003/35.

⁶ Em pesquisa no banco de dados HUDOC, da Corte Europeia de Direitos Humanos, a pesquisa pela expressão “Aarhus Convention” possui 12 resultados. Como exemplo, pode-se citar os casos Tatar v. Romênia (2009) e Branduse v. Romênia (2009). Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["aarhus convention"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)> Acesso em 17 jan. 2015.

Em pesquisa no banco de dados INFOCURIA, do Tribunal de Justiça da União Europeia, a pesquisa pela expressão “Aarhus Convention” possui 9 resultados. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/>> Acesso em 17 jan. 2015

Tribunal fez um pedido de reenvio prejudicial,⁷ direcionado ao Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual se manifestou nos termos das questões prejudiciais para a interpretação consonante dos dispositivos da Convenção de Aarhus, que fora transposta para o direito comunitário europeu.

O parágrafo 5 do art. 9º da Convenção de Aarhus aponta que as potenciais barreiras para o exercício pleno do direito ao acesso à justiça deverão ser minimizadas pelos Estados-Parte. Segundo o Guia de Implementação (ONU, 2014), esses entraves seriam, entre outros, as barreiras financeiras, a falta de informação, a dificuldade na obtenção de assessoria jurídica, a falta de independência e imparcialidade pelos tomadores de decisão e a fraca e pouco eficiente aplicação das decisões.

A Convenção de Aarhus também inclui as organizações não-governamentais (ONGs) como público interessado, o que denota uma preocupação em incentivar uma sociedade pró-ativa e engajada. O requisito para tanto é a comprovação de “suficiente interesse” na demanda, que poderia ser averiguado, por exemplo, com a comparação entre os objetivos da ONG elencados em seu estatuto com os direitos por ela pleiteados judicialmente. Ressalte-se que o instrumento internacional trouxe em seu nono dispositivo a garantia de acesso à justiça às ONGs, não apenas concedendo-lhes a capacidade processual, mas vislumbrando também a qualidade do acesso, como reflexo da globalização dos problemas ambientais e da empoderação do cidadão e de seus grupos atuantes na defesa dos direitos metaindividuais, que possuem ampla abrangência e são reforçados por meio viés participativo desenvolvido na sociedade atual (KOTZIAS, 2014). Por fim, frisa-se que as decisões finais devem ser vinculativas para a autoridade pública que detém a informação, e que as razões de indeferimento da revisão devem ser apresentadas por escrito.

3. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição da República do Brasil de 1988 traz expresso no art. 225 o direito ao meio ambiente:

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

⁷ O reenvio prejudicial é um recurso indireto apresentado ao Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo objetivo é o alinhamento de entendimentos e aplicação de leis europeias pelos tribunais nacionais. Há um requerimento do tribunal nacional pela interpretação de determinado ato normativo comunitário, que após a resposta será utilizado para a resolução do litígio. Portanto, não cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia decidir sobre a demanda, mas sim evitar a aplicação diferenciada de um mesmo dispositivo pelos tribunais nacionais. Sobre os possíveis recursos ao Tribunal de Justiça da União Europeia vide Mata Diz (2005).

Da leitura do dispositivo, é possível extrair que o Estado e os cidadãos são os gestores cooperativos do direito ao meio ambiente. Certo é que a população possui o direito de ser ouvida e de participar na elaboração de novas legislações ambientais. No caso de empreendimentos que possam afetar o ecossistema, seja em nível local ou mais amplo, devem ser realizadas audiências públicas, com a adequada e efetiva participação popular. É importante ressaltar que a proteção do meio ambiente, inequívoco bem jurídico, não se restringe ao direito interno, mas também ao internacional. Existem diversos tratados e acordos de ajuda mútua e cooperação entre Estados, a fim de se garantir a conservação do meio ambiente, tais como o Protocolo de Kyoto e, também, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (elaborada na ECO/92).

No Brasil, como também em diversos países, existem mecanismos judiciais para se buscar a efetiva tutela do meio ambiente. Exemplo marcante de mecanismo judicial de tutela é a ação civil pública. O referido instrumento coletivo pode ser proposto pelo Ministério Público ou outras entidades legalmente legitimadas para tanto e visa à responsabilidade civil e criminal por danos ao meio ambiente. Outro instrumento de tutela coletiva, inclusive mais democrático, por permitir uma legitimação ampla é a ação popular, que pode ser utilizada para se declarar a nulidade de atos lesivos ao meio ambiente realizados por entes federativos, empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades autárquicas, entre outras figuras do Direito Público, além da condenação por perdas e danos a ser arcada pelos responsáveis pela lesão.

Portanto, faz-se necessário centrar na investigação dos conceitos relativos à Ação Popular Ambiental, visto que é instrumento jurídico disponível em nosso ordenamento específico — ainda que não exclusivo — para a proteção do meio ambiente. Ocorre que tal remédio processual é considerado como mecanismo de amplo acesso à jurisdição, ao alcance dos cidadãos, cujo objeto versa sobre atuações comissivas ou omissivas dos poderes estatais, além das pessoas jurídicas da Administração Pública indireta.

Será analisado de modo mais detalhado os pressupostos relativos à ação popular, ressaltando a importância do binômio informação/educação ambiental como meio de garantir a imperiosa e efetiva participação de todos os cidadãos, independente ou conjuntamente com o Poder Público.

3.1. A Ação Popular Ambiental

Como salientado acima, o ordenamento jurídico brasileiro prevê um mecanismo democrático, visando à tutela do meio ambiente. A ação popular está prevista na Constituição de 1988, e é assim definida no artigo 5º, inciso LXXIII:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural**, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso)

Na ação popular, o que se tutela é o patrimônio público, pertencente ao povo, composto pelo conjunto de bens destinados ao uso público que dizem respeito à administração pública (prédios da administração pública, por exemplo) ou à coletividade (água, florestas, praças, patrimônio histórico, cultural). Assim, segundo Miranda (2010), a ação popular “é um instrumento de defesa dos interesses difusos, não individuais, ou seja, mesmo sendo a ação intentada por um particular, deve, necessariamente, ser em prol da coletividade e que defenda seus interesses, sejam esses morais, patrimoniais, ambientais, etc”. Pode ser o caso, por exemplo, de uma comunidade afetada por um impacto ambiental ou para a defesa de valores ambientais.

Saliente-se que o meio ambiente é um bem jurídico protegido pela Constituição brasileira e, apesar de a ação popular possuir como parte uma ou mais pessoas físicas que se unem em um litisconsórcio para exigir a reparação de um direito coletivo. A propositura da ação por um indivíduo não retira o caráter metaindividual dos titulares do bem jurídico meio ambiente. A ação popular é regulada pela Lei n. 4.717/65, entretanto a degradação do meio ambiente só se tornou possível causa para a propositura da ação popular após a Constituição de 1988.

Desde a Constituição de 1934, há menção ao instituto da ação popular como meio disponibilizado ao cidadão pelo Poder Público para questionar judicialmente atos deste:

Art. 113, nº 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, Estado ou dos Municípios.

Anteriormente, a concepção de ação popular estava ligada à de cidadania *stricto sensu*, ou seja, havia a exigência de título de eleitor do autor. Essa restrição era fundamentada pelo argumento de que somente os que escolheram os governantes poderão fiscalizá-los. Contudo, com a definição de cidadania alargada, conforme diversos juristas, entre eles Silva (2009), a cidadania seria também o direito e o dever de participar da gestão pública.

A intenção do legislador constituinte era a de aumentar a esfera de tutela do meio ambiente e intensificar a participação popular, sendo, por isso, não cabível que a ação popular se restrinja apenas aos que possuem a condição de eleitor. O beneficiário direto desta ação não é o autor, mas o povo, titular do direito difuso em questão. No mesmo sentido ressalta Fiorillo (2005, p. 375)

Dessa forma, sendo de todos os bens ambientais, nada mais lógico que não só o eleitor quite com a Justiça Eleitoral, mas todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País possam ser rotulados cidadãos para fins de propositura da ação popular ambiental [...]. Com isso denota-se que o destinatário do meio ambiente ecologicamente equilibrado é toda a coletividade — brasileiros e estrangeiros aqui residentes — independentemente da condição de eleitor, de modo que, no tocante à proteção dos bens e valores ambientais, o art. 1º, 3º, da Lei 4.717/65 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Destarte, apesar de a capacidade de exercer os direitos políticos de votar e ser votado, isto é, possuir título de eleitor, ser necessária, a moderna concepção da ação popular exige a ilegalidade do ato e a lesividade como requisitos para a validade, sendo a propositura facultada a qualquer membro da sociedade, devido exatamente ao fato de se viver em sociedade, pois conforme Guimarães (2009, p. 376)

Na verdade, seguindo o critério de diferenciação dos institutos, a ação popular da Lei nº 4.717/65 tem natureza política, exigindo do autor o título de eleitor e a prova da regularidade com o serviço eleitoral. Já na ação popular ambiental, pela natureza do bem tutelado, não deve prevalecer essa exigência. É razoável — e atende ao princípio democrático — atribuir legitimidade a qualquer cidadão, assim entendido qualquer integrante da população brasileira, até mesmo o estrangeiro residente no país.

A atuação da sociedade representa uma lacuna deixada pelo Poder Público na atividade de repressão e prevenção de ações que tragam prejuízos à coletividade.

A legitimidade passiva da ação popular é a Administração Pública, compreendendo os entes federativos, as autarquias e as demais entidades públicas. Porém, um particular pode ser corréu de uma ação, devido ao princípio da solidariedade: sendo também partícipe do dano causado ao patrimônio público, à empresa ou à pessoa física deverá ser imputada a sanção pertinente para a reparação de danos. Vitta (2000, p. 49) aponta que:

[...] nada impede que a ação popular ambiental seja proposta apenas em relação ao particular, sem a participação estatal. Como se cuida de proteção ao meio ambiente, aliás claro no art. 5º LXXIII, do Texto Constitucional, ela pode ser intentada em face do particular e do Estado, indistintamente.

A ação popular pode ser proposta para impugnar um ato que já tenha causado um dano, o que denota seu caráter repressivo — ou para suspender os efeitos de um ato que esteja trazendo prejuízos a algum bem coletivo — sendo, neste caso, de faceta preventiva, mediante o pedido de liminar. Todavia, importante mencionar que um dos empecilhos de se pleitear o direito ao

meio ambiente no Poder Judiciário é a dificuldade de se valorar o dano causado ao ecossistema, pois se trata de direito indisponível e não patrimonial.

Outro empecilho que pode ser levantado é aquele referente ao que seja dano ambiental relevante, ou seja, tanto a captura de um espécime de ave silvestre quanto o derramamento de centenas de litros de petróleo. É que, tanto um, quanto o outro, são considerados igualmente danos ambientais, podendo ter as mais diversas quantificações para reparação material respectiva. Mendes e Cavedon (2005) fazem

Os conflitos jurídico-ambientais, por se referirem a interesses difusos e pelas peculiaridades do dano ambiental (difícil reparação e valoração, dentre outros), não podem ser resolvidos de maneira eficaz através dos institutos tradicionais do Direito processual clássico, e mesmo a Ação Popular, instrumento de defesa de direitos atinentes a toda a coletividade, quando tem por objeto o meio ambiente, adquire natureza diversa. Grande problema para o efetivo uso da Ação Popular é que sua estrutura não foi alterada, apesar da inclusão da possibilidade de tutela dos interesses difusos de ordem ambiental, o que certamente traz dificuldades na sua utilização por parte do cidadão que pretenda defender o patrimônio ambiental da coletividade através deste instrumento.

Por outro lado, os cidadãos ainda não têm necessário conhecimento da ação popular, de seu manejo e titularidade e também não sabem que podem exigir reparações aos danos causados ao meio ambiente através dela. Em pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dentre 381 processos de ação popular julgados, somente um é referente à temática ambiental: a Ação Popular n. 3.388/RR, que trata do caso da demarcação da reserva indígena Raposo Serra do Sol, em Roraima, julgado em 2009 e cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto.⁸ Faz-se, portanto, necessária uma educação jurídico-ambiental, no sentido de instruir as comunidades e os cidadãos acerca da possibilidade de resguardarem o meio ambiente, ainda que em âmbito local, já que se o indivíduo

tiver informação ambiental, e se for capaz de refletir sobre esta informação, fazendo um juízo de valor consciente para tomar uma atitude em prol do meio ambiente. É por isso que se diz que a participação ambiental depende, necessariamente, de informação e consciência ambiental, sendo que esta última se adquire, regra geral, por via da educação ambiental. (Abelha, 2002, p. 264)

⁸ Inteiro teor do julgado disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>

3.2. Decisões judiciais e a efetivação do acesso à informação

A Convenção de Aarhus, no que diz respeito ao acesso à informação ambiental, já foi objeto de discussão judicial em vários processos na União Europeia, que inclusive chegaram até a Corte de Justiça da União Europeia. No Brasil, porém, não obstante a Lei n. 10.650/2003⁹ já tenha mais de uma década de vigência, a sua aplicação ainda é tímida ou quase inexistente nos tribunais nacionais. Em pesquisa realizada na plataforma de dados de jurisprudência em algumas cortes, percebe-se que pouco se discutiu sobre a referida lei e sobre o direito por ela resguardado.¹⁰

Quando inserido o termo “Lei 10650”, o banco de dados do Superior Tribunal de Justiça apresentou apenas 1 registro. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por particular em face do Ministro de Meio Ambiente requerendo a exclusão do seu nome na lista de 100 maiores desmatadores da Floresta Amazônica. Segue a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA "LISTA DOS 100 MAIORES DESMATADORES DA FLORESTA AMAZÔNICA" PUBLICADA NA INTERNET EM PÁGINA OFICIAL DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DAS INFORMAÇÕES. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO (MS 13.921/DF, MS 13.934/DF). DIVULGAÇÃO FUNDADA EM AUTO DE INFRAÇÃO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO. POSSIBILIDADE ASSENTADA NA LEI 10.650/03 (ART. 4º), DEVENDO SER OBSERVADO O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 149 DO DECRETO FEDERAL 6514/08. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (MS 13.935/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010).¹¹

O debate é interessante, pois se trata de um confronto entre o direito à informação e o direito à honra, na medida em que o impetrante argumenta que a inclusão de seu nome na lista em virtude de autos de infração ainda em trâmite estaria trazendo prejuízos morais e violando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. O Ministro Teori Zavascki asseverou que a informação de autos de infrações deve constar de forma pública, consoante o art. 4º da Lei n. 10.650/2003, mas que deve estar expresso que os autos ainda não foram julgados.

No sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, em pesquisa limitada às 1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, o termo “informação

⁹ Esta lei dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

¹⁰ As pesquisas foram realizadas no dia 18 de março de 2015.

¹¹ Inteiro teor disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802429840&dt_publicacao=18/03/2010>

ambiental” resultou em 51 registros. Todavia, a grande maioria (48 processos) versava sobre o instituto da reserva legal, a qual determina que informações dos imóveis rurais devem ser incluídas no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Os outros três processos tratavam de usucapião e as informações se referiam a dados registrais. Com o termo de pesquisa “Lei 10650”, o resultado foi de apenas 1 registro. A Apelação nº 9000031-53.2003.8.26.0100 provém da irrisignação da Fazenda do Estado de São Paulo pela sentença procedente em ação de usucapião que deixou de determinar a averbação de reserva legal e áreas de preservação permanente no imóvel, e foi assim ementada:

Apelação - Ação de Usucapião - Terreno localizado em área de manancial e objeto de restrições ambientais - Fazenda Pública que busca seja determinada a averbação destas na matrícula do imóvel - Possibilidade - A despeito da ausência de previsão legal nesse sentido, a interpretação da Lei de Registros Públicos à luz do artigo 225 da Constituição Federal conduz ao acolhimento do pedido - Medida que prestigia, ao mesmo tempo, a publicidade, a segurança jurídica e a proteção ao meio ambiente - Precedentes - Recurso provido. (TJSP, Apelação nº 9000031-53.2003.8.26.0100, Relator: Des. Souza Nery, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Julgamento em 21/03/2013, Publicação em 23/03/2013)

O diferencial entre o julgado em comento e os outros diversos julgados que confirmaram a obrigatoriedade de inclusão de informações ambientais no CAR é que o Desembargador-Relator, acompanhado por seus pares, entendeu que a falta de registro violaria não apenas o preceito legal que assim o determina e resguarda possíveis interessados no imóvel restringido, mas também o princípio da publicidade e o direito à informação da sociedade como um todo. O voto possui expressa menção à Lei n. 10.650/2003 e cumpre transcrever o seguinte trecho:

A Declaração Rio-92 (ECO 92) erigiu ao nível de princípio ambiental a necessidade de ampla informação à sociedade [...]. Após a edição da Lei nº 10.650/2003, a qual dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente SISNAMA, o direito brasileiro, de forma expressa, por um lado passou a prever o direito de todos terem acesso às informações em matéria ambiental e, por outro lado, o dever de o Poder Público informar a população. Como analisa Paulo Affonso Leme Machado: “A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada. Como já salientaram os juristas da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, os dados ambientais devem ser publicados. A publicidade está ligada à informação.

Baseando-se nessa direção acerca da ampla informação e publicidade a respeito do estado do meio ambiente e, bem assim, da existência e localização de áreas que visam uma proteção e cautela diferenciada, tem-se cogitado a integração do sistema de registro de imóveis com instrumentos de tutela ambiental. **Tal preocupação é legítima, pois o registro de imóveis, além de sua função precípua de proteção do direito de propriedade, pode também assumir importante papel na defesa da coletividade, por meio da garantia das informações de restrição ambiental constantes da propriedade.** Concentrar no registro a notícia acerca de uma área ecologicamente protegida, oficialmente declarada, a fim de evitar danos ambientais de maiores proporções pelo uso indevido do imóvel, é dar publicidade à restrição legal que sobre ele decorre. (grifos nossos)¹²

Já no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a palavra-chave “Lei 10650” não retornou nenhum registro. O mesmo resultado ocorreu quando o termo foi pesquisado nas páginas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quando inserido o termo “informação ambiental”, o banco de dados do tribunal mineiro apresentou como resultado o Reexame Necessário nº 1.0024.09.504191-9/001, proveniente de mandado de segurança impetrado por uma empresa em face do Instituto Estadual de Florestal (IEF) em decorrência de ato administrativo que bloqueou o seu acesso ao Sistema Integrado de Informações Ambientais (SIAM). Não obstante a ausência de referência à Lei n. 10.650/2003, a informação ambiental foi tratada como indispensável para o exercício de atividade econômica da empresa, além de ressaltada a necessária publicidade que lhe deve ser dada. Assim foi redigida a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - BLOQUEIO DA EMPRESA NO SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÃO AMBIENTAL - VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA - ARTIGO 5º, XIII, CF/88 - ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, CF/88 - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0024.09.504191-9/001, Relator: Des Roney Oliveira, 2ª Câmara Cível, julgamento em 31/05/2011, publicação da súmula em 21/06/2011)¹³

Interessante jurisprudência do tribunal mineiro, contudo, refere-se à Lei Estadual n. 15.971/2006. Tal diploma legal foi elaborado após e com clara

¹² Inteiro teor do acórdão disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6604128&cdForo=0>>.

¹³ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.09.504191-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso 20 abr. 2015.

alusão à Lei n. 10.650/2003, apesar de fazer referência como regulamentação ao art. 214, §1º, II da Constituição Mineira.¹⁴ Trata-se de Agravo de Instrumento em face de decisão que deferiu a tutela de urgência requerida pelo Ministério Público de Minas Gerais em ação civil pública, cujo escopo era garantir o amplo e irrestrito acesso ao SIAM e obrigar a atualização periódica dos dados ali inseridos. Segue a ementa da decisão:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BÁSICAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL Nº 15.971/2006. TUTELA DE URGÊNCIA.

- A Lei Estadual nº 15.971/2006 assegura aos cidadãos o acesso às informações básicas sobre o meio ambiente.

- Os dados elencado no art. 4º e 5º, §2º da referida lei, são públicos e, assim, não devem depender de senha para serem acessados. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.250092-7/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, julgamento em 11/02/2014, publicação da súmula em 19/02/2014)

Ocorre que o SIAM exigia senhas diversas para a visualização de informações referentes, por exemplo, a processos de licenciamento ambiental, o que afronta o disposto na Lei Estadual nº 15.971/2006. O Relator considerou a dificuldade em se obter informações um obstáculo ao próprio exercício da cidadania, conforme seguinte trecho:

Desse modo, não bastasse a restrição de acesso à informação, constata-se a insuficiência de dados, tais como os supracitados, relacionados à segurança, à saúde pública e a própria qualidade de vida do cidadão.

Ora, a omissão estatal no fornecimento de informações ambientais é capaz de gerar dano irreparável aos integrantes da sociedade civil que desejam acompanhar as práticas administrativas relativas à preservação do meio ambiente. O risco de impedir o cidadão de ter acesso à informação sobre esta área contribuir para obstar a adoção de condutas preventivas à degradação do meio ambiente por parte de cada integrante da sociedade e da correção dos danos eventualmente já existentes.

Além disso, o não fornecimento de dados atualizados impedirá que a pessoa natural exerça o papel de cidadão na tutela dos di-

¹⁴ Art. 214 - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. § 1º — Para assegurar a efetividade do direito a que se refere este artigo, incumbe ao Estado, entre outras atribuições: [...] II - assegurar, na forma da lei, o livre acesso às informações básicas sobre o meio ambiente;

reitos difusos e, ainda, de controle e fiscalização de atos administrativos que, porventura, causem dano ao meio ambiente por meio da ação popular.¹⁵ (grifos nossos)

Os poucos julgados encontrados referem-se a casos pontuais, de atuação do *parquet* ou de algumas empresas, cujo direito de acesso à informação fora limitado. Não há ações, dentro das bases de pesquisa utilizadas, que questionem a recusa de algum pedido de informação ambiental ou solicitem a publicação de relatórios ou dados que o Poder Público obrigatoriamente deveria disponibilizar. Em relação à constatação de pouca manifestação dos tribunais a respeito da Lei n. 10.650/2003, apesar de sua adequação técnico-legislativa e busca pelo empoderamento do cidadão como parte integrante da proteção do meio ambiente, hipóteses poderiam ser formuladas para descobrir a(s) possível(veis) causa(s) para tanto. Contudo, tal pesquisa requer um aprofundamento pormenorizado, que poderá ser objeto de trabalhos futuros.

4. CONCLUSÃO

O acesso à justiça deve ser compreendido numa concepção mais ampla que a mera judicialização ou jurisdicionalização das relações. Deve ser também considerado a partir da concretização do direito à informação e à participação, especialmente quando se fala da proteção ambiental. Conforme foi analisado no presente artigo, o acesso à justiça como direito fundamental constitucionalmente reconhecido deve vincular-se à necessidade de estabelecer os pressupostos para que as informações relativas ao meio ambiente, quaisquer que sejam os instrumentos, programas, projetos e ações empreendidos, possam ocorrer de forma transparente, efetiva e tempestiva; além de proporcionar informações atuais sobre a real condição ou situação do bem a ser protegido.

Ainda, os instrumentos internacionais que tratam do acesso à informação, apesar de representarem importante mecanismo para a efetivação deste direito, não logram, *per se*, garantir que o mesmo possa ser efetivamente exercido. Assim, faz-se necessária a adoção de normas internas que — ainda que espelhadas e influenciadas por estes instrumentos — venham assegurar a ampla informação aos interessados e cidadãos em geral. A Convenção de Aarhus, bem como a Lei n. 10.650/2003, demonstram que há uma interrelação complementar (e não excludente) entre os planos internacional e nacional que viabilizam o acesso à informação em matéria ambiental. Tal acesso deve ser também objeto de medidas judiciais que possam, em caso de negação ou desvirtuamento do direito, determinar sua devida observância.

¹⁵ Inteiro teor disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=7E40B418F55688A19307F4CA32BFE475:juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.250092-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso 20 abr. 2015.

Vale mencionar ainda que a Lei n. 10.650/03, por sua vez, faz expressa menção à Convenção de Aarhus, tomando como base seus dispositivos e reconhecendo, portanto, a importância deste instrumento jurídico internacional no *enforcement* do acesso à informação. Este reconhecimento também já havia sido feito anteriormente por outros países e pela própria ONU, dada a natureza, conteúdo e alcance da Convenção e dos objetivos que a mesma propõe alcançar.

Agora bem, resta importante analisar em que medida tal lei vem sendo aplicada pelos tribunais nacionais, de modo a compreender o alcance e a efetivação de seus dispositivos. Ao debruçarmo-nos sobre a atuação do Judiciário, constatou-se um reduzido e pouco significativo número de demandas que se amparam na referida lei de informação ambiental, o que demonstra, inicialmente, que não há ainda uma utilização expressiva de medidas judiciais para garantir o acesso à informação. As hipóteses que levam a essa pouca expressividade de demanda ante o Poder Judiciário devem ser analisadas para que se possa efetivamente determinar se o acesso à informação ambiental está ou não sendo garantido, tema que requer um aprofundamento pormenorizado, que poderá ser objeto de trabalhos futuros.

Finalmente, o acesso à informação como corolário do exercício da cidadania e da consequente manifestação do Estado Democrático de Direito deve ser objeto de atenção não só pelo Judiciário, mas também por todos os demais poderes, órgãos e esferas do Estado, sendo sua observância essencial para o desenvolvimento sustentável entendido em sua tripla concepção: social, econômico e ambiental.

REFERÊNCIAS

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **A efetividade do direito à informação ambiental**. Orientador: Roberto Armando Ramos de Aguiar. Dissertação de Mestrado — Universidade de Brasília. Centro de Desenvolvimento Sustentável. 2004.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. **Revista Jurídica CCJ - FURB**, v. 15, n.º. 30, p. 111-136, ago./dez. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em: 12 jun. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. 01. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMOZZATO, Mauro Marafiga; LOUREIRO, Mônica Michelotti; SILVA, Thaís Camponogara Aires da. A justiça ambiental e o acesso à informação na construção da cidadania ambiental. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Santa Maria: UFSM, 2013. Disponível em <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/5-3.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COSTA, Beatriz S., MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. Acceso a la justicia y los instrumentos procesales de protección al medio ambiente en Brasil. In: **Proceso democrático y garantismo procesal**. SOARES, Carlos Enrique (org.). Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 274-291.

GUIMARÃES, Poliana Cíntia Costa. Ação popular ambiental e efetividade: análise dos principais aspectos processuais. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n. 13. Belo Horizonte: MPMG, jul./dez. 2009.

KOTZIAS, Patrícia. O acesso à justiça das organizações não-governamentais ambientalistas no regime comunitário europeu. **Revista de Direito Ambiental**, ano 19, volume 74. São Paulo: RT, 2014, p. 307-336.

MARQUES, Vinicius Pinheiro. Ação Popular Ambiental: um caminho possível para a tutela jurisdicional do meio ambiente laboral. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 373, Lex Magister, 2015, p. 63-75.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. La importancia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la construcción del derecho comunitario: el caso de la sentencia "Centros". **Revista Jurídica CCJ**, v.18. Santa Catarina: FURB, 2005, p. 241-271.

MENDES, Daniel Henrique Bini; CAVEDON, Fernanda de Salles. Ação popular ambiental e acesso à justiça: considerações acerca da legitimidade ativa. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 30, p. 157-176, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. A Ação Popular como instrumento de defesa do meio ambiente natural. **Revista Virtual de Direito Brasil**, volume 4, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Fer20102.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Economic Commission for Europe. **The Aarhus Convention**. An Implementation Guide.

2ª Edição, 2014. Disponível em: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2015.

RAZQUIN, José Antonio e APODAGA, Ángel María Ruiz de. **Información, participación y justicia en materia de medio ambiente**: comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. Parte geral. Vol 01. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VITTA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000.

*** Recebido em 13 abr. 2016.**



OS PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM UM CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA

*Bianca Berdine Martins Mendes**

*Paloma Costa Andrade***

*Reginaldo Rodrigues da Costa****

Resumo

A dignidade humana, apesar de ser um valor de grande relevância no constitucionalismo contemporâneo, é também uma expressão ambígua que oferece dificuldades de delimitação e, conseqüentemente, de tutela pelo princípio normativo correspondente. A vinculação entre dignidade humana e direitos fundamentais, de que aquela é fundamento normativo, demonstra a necessidade de pesquisas que aprofundem a precisão teórica do princípio da dignidade, estimulando-se, assim, uma maior efetivação dos direitos fundamentais. Pretende-se, desse modo, analisar-se criticamente o princípio da dignidade humana no Direito e as conseqüências de sua aplicação em uma perspectiva neoconstitucional. Para isso, utilizou-se o procedimento bibliográfico, com a análise de produções acadêmicas pertinentes à temática. Concluiu-se que, em um âmbito neoconstitucional, a imprecisão terminológica propicia a banalização da aplicação do princípio da dignidade humana, favorecendo arbitrariedades nas decisões judiciais e insegurança jurídica.

Palavras-chave

Dignidade humana. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais.

THE PROBLEMS OF THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN A NEOCONSTITUCIONALIST CONTEXT

Abstract

Human dignity, despite being a greatly relevant value in the contemporary constitutionalism, is also an ambiguous expression that offers difficulties of demarcation and, thus, of judicial protection by the correspondent normative principle. The link between human dignity and fundamental rights, whose legal foundation is the aforementioned value, demonstrates the need of

* Advogada. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará; graduada na referida universidade.

** Advogada. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará; graduada na referida universidade.

*** Doutor em Filosofia Pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Professor dos Cursos de Filosofia da UECE. Líder dos Grupos de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos e Ética e Direitos Humanos.

researches that deepen the principle of human dignity's theoretical precision, therefore stimulating a greater accomplishment of the fundamental rights. It intends, thus, to critically analyze the principle of human dignity in the Legal Studies, and the consequence of its application in a neo-constitutional perspective. In this regard, it utilized the bibliographical procedure, with the analysis of academic productions concerning the theme. It concludes that, in a neoconstitutional framework, the terminological imprecision provides the trivialization of the principle of human dignity's application, favoring the arbitrariness of judicial decisions and the legal uncertainty.

Keywords

Human dignity. Neoconstitucionalism. Fundamental Rights.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dignidade humana é um dos fundamentos da República brasileira, considerada um valor fundamental e um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo. O contexto neoconstitucionalista, que se caracteriza, entre outras coisas, pela inclusão de valores nos textos normativos e pela concepção de que princípios têm status de norma jurídica, é propício a uma maior aplicação jurisprudencial do princípio da dignidade humana, além de estimular os estudos doutrinários a seu respeito.

Entretanto, a ambiguidade e a vagueza semânticas referentes à expressão dignidade humana dificultam a delimitação de seu princípio normativo, gerando como consequência o favorecimento de decisões arbitrárias, banalização do princípio e diminuição de sua força normativa. Tais consequências podem ser verificadas em um panorama de críticas ao neoconstitucionalismo, que demonstram concretamente a problemática da adoção dessa postura no âmbito do Direito.

Desse modo, a presente pesquisa objetiva analisar o princípio da dignidade humana em uma perspectiva neoconstitucional, apresentando uma caracterização do neoconstitucionalismo seguida de uma reflexão acerca da histórica imprecisão terminológica da dignidade humana, de sua posituação no Direito e das concepções doutrinárias a seu respeito. Por fim, criticar-se-á o modelo neconstitucionalista, especificando-se suas consequências negativas de modo concreto, tendo em vista a aplicação do princípio da dignidade humana.

Justifica-se a pesquisa pelo grau de relevância jurídica do princípio da dignidade humana e pelas dificuldades e consequências negativas oriundas da sua polissemia. Além disso, a vinculação entre dignidade humana e direitos fundamentais torna imprescindível uma melhor compreensão do princípio da dignidade humana para que a fundamentação, conseqüentemente a proteção, tutela e efetivação de direitos fundamentais dê-se no maior grau possível. Assim, quanto maior a precisão teórica do princípio da dignidade humana, melhor será a garantia de direitos fundamentais.

O método utilizado foi o dialético, pois a dignidade humana não pode ser compreendida isoladamente, sendo necessária uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade para este fim (GIL, 2008, p. 14). Quanto ao tipo, a pesquisa foi exploratória, já que tem por finalidade o desenvolvimento de conceitos ou ideias (GIL, 2008, p. 27). Nisso, as perspectivas teóricas concernentes ao princípio da dignidade humana e à dignidade humana propriamente dita foram estudadas através do procedimento bibliográfico, havendo a análise doutrinária de livros e produções acadêmicas sobre o assunto, tais como artigos científicos, dissertações e teses.

2. UM PANORAMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo não é um termo de sentido uno ou que represente apenas uma postura teórica. Não é por outro motivo que Ávila (2009, p. 1) e Sarmento (2009, p. 1) mencionam a expressão “neoconstitucionalismo(s)”, proveniente de coletânea organizada por Carbonell, para indicar a miríade de elementos e perspectivas abarcadas pelo fenômeno, ou que Sarmento (2009, p. 2, online) identifique entre os favoráveis ao neoconstitucionalismo positivistas e não-positivistas, defensores e opositores de métodos hermenêuticos, liberais, comunitaristas e procedimentalistas. Por isso é necessário, para a caracterização desse fenômeno no Brasil, um recorte acerca dos aspectos referenciados ao se utilizar a expressão “neoconstitucionalismo”, evitando-se ambiguidades ou mal-entendidos¹.

A estratégia de Barroso (2005, *passim*), ao tratar do conceito, é explicá-lo a partir de um enfoque histórico, filosófico e teórico. O marco histórico neoconstitucional, na Europa continental, é o pós-guerra, que redefiniu o lugar da Constituição e sua influência sob as instituições contemporâneas, e no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988, que promoveu, no Estado brasileiro, a transição de um regime ditatorial para um Estado Democrático de Direito. A relevância e a centralidade das Constituições deram-se em um contexto redemocratizante, em que graves violações a direitos fundamentais estimularam o fortalecimento da jurisdição constitucional para a melhor tutela e proteção dos mesmos. Tal necessidade de que a regulamentação dos direitos fundamentais se desse em maior nível hierárquico fez com que a Constituição passasse a abordar os mais variados temas que antes não tinham tratamento constitucional, como relações de trabalho e a economia (SARMENTO, 2009, p. 3).

¹ “Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos” (STRECK, 2014b, p. 117, grifos do autor.)

O segundo marco, conforme Barroso (2005, p. 4), é filosófico, abrangendo a passagem do positivismo para o pós-positivismo. O positivismo jurídico, na busca da objetividade científica do Direito, apartou-o da moral e dos valores transcendentais. Sua decadência é associada à queda dos regimes nazifascistas ao final da Segunda Guerra Mundial, quando as ideias meramente formalistas e indiferentes aos valores éticos já não tinham mais aceitação no pensamento esclarecido (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 31). Não se podia, diante das graves violações a direitos fundamentais cometidas na Guerra, se pensar o Direito sem uma vinculação a valores.

A importância do valor é um dos fundamentos da Jurisprudência dos Valores, que o considera o elemento de maior relevância do Direito, pois o fato é o suporte dos valores, enquanto a norma é um juízo de valor (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 58). A Jurisprudência dos Valores começou a ser desenvolvida no início do século XX, procurando romper com a concepção científica positivista prevalecente até então, que admitia apenas as ciências naturais como ciência. As ciências naturais possuem o objeto livre de valores, oferecendo sentidos demonstráveis, mas as ciências finais têm o objeto cultural, compreendido através dos valores. O método desenvolvido pela Jurisprudência dos Valores pretende se aproximar da dimensão histórica-cultural para estudar os valores, trabalhando as dicotomias valor/realidade, ser/dever-ser e natureza/cultura (CAMARGO, 2003, p. 117 e ss.).

A isso, juntou-se a progressiva evolução do conceito de princípios (BONAVIDES, 2010, p. 294), que deixaram de ser objeto de especulação metafísica e abstrata para se tornarem normas de Direito positivo. Os princípios contribuíram para a formação de uma terceira posição doutrinária que intenta, ao mesmo tempo, estorvar as ressurreições jusnaturalistas e suprimir as insuficiências do positivismo legal, esclarecendo a positividade jurídica em todas as suas dimensões de valor e de eficácia (BONAVIDES, p. 2010, p. 285).

O pós-positivismo, pois, é a superação do jusnaturalismo e do positivismo e se caracteriza por ser, conforme Barroso e Barcellos (2003, p. 32):

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

E quanto ao marco teórico, Barroso (2005, p. 5) divide-o em três grandes transformações que modificaram o entendimento acerca da aplicação do Direito Constitucional. A primeira é o reconhecimento de força normativa à Constituição, a segunda, a expansão da jurisdição constitucional e a terceira, o

desenvolvimento de novos métodos de interpretação constitucional. Em síntese, o autor observa que as leis constitucionais passaram a ter o status de normas jurídicas, superando-se a visão de que seu conteúdo era apenas político, que houve a constitucionalização dos direitos fundamentais, além da adoção de modelos de controle de constitucionalidade por vários países, e que ocorreu o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, voltada à interpretação da Constituição.

Para Barroso e Barcellos (2003, p. 28), a nova interpretação constitucional se estrutura a partir do fato de que as normas jurídicas, em especial as constitucionais, não possuem um sentido único, objetivo e válido para todas as ocasiões. As cláusulas constitucionais possuem um conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade, sendo assim incompatíveis com a tradição de subsunção exegética por não poderem oferecer um único sentido, uma única resposta, a um caso concreto. Desse modo, é só diante do caso concreto que ocorre a concretização do princípio, determinando-se qual sentido deverá ser aplicado.

Analisando as ideias de ambos os autores acerca da nova hermenêutica constitucional, Campos e Albuquerque (2015, p. 782) chegam a seguinte síntese de características:

a) o reconhecimento da existência de duas estruturas normativas diferenciadas, os princípios e as regras, o que implicou um reforço para a força vinculante dos princípios, os quais passaram a ter sua normatividade proclamada; b) a utilização da técnica da ponderação para a solucionar conflitos entre normas constitucionais de natureza principiológica, em lugar da subsunção, considerada inadequada para o novo “tipo” normativo relativo aos princípios; c) a existência de “princípios instrumentais da interpretação constitucional”, cujo rol não se mostra preciso, tendo em vista as discrepâncias encontradas entre os diversos autores, ainda que se siga, de um modo geral, o panorama indicado por Konrad Hesse.

Explica-se. A distinção pós-positivista entre princípios e regras (a) é geralmente qualitativa, pautada nas ideias de Dworkin e Alexy, em que regras aplicam-se por subsunção, na modalidade do tudo ou nada, ao passo que princípios são mandados de otimização que possuem aplicação gradual, entram frequentemente em tensão dialética e por isso, aplicam-se mediante ponderação (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 34). A ponderação (b) consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, onde a subsunção é insuficiente e a situação concreta enseja à aplicação de normas de igual hierarquia que levam a soluções diversas (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 39). A ponderação é predominantemente utilizada para a concretização de princípios, que entram em colisão como parte da lógica do sistema dialético. As regras normalmente são aplicadas por subsunção, mas se discute na doutrina, com

cada vez mais adesão, a possibilidade de ponderação de regras no caso concreto (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 2003, p. 36 e ss.)². E quanto ao rol impreciso (c), refere-se aos princípios elencados por Hesse em seu manual de Direito Constitucional, como os da unidade da Constituição, do efeito integrador e da concordância prática, cuja importação inconsequente foi duramente criticada por Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 118).

Resumindo, o neoconstitucionalismo é um modelo surgido em um contexto de redemocratização, onde buscou-se reforçar a proteção a direitos fundamentais através da tutela constitucional destes, promovendo-se a formação de Constituições prolixas, com normas de alto teor axiológico, baseando-se na superação do jusnaturalismo e do positivismo e no início do paradigma pós-positivista, que incorporou a ascensão normativa dos princípios e a emergência jurídica do conceito de valor para possibilitar, a partir da nova hermenêutica constitucional, a concretização dos inúmeros sentidos normativos, através da técnica da ponderação.

3. UM PANORAMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Conceituação imprecisa. Natureza jurídica ambígua. Conteúdo indeterminado. Ausência de consenso em relação aos seus titulares e quanto a sua fundamentação racional. Denominação (é dignidade humana ou “da pessoa” humana?) controversa. Estes são apenas alguns exemplos das dificuldades enfrentadas por quem pretende estudar a dignidade humana e o princípio normativo que a tutela, inserido na maioria das Constituições dos países autodenominados democráticos como princípio fundamental (WEYNE, 2011, p. 11) do ordenamento jurídico. O valor dignidade humana passou a ter emergência jurídica após a Segunda Guerra Mundial, sendo incorporado a documentos internacionais como a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e outros, passando a ter uma função central no discurso sobre a defesa dos direitos humanos (BARROSO, 2010, p. 5). A positivação da dignidade humana nas Constituições de inúmeros países (Alemanha, Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, por exemplo (BARROSO, 2014, p. 20)) fez surgir o imperativo de protegê-la, através de sua configuração em princípio normativo ou em valor fundamental de todo o sistema jurídico. Hoje, o respeito e a promoção da dignidade humana são considerados metas permanentes do Estado de Direito (SARLET, 2015, p. 29) e o princípio da dignidade humana, poroso, ambíguo e vago, assumiu o posto de princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo, entranhando-se no ordenamento jurídico de modo a valer para todos os ramos do Direito (ROCHA,

² É este o entendimento de Humberto Ávila em “Teoria dos princípios”: “Enfim, no caso da aplicação de regras o aplicador também pode considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra. A ponderação é, por consequência, necessária.” (ÁVILA, 2014, p. 71.)

1999, s.n.t., online), possuindo as funções (e estas também são imprecisas) integradora, interpretativa e fundante dos direitos fundamentais.

A relevância jurídica da dignidade, entretanto, não ensejou o abandono de suas dificuldades terminológicas. À medida que aumentam as referências doutrinárias e jurisprudenciais ao princípio da dignidade humana, também parecem aumentar os dissensos a respeito de sua caracterização. O que é dignidade humana? Como fundamentá-la? E, tendo em vista as ideias³ de Bobbio, como protegê-la? A positivação da dignidade humana fez com que espécie normativa se tornasse responsável por sua tutela? Ou seria a dignidade humana apenas um valor? As respostas — inúmeras — sintetizam o consenso sobre dignidade humana em apenas dois aspectos: sua polissemia e sua importância absoluta. Independentemente das múltiplas facetas que a dignidade humana tem a oferecer, sua proteção e promoção são objetivos de maior relevância a serem alcançados pelo Direito. Ambiguidades à parte, a dignidade deve ser protegida, e basta sair um pouco dessa zona de conforto, perguntando-se, por exemplo, como essa proteção deve ser efetivada, que se retorna às divergências doutrinárias e jurisprudenciais mencionadas.

A seguir, será feito um demonstrativo das dificuldades referentes à conceituação de dignidade humana, que repercutem na delimitação do princípio da dignidade humana e em sua aplicação.

3.1. Um histórico de ambiguidade e vagueza

Conforme Sarlet (2015, p. 32), as origens da noção de dignidade humana remontam ao pensamento clássico e às religiões judaico-cristãs, na ideia de que há um valor intrínseco a cada ser humano, decorrente de sua própria humanidade, que o distingue dos outros seres. Esta, entretanto, não é a única concepção de dignidade prevalecente na antiguidade greco-romana. Na Grécia, o termo ‘dignidade’ era fundado em duas características do homem: na sua capacidade de fala e discurso (uso do *logos*) e na sua vinculação à pólis, consequente do fato deste ser um animal político. A primeira característica afirma a superioridade do homem em face da natureza e dos demais animais, permitindo-lhe exercer o domínio sobre todos os outros seres. A segunda foi mais destacada no período e se traduziu na noção de dignidade como atributo sociopolítico. A dignidade era uma espécie de honraria conferida ao indivíduo devido a sua posição dentro da sociedade, prestigiando-lhe de acordo com a grandeza de seus atos (WEYNE, 2011, p. 18 e ss.). Sua dimensão era política, podendo-se falar em uma quantificação e modulação da dignidade, admitindo-se a existência de pessoas mais ou menos dignas (SARLET, 2015, p. 32).

³ “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 2004, p. 23, grifos do autor.)

Em Roma, também predominou o sentido sociopolítico de dignidade, indicando-se o status superior reconhecido a certas pessoas da sociedade através de expressões como “autoridade”, “cargo” ou “poder” (WEYNE, 2011, p. 21). Entretanto, a ideia de que a dignidade indica uma qualidade intrínseca à natureza humana, independente de status social, foi prescrita por Marco Túlio Cícero, juriconsulto, político e filósofo romano, em meados do século I a.C. De modo precursor e baseando-se no pensamento estoico⁴, Cícero elaborou um ideal moral de dignidade para se contrapor ao ideal sociopolítico, a que ele também defendia, mesmo que ambas as concepções, por razões lógicas, não possam conviver harmonicamente (WEYNE, 2011, p. 23).

Tanto Barroso⁵ quanto Weyne (2011, p.24) apresentam as ideias de Cícero como um dos precedentes mais importantes para a formulação moderna de dignidade humana. Barroso (2014, p. 59) inclusive divide o significado antigo de dignidade, baseado em status, posição hierárquica e honra pessoal, do contemporâneo, desenvolvido e aprofundado após a Segunda Guerra Mundial e voltado ao valor intrínseco objetivo do indivíduo. O ideal moral seria o único a influenciar o moderno, não fazendo mais sentido o uso sociopolítico do termo.

A isso, cabem duas considerações. Primeiro, uma das características da concepção moderna de dignidade humana é a sua polissemia, sendo a dignidade um conceito multifacetado que não admite uma única acepção. A dignidade como valor intrínseco e igualitário ao ser humano é apenas uma faceta do termo, que pode ser destrinchado em várias dimensões jurídicas de sentido e ainda reunir implicações no campo filosófico, religioso, cultural, etc.

Segundo, não se pode desprezar completamente a ideia de que dignidade está ligada a uma distinção social, estando a concepção sociopolítica presente nos dias de hoje ao se indicar a dignidade de cargos e funções e a honra ou imagem da pessoa em seu contexto social⁶.

A tradição clássica abordada acima relacionou-se intimamente ao pensamento filosófico medieval, sob uma perspectiva, porém, teológica, propria-

⁴ “Já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.” (SARLET, 2015., p. 33).

⁵ Para Barroso, Cícero é o primeiro a empregar a expressão “dignidade do homem” no sentido que ele mesmo adota, de que “a dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.” (BARROSO, 2014, p. 14 e ss.).

⁶ “A concepção sociopolítica segue presente nos dias de hoje, quando se fala na dignidade de cargos e funções ou na honra e imagem da pessoa em seu contexto social.” (SARLET, 2015, p. 34.).

mente cristã (WEYNE, 2011, p. 24). Segundo Weyne (2011, p. 25, grifos do autor), “se na Antiguidade greco-romana prevaleceu uma concepção de homem vinculada à atividade política dirigida pela razão [...], na Idade Média predominará uma concepção de homem que se fundamenta numa fonte transcendente, que é a divindade.” Tanto no pensamento clássico quanto no medieval-teológico existiram as acepções sociopolítica hierárquica e moral igualitária de dignidade (WEYNE, 2011, p. 25). A concepção sociopolítica medieval baseava-se no seguimento de uma vida conforme os ditames cristãos (SARLET, 2015, p. 35), manifestando-se também na dádiva assegurada aos detentores de cargos divinos, legítimos representantes de Deus na Terra (WEYNE, 2011, p. 25). A concepção igualitária medieval pautava-se na criação humana a partir da imagem e semelhança divina, possuindo o homem, nesse sentido, poder sobre as demais criaturas. A dignidade humana medieval era, assim, fundada em Deus e dependia sempre do referencial divino para ser ou não caracterizada como tal⁷. Portanto, apesar da noção de dignidade medieval ter sido formulada a partir do pensamento filosófico clássico da Antiguidade greco-romana, a valoração racional é substituída pela divina, de modo que a dignidade medieval é muito mais oriunda de Deus do que do homem.

Na Idade Moderna, o teocentrismo deu lugar ao antropocentrismo, caracterizado pela ideia de que o homem é o centro do mundo, distinguindo-se dos animais por alguns atributos que marcam sua dignidade, como a racionalidade, o livre-arbítrio e a perfectibilidade (Humanismo) e pela ideia de que o homem tem autonomia para decidir sobre seus valores e suas normas (Iluminismo) (WEYNE, 2011, p. 32). No Humanismo, Pico della Mirandola (1463-1494), discorreu sobre a excelência da natureza humana, pois o homem seria o mensageiro da criação e parente dos seres superiores, o intérprete da natureza pela agudeza de seus sentidos, pela inquirição de sua mente e pela luz de seu intelecto. O homem possui, segundo o autor, a invejável condição de interpretar e contemplar a obra da criação divina, possuindo livre-arbítrio para escolher seu próprio destino e sendo, por esses motivos, digno de ser admirado (MIRANDOLA, 1486, s.n.t, online). Observa-se, assim, que a noção de dignidade humanista ainda não se desvencilhou completamente da noção medieval de dignidade atribuída ao homem pelo divino, representando o humanismo o fornecimento de condições para o início da transição do pensamento medieval cosmocêntrico para o pensamento moderno antropocêntrico (WEYNE, 2011, p. 37).

No século XVII, há uma continuidade heterogênea do pensamento humanista renascentista em relação à dignidade humana, estando a concepção teológica ainda presente na maioria das obras dos autores desse século

⁷ Weyne (2011, p. 30) conclui, analisando o fundamento da dignidade humana e o que torna um homem digno, que a dignidade medieval é “de origem externa, heterônoma, dependente, fundada num reflexo da imagem de Deus sobre o homem.”

(WEYNE, 2011, p. 45-46). Segundo Sarlet, foi no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que a dignidade humana, juntamente com a noção de direito natural em si, passou por um processo de racionalização e de laicização, mantendo-se entretanto o fundamento de igualdade de dignidade e de liberdade a todos os homens (SARLET, 2015, p. 37). O homem e a dignidade humana a ele inerente acompanharam o espírito iluminista, estando suas noções agora desvinculadas da natureza e da divindade, pois o homem não é mais a imagem e semelhança de Deus e sim iluminado por uma razão idêntica a todos os seres humanos. Os ideais modernos de dignidade estariam, assim, associados à laicidade, universalidade e autonomia, pois o homem é capaz de pensar por si mesmo, de criar livremente suas próprias normas e valores (WEYNE, 2011, p. 47).

Destacam-se nesse período os pensamentos de Kant e de Hegel. Kant considera que a autonomia ética do ser humano (atributo encontrado apenas em seres racionais) é o fundamento de sua dignidade, sustentando que o indivíduo não pode ser utilizado como coisa nem por si mesmo (SARLET, 2006, p. 32). Conforme Kant (2008, p. 65), “quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” E, acrescenta o autor, “a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade” (KANT, 2008, p. 65). Foi com Kant que se completou o processo de laicização da dignidade humana, que finalmente despiu-se de suas vestes sacrais (SARLET, 2015, p. 39).

Hegel, por outro lado, sustenta que a dignidade é uma qualidade a ser conquistada. O ser humano não seria digno em si mesmo, mas sim em face de sua condição de cidadão. A dignidade em Hegel constrói-se e se realiza através da relação com o outro, de uma consideração da coletividade construída no âmbito das relações que produz o reconhecimento do indivíduo como igualmente digno a outro. Só com o reconhecimento recíproco é que surge a dignidade (ALMEIDA, 2014, p. 377). Esse reconhecimento⁸ se dá a partir da viabilização de determinadas possibilidades de prestação: de respeito aos direitos, de desenvolvimento de uma individualidade, de autoenquadramento no processo de interação social (SARLET, 2015, p. 45-46).

⁸ “A noção de reconhecimento, posteriormente desenvolvida por Hegel e muitos dos sucessores, assim como a tradicional vinculação entre honra, imagem e dignidade, de alguma forma se fez presente durante toda a trajetória de afirmação e reconstrução de dignidade humana.” (SARLET, 2015, p. 38.)

Analisando-se a evolução da dignidade humana, verifica-se a presença histórica de duas concepções diferentes entre si, e potencialmente contraditórias⁹. A primeira é a ideia ontológica de que a dignidade é um valor inerente ao ser humano, um atributo oriundo da própria natureza humana que seria responsável pela igualdade de dignidade entre as pessoas. Tal concepção igualitária foi ganhando cada vez mais força até, mais tarde, influenciar a construção dita “moderna” de dignidade, como esta frequentemente é demonstrada na jurisprudência e doutrina jurídica.

A segunda é a noção de que a dignidade é algo a ser adquirido pelo indivíduo, um caráter distintivo, uma honraria ou status que implica no reconhecimento da dignidade de uma pessoa pelas demais e que promove, obrigatoriamente, uma desigualdade entre os seres humanos. Essa concepção sociopolítica foi perdendo espaço no decurso da história mas não desapareceu totalmente, presente ainda nas ideias de pensadores como Hegel e seus sucessores. Conforme Sarlet (2015, p.64-65), Habermas, com sua concepção de que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem o ser natural torna-se pessoa, adquirindo dignidade, e Luhmann (SARLET, 2015, p. 58), que associa a conquista da dignidade à construção da própria identidade do indivíduo, retomam aspectos da filosofia hegeliana e do seu ideal proposto acerca do papel do reconhecimento em relação à dignidade. Sarlet critica tais concepções, considerando que arriscam desnecessariamente a proteção jurídica da dignidade humana, principalmente a respeito daqueles que não teriam condições de construí-la por suas próprias forças (SARLET, 2015, p. 59).

3.2. Posituação e acepções doutrinárias do princípio da dignidade humana

A dimensão normativa da dignidade humana, a despeito de sua relevância filosófica, só começou a ser discutida a partir do século XX, quando a dignidade humana passou a integrar o vocabulário jurídico, sendo incluída na Constituição do México (1917) e na de Weimar (1919) (BARROSO, 2014, p. 19-20). Foi após a Segunda Guerra Mundial, porém, como uma reação da comunidade internacional aos horrores cometidos pelos regimes nazi-fascistas, que se consolidou a dignidade como um conceito jurídico, passando-se a se exigir uma concepção universalista e igualitária de ser humano, que superasse qualquer distinção. Assim, a noção de dignidade humana passou a ser inserida em documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de 1948, tornando-se um princípio fundamental da ordem jurídica-positiva (WEYNE, 2011, p.55).

⁹ De acordo com Sarlet, porém, ambas as concepções de dignidade são conciliáveis pelo fato de repousarem, em última análise, no postulado da subjetividade e autonomia do indivíduo. (SARLET, 2015, p. 58.)

Atualmente, “na grande maioria das constituições democráticas e nas declarações internacionais dos direitos humanos, a “dignidade humana” apresenta-se como valor fundamental por excelência, como eixo dos direitos do homem.” (WEYNE, 2011, p. 55). A expressão assumiu uma proeminência legislativa que faz com que figure como princípio fundamental do Direito e da democracia, como fonte ética, princípio/valor supremo e valor-fonte dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (WEYNE, 2011, p. 57). Segundo Andorno (2009, p. 435-437), o princípio da dignidade humana é universalmente aceito como fundamento dos direitos humanos e da democracia, e sua razoabilidade não é discutida nos níveis político e jurídico. A maioria das pessoas assume, como fato empírico, que os seres humanos têm uma “dignidade intrínseca”, que é usualmente associada a um valor fundamental supremo e relevante que indique a inviolabilidade da pessoa humana.

Barcellos (2011, p. 125), Barroso (2014, p. 63) e Sarlet (2015, p. 28) empregam o termo “consenso” para se referir, respectivamente, ao acordo teórico do mundo contemporâneo a respeito do valor essencial do ser humano, ao fato de a dignidade humana ser um valor fundamental subjacente às democracias ocidentais e à existência de um liame entre dignidade humana e direitos fundamentais. Maluschke (2007, p. 96) observa, entretanto, que o aumento de publicações sobre a temática não multiplica apenas os “consensos” teóricos, gerando também dissensos e divergências em teorias heterogêneas. Para o autor, o dito “consenso”, na verdade, diz respeito à polissemia da dignidade humana que, vaga e imprecisa, se traduz em uma categoria axiológica aberta, num conceito jurídico indeterminado que possibilita, na jurisprudência, múltiplas aplicações não mais controláveis (2007, p. 107).

Tais aplicações, no âmbito internacional, foram analisadas por Barroso (2014, p. 21 e ss.), que menciona que a dignidade humana é vista como um valor supremo, um bem absoluto que tanto fundamenta os direitos mais básicos como lhes serve como parâmetro interpretativo (Alemanha), como um princípio com status constitucional, um conceito ao mesmo tempo fundante, fundamental e normativo (França), como um valor fundamental com uma dimensão comunitária (Canadá), como um valor supremo mas não absoluto, um direito específico (Israel) e como tanto um valor fundacional quanto um direito exequível (África do Sul). Já no âmbito interno, o autor (2014, p. 28-29) expõe que a dignidade tem sido aplicada em uma vasta gama de situações, que incluem desde o uso de algemas até a realização de pesquisas envolvendo células tronco embrionárias.

Maluschke (2007, p. 107), por sua vez, sintetiza vários posicionamentos doutrinários, concluindo que a “dignidade da pessoa humana”, ao mesmo tempo, é:

um conceito jurídico normativo, designa o valor absoluto de cada ser humano, é o denominador comum de todos os homens, é

também uma forma de comportamento pela qual se distinguem comportamentos dignos e indignos, é um valor intrínseco do homem, uma qualidade inerente ao homem, um atributo do ser humano, um princípio absoluto. Positivada nas constituições é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte jurídico-positivo dos direitos fundamentais, valor básico fundador de todos os direitos humanos, núcleo forte da Constituição, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, está no “epicentro” da ordem jurídica.

Não é necessária, porém, uma síntese de posições doutrinárias para demonstrar a heterogeneidade conceitualógica referente à dignidade humana. Mesmo um único autor, ao conceituar dignidade humana, já encontra dificuldades para evitar sua polissemia, sendo comum a adoção de definições multifacetadas ou multidimensionais. Sarlet, por exemplo, busca se aproximar de uma acepção jurídica de dignidade humana através de sua análise dimensional, analisando as dimensões ontológica, intersubjetiva, histórico-cultural, negativa e prestacional do termo. O autor (2006, p. 60) chega ao seguinte conceito de dignidade humana:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰

Ou seja, a positivação da dignidade humana não ocasionou a sua unificação semântica e as inúmeras possibilidades de sentido exemplificadas acima instalaram o germe da ambiguidade no termo, fazendo com que fenômenos diversos sejam explicados através da mesma denominação e que a dogmática jurídica, devido à equivocidade de seus enunciados, passe a encobrir o Direito ao invés de desvendá-lo. Nisso, as teorias sobre dignidade humana padecem de inadequação sintática e semântica, pois além do mesmo termo ser utilizado

¹⁰ A esse conceito, o autor acrescentou a expressão “mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” em edição mais recente (SARLET, 2015, p. 70-71.) Tal acréscimo pode ser considerado uma crítica à concepção eminentemente biológica de dignidade humana, especista, que é reducionista em relação à ideia da dignidade da vida em geral. (SARLET, 2015, p. 65.) Sobre a dignidade da vida e a dimensão ecológica da dignidade, afirmam Sarlet e Fensterseifer: “Para além da compreensão “especista” da dignidade, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos valores culturais da natureza ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida e da vida em si.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 18.) Essa discussão, entretanto, foge ao escopo da presente pesquisa.

para fenômenos distintos, ainda se presta a explicar o que nem mesmo possui relação indireta com o objeto descrito (ÁVILA, 2007, p. 4).

Mesmo diante da falta de consenso, a dignidade humana, como visto, é considerada um valor supremo e o princípio que a tutela uma matriz do constitucionalismo contemporâneo. A caracterização do neoconstitucionalismo e da já contextualizada emergência de valores e princípios nos textos normativos constitucionais objetivou ilustrar a facilidade com que um conceito polisêmico como a dignidade humana é aceito no ordenamento jurídico, apesar da confusão semântica. Afinal, tal valor é tutelado por um princípio, concretizado e delimitado no casualmente, após a ponderação axiológica e normativa. A baixa densidade normativa é inerente a um princípio, responsável por maior liberdade de criação argumentativa do intérprete, e torna tal vagueza semântica algo “normal”, “esperado.”

No próximo tópico, serão feitas algumas críticas a essa concepção e ao neoconstitucionalismo em geral, concatenando-as com a aplicação do princípio da dignidade humana.

4. CRÍTICAS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA EM UM CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Recapitulando-se as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, pode-se chegar a um encadeamento lógico de relações de causa e efeito. Em suma, as Constituições do pós-guerra são mais principiológicas, tais princípios se aplicam através da ponderação, o que exige uma análise mais concreta do caso e uma maior participação judiciária, que gera o ativismo do Poder Judiciário e, dada a importância dos princípios constitucionais, a uma interpretação centrada na Constituição em vez de na legislação (ÁVILA, 2009, *passim*).

Muitas críticas podem ser feitas a tal modelo delineado e suas consequências. A respeito dos princípios, critica-se o “deslumbramento” dos juristas diante destes e a equivocada visão de que há a primazia de princípios em relação a regras. Conforme Ávila (2009, p.6), tal raciocínio pode ocasionar o afastamento, por um princípio, de regras constitucionais imediatamente aplicáveis ou de regras infraconstitucionais, que não podem ser simplesmente desconsideradas em um caso como se meros conselhos fossem. Tal possibilidade abriria portas para o decisorismo judicial, para a negligência na fundamentação racional de julgados pelos intérpretes (SARMENTO, 2007, p. 33).

Outra crítica é em relação ao pamprincipiologismo, expressão cunhada por Streck (2014a, 171-172) para designar a criação incontrollável de princípios, como por exemplo os princípios da simetria, da confiança, da não surpresa, devido a posturas voluntaristas do Direito.

Além disso, em relação a nova hermenêutica constitucional, mais adequada à interpretação de uma Constituição axiológica, Bonavides (2010, p. 483-485) manifesta preocupação em relação ao irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, à introdução de métodos desconhecidos de interpretação, à sobrevalorização do fator político em relação ao social e ao subjetivismo em relação a lei. Tais fatores, segundo o autor, podem empobrecer a consciência jurídica da Constituição normativa e destruí-la como lei.

Além da perda da força normativa da Constituição, a perda de rigor teórico e a falta de parâmetros de aplicação do Direito podem gerar uma desconstrução no sentido de segurança jurídica e no ideal de estabilização de expectativas normativas, próprio do Direito positivo (CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 785).

Outra consequência criticada é a maior participação judiciária, em detrimento da executiva e legislativa. Conforme Campos e Albuquerque (2015, p. 787), a supervalorização dos princípios em face das regras leva a técnica da ponderação às últimas consequências, provocando o esvaziamento da legalidade infraconstitucional na medida em que esta é entendida como limite sujeito à conformações pela criatividade judicial e interpretativa do Direito. O Poder Judiciário, dizem os autores, não pode ampliar os limites de sua atividade interpretativa sob pena de esvaziar a função legislativa, provocar a judicialização excessiva de questões e promover a desconsideração completa do sentido de segurança jurídica.

Tais críticas ao neoconstitucionalismo assumem feições graves em relação ao princípio da dignidade humana. Para começar, como não há um conceito preciso de dignidade humana nem uma delimitação clara do princípio que a tutela, acaba fazendo-se um convite para que o intérprete compreenda-o como quiser, ocasionando a aplicação do princípio a qualquer situação. Aliada à “auto-evidência” da dignidade e a sua relevância, a vagueza se torna uma perigosa ferramenta para o preenchimento normativo do termo, tanto possibilitando, em tese, a concretização de qualquer significado, quanto dificultando, ou até impossibilitando, a formação de argumentos contrários. Nisso, há o favorecimento de decisões judiciais arbitrárias, resultando em uma diminuição considerável da segurança jurídica, e a aplicação inflacionária do princípio da dignidade, que se torna um “enorme “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio de recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção.” (SILVA, 2014, p. 193).

Essa supervalorização, entretanto, não corresponde a um aumento da força normativa do princípio da dignidade. A aplicação inflacionária, pelo con-

trário, pode indicar a sua banalização, a perda do seu valor e de sua força normativa, gerando uma situação em que tudo é dignidade humana e, ao mesmo tempo, nada é¹¹.

Já foi mencionada a vasta gama de significados atribuídos pela doutrina e pela jurisprudência à dignidade humana, que possibilitam múltiplas aplicações do princípio, sem que haja um controle. Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2014, p. 193 e ss.) cita o problema da hipertrofia da dignidade e o da banalização do uso da dignidade humana, recurso universal para a solução dos problemas jurídicos que poderiam ser solucionados através de outros direitos. A consequência disso, conforme o autor, é o desprestígio da dignidade e a perda de seu valor normativo, principalmente em face da alta carga emotiva do termo.

A função emotiva é um atributo de algumas palavras ou expressões que, além de transmitirem informações, também são portadoras de alto grau de significado emotivo, que é utilizado para exprimir sentimentos (MOUSSALEM, 2006, p. 36). É o caso da dignidade humana, expressão com conteúdo ideológico tão forte que sua invocação não consegue permanecer neutra, meramente informativa.

A diminuição do caráter normativo da dignidade e o seu grau emotivo acenam para o problema do aumento de sua função simbólica em detrimento da normativa. A legislação simbólica se caracteriza pela “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.” (NEVES, 1984, p. 32). A legislação simbólica se caracteriza por ser normativamente ineficaz, não havendo a concretização regular da relação hipotético-abstrata “se-então” da norma primária e da norma secundária (NEVES, 1984, p. 49). Ou seja, é o caso do uso do princípio da dignidade apenas pelo seu teor emotivo, como uma forma de embelezar a decisão judicial ou fortalecer os argumentos apresentados.

A progressiva banalização e a conseqüente perda da normatividade e valorização da função simbólica do princípio da dignidade, associadas à alta carga emotiva da expressão “dignidade humana”, contribuem para o desprestígio do princípio no ordenamento jurídico, a ponto de transformá-lo em um mero reforço argumentativo ou ornamento retórico (BARROSO, 2014, p. 115), uma expressão que serve apenas “para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta.” (SARMENTO, 2009, p. 15).

¹¹ “[...] quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de banalização do seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana.” (SILVA, 2014, p. 195.)

Esse decisionismo é prejudicial à democracia, permitindo que juízes não eleitos transmitam seus valores e preferências aos jurisdicionados, passando, às vezes, pelas deliberações do legislador. Nisso, compromete-se a separação de poderes, diluindo as fronteiras entre as funções judiciais e legislativas, e a segurança jurídica, pois o Direito se torna imprevisível, sujeito às opiniões do juiz de plantão (SARMENTO, 2007, p. 33).

Em suma, a aplicação do princípio da dignidade humana, como vem sendo feita atualmente, enseja insegurança jurídica e incerteza nas decisões, decisões arbitrárias, ofensa ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático, desconsideração de outros princípios e regras mais específicos ao caso concreto e desprestígio e desvalorização do próprio princípio da dignidade humana. Estas são as consequências da polissemia da dignidade, de sua ambiguidade e alta carga emotiva e da vagueza da delimitação de seu princípio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstrou as consequências que podem advir da aplicação normativa em moldes neoconstitucionalistas, relacionando-as com o princípio da dignidade humana. Em síntese, pode-se concluir que:

1. No cenário de redemocratização europeu continental e brasileiro confiou-se a tarefa de melhor proteção dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário, ampliando-se o leque de temas abordados pela Constituição e o teor axiológico das mesmas, valorizando-se métodos interpretativos mais abertos em detrimento da subsunção;
2. Esta modalidade interpretativa ocasiona um aumento do subjetivismo e do decisionismo, proporcionando a ocorrência de decisões judiciais arbitrárias e de insegurança jurídica;
3. Nesse contexto, o princípio da dignidade humana, conceito historicamente marcado pela incerteza e cujo único consenso terminológico é a ausência de consensos, favorece ainda mais a ocorrência de problemas e consequências negativas do neoconstitucionalismo, na medida em que sua relevância, caráter autoevidente e vagueza torna-o apto a figurar em qualquer decisão judicial, a depender da criatividade do intérprete que o aplique.

Por fim, gostar-se-ia de ressaltar o perigo que uma categoria aberta e polissêmica como a dignidade humana pode representar para o ordenamento jurídico, alavancando o poderio dos juízes ao equivocadamente facilitar o seu dever de fundamentação de decisões judiciais. Sinaliza-se, assim, para a necessidade de maior delimitação do princípio da dignidade e do próprio conceito de dignidade humana para o Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvana Colombo de. Dignidade humana e filosofia hegeliana. In: Seminário dos Estudantes de Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar, 10., 2014, São Carlos. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.ufscar.br/~sempgfil/wp-content/uploads/2012/05/35-Silvana-Colombo-de-Almeida.pdf>>.

ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. **Revista Bioética**, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009.

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, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 5 de junho de 2016.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.” **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **RDA**. Rio de Janeiro, v.240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico. à luz da jurisprudência mundial. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 95-117, jul./dez, 2007.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Disponível em: <<http://www.filosofia.com.br/figuras/livros/inteiros/91.txt>>.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da. **Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 19, p. 7-23, jan.-fev., 2008.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. 2009. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>.

_____. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda. 2007. Disponível em: <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: _____. (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana a partir da filosofia de Immanuel Kant**. 2011. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

* Recebido em 08 set. 2016.



REQUISITOS E LIMITAÇÕES PARA A EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO PELO USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

*Carlos César Sousa Cintra**
*Stephane Hilda Barbosa Lima***

Resumo

O presente artigo visa identificar os requisitos necessários para instituição de pagamento pelo uso dos bens públicos por particulares, buscando a delimitação dos parâmetros para a fixação destes valores dependendo do tipo de uso exercido. Para tanto, a análise será realizada a partir do estudo dos tipos de bens públicos e de seus modos de gestão, sempre tendo em mente a garantia à devida legalidade e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o da isonomia e o da conservação do patrimônio público.

Palavras-chave

Bens Públicos. Requisitos para pagamento. Limitações na cobrança. Uso por particulares.

REQUIREMENTS AND LIMITATIONS TO THE PAYMENT BY THE USE OF PUBLIC PROPERTY FOR INDIVIDUALS

Resumo

This article aims to identify the requirements for the use of public goods payment institution, seeking the definition of the parameters for setting these values depending on the type of use exercised by the individual. Therefore, the analysis will be carried out from the study of the types of public goods and their modes of management, always keeping in mind the principle of legality and the search for the realization of fundamental rights, especially the isonomy and the conservation of public property.

Keywords

Public Goods. Requirements for payment. Limitations in the collection. Uses by individuals.

* Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado em Fortaleza.

** Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Tributário pela Escola Jurídica – Juris. Membro Efetivo da Sociedade de Debates da UFC. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que algumas vezes o Poder Público exige a remuneração pelo uso de bens públicos por particulares, de acordo com o interesse da Administração, afastando assim a gratuidade no uso dos bens que são de todos.

De fato, o artigo 103 do Código Civil de 2002 já prescreve a possibilidade do uso comum dos bens públicos ser gratuito ou remunerado, a critério da entidade cuja administração pertencerem.

Entretanto, cumpre-nos questionar se haveria limites legais e constitucionais para a instituição de contraprestação pelo uso de bens públicos. Afinal, todo e qualquer uso de bem público poderá vir a ser remunerado? Quais seriam os critérios para distinguir aqueles os quais o uso deve sempre ser gratuito daqueles os quais poderão ensejar a cobrança de pagamento? E, por fim, haveria limite para a instituição de tal preço ou a administração poderá fixá-lo no montante que desejar?

Todas estas perguntas são importantes para que seja viável o controle da população às decisões dos entes que administram os bens públicos, sob pena de restarmos à mercê da vontade do administrador que, sob a justificativa genérica de proteger o vago conceito de interesse público, institui preço pelo uso da coisa pública sem qualquer razão que o justifique, senão unicamente com objetivo de aumentar sua arrecadação de forma escusa, atingindo ilegalmente o patrimônio do particular.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar as razões legais e constitucionais que ensejam a possibilidade de cobrança pelo uso de bem público por particular de modo a indicar possíveis parâmetros para a fixação de tais valores.

Para tanto, inicialmente faremos uma explanação acerca do conceito e da classificação dos bens públicos, diferenciando-os segundo a sua afetação ao interesse público.

Posteriormente, analisaremos o modo como se dá a gestão dos bens submetidos ao regime jurídico de direito público quanto ao seu uso por particulares, estabelecendo a distinção entre o uso comum ordinário, o uso comum extraordinário e o uso privativo.

Noutro instante procuraremos identificar os diversos instrumentos de outorga para enfim perquirir sobre as funções, os limites e a natureza da remuneração no caso de uso privativo e no de uso comum.

Por fim, a metodologia utilizada baseou-se em estudo descritivo analítico desenvolvido através de pesquisa, principalmente, bibliográfica, jurisprudencial, com ênfase nos julgados preferidos pelos Tribunais Superiores e Legislativa.

2. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

O Código Civil de 2002, em seu art. 98, estabeleceu que são bens públicos todos aqueles que pertencem ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno, e particulares todos os outros, independentemente da pessoa a que pertencerem¹.

Marçal Justen Filho acrescenta ainda alguns requisitos para se identificar um bem como público². Segundo ele, deve ser atribuída ao Estado a propriedade daqueles bens que sejam necessários ao desempenho das funções públicas, assim como aqueles mercedores de proteção especial, os quais, por seus atributos especiais exigem um regime diferenciado do direito privado. São exemplos desses últimos bens as nascentes das águas e as terras indígenas, cuja preservação da primeira visa assegurar a perpetuação dos homens e da segunda, a cultura aborígene³.

Quanto às possíveis classificações, o art. 99, do Código Civil de 2002, apresenta três modalidades de bens distinguindo-os conforme sua afetação ao interesse público, a saber: a) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; b) os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; c) os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades⁴.

Observa-se que o predito dispositivo da lei oferece apenas exemplos de cada espécie, sem, entretanto, fornecer-lhes os seus fundamentos, o que importa admitir que se transferiu à doutrina o labor de definir conceitualmente cada uma dessas espécies.

¹ Para Hely Lopes Meirelles, “bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 526.

² **Curso de Direito Administrativo**, 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1044.

³ *Ibid.*, p. 1045.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto ao referido critério de classificação, ensina: “O critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos [...]; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; [...] Já se nota, por essas características, um ponto comum – a destinação pública – nas duas primeiras modalidades, e que as diferencia da terceira, sem destinação pública”. **Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 732.

Bens de uso comum do povo ou do domínio público são aqueles abertos à utilização pública concorrente⁵, ou seja, colocados à fruição direta e imediata pelo povo⁶, de modo harmonioso e igualitário⁷.

Aquele uso comum pode ser consoante a destinação própria (ou principal) do bem, sem a imposição de qualquer restrição (calçadas para a circulação de pedestres, *ad exemplum*), ou segundo suas destinações secundárias (praça para realização de eventos culturais, *verbi gratia*).

Tratando-se de bens de uso comum do povo, o Estado tem a possibilidade de gerir, mas não poderá deles dispor, gozar ou alienar como desejar, já que tais tipos de bens devem sempre servir à destinação pública (principal ou secundária).

Entretanto, o Poder Público poderá administrar e proteger esses bens, seja restringindo seu uso, ou até mesmo impedindo-o se tal ação tiver por consequência uma maior proteção do interesse social, devidamente justificado⁸.

Os bens de uso especial ou do patrimônio administrativo são aqueles destinados especialmente à execução de serviços públicos, constituindo o aparelhamento administrativo do Estado voltado à realização dos seus fins, sendo também denominados de bens patrimoniais indisponíveis.

⁵ Diógenes Gasparini assinala que “o uso e gozo desses bens é permitido a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas, ou entre pessoas públicas ou privadas”. **Direito Administrativo**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 884.

⁶ Cf. Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

⁷ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 916.

⁸ Georges Abboud alerta que o ato administrativo não poderá ser justificada a restrição a um direito fundamental sob a justificativa genérica de proteção ao interesse público, que carece de completude de sentido. Nestes termos: “X. A restrição dos direitos fundamentais pode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Nesse cotejo, do ponto de vista prático seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende o interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda justificativa exaustiva por parte do Poder Público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista que terá de demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição. XI. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fático-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível.” *in* Georges Abboud, O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos fundamentais para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 907, pág. 61, maio/2011 | DTR\2011\1443.

De se destacar que enquanto na primeira espécie o bem era destinado, em regra, ao uso de todos, indistintamente, no caso dos bens de uso especial é o próprio Poder Público quem irá utilizá-lo para a consecução de suas atividades administrativas.

José dos Santos Carvalho Filho acrescenta alguns exemplos à lista de bens de uso especial, como: as escolas e universidades públicas; os hospitais; aeroportos; museus; os veículos oficiais utilizados pelos órgãos públicos, dentre outros⁹.

Conforme se observa, por vezes o particular poderá utilizar bem de uso especial, quando estiver usufruindo de serviço público, *exempli gratia*. Entretanto, tal uso deverá observar as condições previamente fixadas pela pessoa pública interessada, como o horário de funcionamento da repartição ou o acesso restrito a certos locais, visando sempre proteger o interesse social.

Imagine-se a hipótese esdrúxula de ingressarem mil pessoas simultaneamente para atendimento em determinada repartição. Por mais que todas tenham direito a um atendimento de celeridade de qualidade, para que a prestação do serviço seja realizada de eficiente, necessário será a imposição de uma limitação, como, por exemplo, a necessidade de se realizar agendamento prévio para o atendimento.

Por fim, **os bens dominicais ou do patrimônio disponível** são aqueles que não possuem uma destinação pública definida, nem um fim administrativo específico. Compõe o patrimônio disponível do Estado, permanecendo à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

Nessa última categoria encontram-se todos aqueles bens que não pertencem às outras acima. Ressalte-se que os bens públicos dominicais, diferentemente dos outros dois, submetem-se a “um regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público”¹⁰.

Marçal Justen Filho atenta que não se pode atualmente vincular o regime jurídico dos bens dominicais ao regime exclusivamente privado, uma vez que o Estado não detém o bem público como um privilégio a ele concedido, mas, a partir do surgimento do Estado de Direito, o bem público deve ser sempre instrumento de efetivação dos direitos fundamentais¹¹.

Portanto, não pode o Estado valer-se de seu bem da forma que lhe aprouver, ainda que componha o seu patrimônio disponível e não esteja voltado à destinação específica. Deve sempre ser considerada a utilidade pública

⁹ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1130.

¹⁰ Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 740.

¹¹ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

daquele bem, mesmo que seja através de sua exploração econômica para o levantamento de fundos voltados ao custeio da Administração.

3. REGIME DE UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A doutrina pátria¹² e estrangeira¹³ reconhece que são diversas as formas de uso dos bens públicos, especialmente os imóveis. Aos estreitos fins deste estudo interessa apenas examinar os modos de uso dos referidos bens públicos pelos particulares em suas diferentes utilidades.

3.1. Uso dos bens públicos por particular

Hodiernamente, a utilização dos bens públicos por particulares é a forma mais adequada para expressar o fim social do bem público. Não se deve mais pensar que o domínio estatal tenha de ser protegido em si mesmo, como ocorria com os bens da coroa real no período da monarquia. Esse domínio estatal necessita sempre ser considerado como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

É nessa perspectiva que Marçal Justen Filho afirma que os bens públicos devem ser utilizados no máximo de seu potencial, devendo a Administração apenas regular tal uso para sempre atender ao seu fim geral, qual seja, o bem-estar de toda a comunidade¹⁴. O citado autor reconhece que há alguns bens que, para uma maior efetivação de direitos fundamentais, melhor seria a não utilização desregrada, ou que o sejam em condições limitadas, mas impedir-lhes o uso não deixa de ser também uma proteção à coletividade em alguns casos¹⁵.

¹² Acerca disso, Ruy Cirne Lima menciona três tipos de “meios de ação” dos bens públicos: “a) postos à disposição de todos os indivíduos; b) postos à disposição de algum ou alguns dos indivíduos, quando, de sua utilização por este possa advir, ou se presume advir proveito geral; c) recusados aos indivíduos, isoladamente ou em coletividade, para serem somente utilizados pela sociedade mesma, por intermédio do estado, ou de outra pessoa administrativa”. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

¹³ Cf. Renato Alessi, **Instituciones de derecho administrativo**, Barcelona, Bosch, 1970, t. I.

¹⁴ Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

¹⁵ “Portanto, pode-se aludir a uma espécie de ‘função social dos bens públicos’ similar àquelas que se reconhece relativamente ao patrimônio privado. A função social dos bens públicos é incompatível com sua ociosidade e implica sua natureza instrumental para a realização dos fins impostos ao Estado. É verdade que, como apontado acima, existem alguns bens cuja fruição é vedada, precisamente porque seu uso conduziria à sua destruição. Excluídos os bens destinados à preservação, todo o restante do patrimônio estatal deve ser explorado de modo mais intenso possível”. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1047.

Em síntese, cabe ao poder público disciplinar o uso, de sorte que este seja feito da forma mais intensa possível, mas mantendo absoluta compatibilidade com sua destinação pública.

O tema abordado comporta divergências doutrinárias, tendo em vista a quantidade de usos variados que são admitidos por cada bem, de modo que cada modalidade de utilização deve ser submetida a regime jurídico diverso, adaptado às características de cada aproveitamento do domínio público.

Essa discepção advinda das possibilidades existentes faz surgir classificações diferentes para cada autor. Entretanto, não será estudada a escolha de cada autor por uma ou outra denominação. O foco dirigirá-se aos princípios básicos utilizados para a fixação de critérios que permitam a distinção do uso e do regime jurídico aplicado à espécie.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica os critérios fundamentais que dão origem às diversas formas de classificação¹⁶. Segundo a autora, dois são os traços necessários para se distinguir o uso realizado. O primeiro deles é o critério da exclusividade ou não do uso combinado à necessidade ou não de título jurídico para seu exercício, o que origina a modalidade do uso privativo e do uso comum. O segundo é o critério da conformidade ou não do uso com o destino principal do bem, permitindo a distinção entre uso normal e anormal.

Nesse ponto, cabe desde já esclarecer que o modo de utilização do bem não se confunde com a espécie de bem em si. Cada um dos bens, de uso comum, especial ou dominical, pode sujeitar-se, ao mesmo tempo, a mais de uma forma de utilização. O bem de uso comum do povo, por exemplo, uma praça, pode ser objeto de uso comum, quando o cidadão realiza caminhadas matinais e, simultaneamente, suporta a utilização privativa do dono de uma banca de revistas naquele mesmo espaço público.

É importante atentar para o seguinte: a denominação “bem de uso comum do povo” não deve conduzir à errônea interpretação de que estes bens apenas poderiam ser alvo de uso comum.

Caso a utilização privativa não prejudique ou impeça a consecução do fim principal a que o bem está afetado, é plenamente possível a simultaneidade do uso, cada qual sujeito a regime jurídico próprio, em concordância com o entendimento esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷.

Nos próximos itens proceder-se-á a descrição das características dos distintos tipos de uso, bem como dos instrumentos necessários à outorga daqueles bens sujeitos ao regime jurídico de direito público, qual seja, bem de uso comum do povo e bem especial.

¹⁶ **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 8.

¹⁷ *Ibid.*, p. 15.

Não será pertinente à presente investigação a análise das modalidades dos títulos constitutivos do uso privativo de bens dominicais no direito brasileiro, uma vez que estes poderão ser objetos de relações jurídicas parcialmente regidas pelo direito privado, como alienação, locação e comodatos.

3.2. Uso Comum Ordinário

Hely Lopes Meirelles ensina que o uso comum ordinário permite a utilização do bem indistintamente por todos os membros da coletividade, sem distinção entre os usuários, que permanecem anônimos e indeterminados¹⁸. A ausência de individualização dos sujeitos gera a consequência de que este uso seja exercido sem privilégios¹⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello ratifica que aquele uso por todos deve sempre ser possível em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, respeitando-se o destino do bem e sendo realizado em condições que não cause uma sobrecarga da coisa pública de maneira invulgar²⁰. Exemplifica-se esse uso quando se observa um cidadão que utiliza a praia para banhar-se, a via pública para caminhar ou um banco de praça para sentar-se.

O referido uso comum ordinário não reclama a expedição de qualquer ato administrativo para ser exercido, e tampouco precisa ser informado previamente à autoridade sobre a intenção de utilizá-lo conforme a destinação principal do bem. Basta que o cidadão dirija-se ao bem e exerça seu uso sem maiores formalidades.

Demais disso, a utilização do bem de uso comum de maneira ordinária sequer pode ter frequência limitada ou remunerada. Para esse uso só se admite regulamentações gerais de ordem pública, sem particularização de pessoas ou categorias sociais. Assim, por exemplo, os carros podem trafegar na rua, mas devem obedecer à sinalização de trânsito.

Como forma de síntese, José dos Santos Carvalho Filho auxilia-nos ao apresentar as seguintes características do uso comum ordinário: “a) a generalidade da utilização do bem; b) a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem; c) a compatibilização do uso com os fins normais a que se destina e d) a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização”²¹.

Qualquer exceção a cada uma das aduzidas regras ao uso comum ordinário fará surgir um uso comum extraordinário.

¹⁸ **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 433.

¹⁹ Nas palavras do citado autor: “Ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégio na utilização do bem: o direito de cada um limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar dos ônus dele resultantes.” *Ibid*, p. 591.

²⁰ **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 916.

²¹ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1149.

3.3. Uso comum extraordinário

O uso comum extraordinário é espécie adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² para denominar aquela utilização que não é exercida de forma exclusiva pelo particular (I), mas que depende do preenchimento de certos requisitos para ser exercida (II), como o pagamento de valor predeterminado ou o consentimento da Administração sob a forma de licença ou autorização de polícia.

Neste átimo cabe uma importante ressalva. Observa-se que a maioria dos autores brasileiros, como Hely Lopes Meirelles²³, José dos Santos Carvalho Filho²⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, não consideram a existência daquela nomenclatura empregada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, incluindo aquilo denominado de “uso comum extraordinário” na definição de uso especial de bens públicos.

Para os mencionados autores, quando o bem é utilizado de modo a imprimir uma sobrecarga em sua utilização normal ou de maneira a causar transtornos ou impedimentos à concorrência igualitária com terceiros, haverá a especialização do uso dos bens, independentemente do uso ser exercido de maneira exclusiva ou não²⁶.

Entretanto, a noção de uso especial não parece a mais adequada à análise proposta. Na verdade, quando o uso especial for executado sem caráter de exclusividade estará configurada uma autêntica hipótese de uso comum, ainda que de maneira extraordinária, uma vez que nestes casos são impostos requisitos prescindíveis ao simples uso ordinário do bem.

Por seu turno, quando for observado o uso especial com exclusividade, tratar-se-á, em verdade, de utilização privativa de bem comum, de modo que se esvazia o conceito de uso especial.

Então, em vez de empregarmos a expressão “uso especial” de modo genérico para caracterizar a utilização sujeita a regras específicas, adotaremos a locução “uso comum extraordinário” ou “uso privativo” à medida que a utilização de bem por particular seja exercida de modo exclusivo ou não, mantendo-se o uso especial para denominar apenas a utilização do bem por seu

²² **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.13.

²³ **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. Ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 592-93.

²⁴ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1129.

²⁵ **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.920-21.

²⁶ No dizer de Hely Lopes Meirelles: “Uso especial é todo aquele que por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. É também uso especial aquele a que a administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento; bem como o que ela mesma faz de seus bens para execução de serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições”. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 593.

próprio titular, ou seja, pela a entidade pública federativa, estadual, distrital ou municipal que detém seu domínio, como é o caso das repartições públicas.

Esclarecido aquele ponto essencial, convém continuar a explanação acerca do modo extraordinário como pode ser realizado o uso comum.

Em algumas situações o uso do bem por algumas pessoas determinadas impõe uma carga excessiva à conservação do bem; em outras a utilização anormal do bem, ou seja, de modo diverso ao seu objetivo principal, conduz a uma limitação no usufruto geral. Não são essas as únicas formas de uso comum excepcional, entretanto os exemplos a seguir ajudam a elucidar o modo como atualmente o uso extraordinário é disciplinado.

Uma primeira situação que podemos citar tem que ver com a necessidade de limitar o acesso de veículos de peso elevado a determinadas vias. Em virtude de uma característica específica, qual seja, seu peso, a circulação de veículos que transportam grandes cargas por algumas estradas pode estar condicionada a um ato de autorização, com supedâneo no poder de polícia estatal²⁷.

Em um segundo exemplo, detectamos a exceção às características do uso comum ordinário quando o uso comum do bem dificulta, de algum modo, o uso normal pela coletividade. É a situação, por exemplo, da realização de protestos, corridas ou festejos nas ruas e praças públicas. Esse uso anormal do bem exige especial autorização administrativa (ato administrativo discricionário, unilateral e precário), uma vez que, prioritariamente, as ruas e as praças públicas destinam-se à circulação das pessoas, a qual será prejudicada momentaneamente pelo evento excepcional. Aqui, o uso feito em dissonância com a finalidade precípua do bem, mas compatível com o interesse público, deve ser disciplinado pelo poder público competente, que deverá garantir a função social do bem público.

Atente-se que, em nenhum dos casos trazidos a lume, o uso é exercido de modo privativo, uma vez que qualquer um que obtenha a autorização ou realize o pagamento exigido poderá utilizar livremente o bem²⁸.

Adiante se constatará que, em virtude da obrigatória presença de instrumento de outorga estatal, no uso privativo o particular poderá privar outra

²⁷ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.13

²⁸ Cabe aqui a explicação do termo “uso livre” trazida por Celso Antônio Bandeira Mello: “Ao se dizer que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização específica de tal ou qual utente. Assim, o pagamento de pedágio, a que se vem aludir, é condição geral inoponível a quaisquer condutores de veículo – e não decisão individual tomada a vista deste ou daquele usuário.” **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 917.

pessoa do direito de exercer igual utilização sobre a mesma parcela do domínio. Não é o que acontece no caso *in examine*. Atendidas às imposições legais, não pode o usuário obstar o uso comum extraordinário do bem a outro.

3.4. Uso privativo

O uso privativo de bem público (ou de parcela dele) por particular é aquele realizado de modo exclusivo por alguém²⁹, de modo a impedir a utilização geral da própria coletividade ou até do poder público pelo tempo no qual persistir o consentimento expresso pela Administração³⁰.

Atente-se que inexistindo direito natural ao uso privativo de bem público, então qualquer indivíduo ou pessoa jurídica poderá obter o uso mediante contrato ou ato unilateral da administração, na forma autorizada por lei.

Por intermédio dos institutos da autorização³¹, permissão³² e concessão de uso³³, será conferido direito subjetivo ao uso do bem privativamente pelo usuário individualmente determinado, que em qualquer caso deverá observar a compatibilidade do uso com a destinação pública do bem.

No uso privativo, o usuário (pessoa física ou jurídica) sai do anonimato característico do uso comum, e, através de ato positivo da administração, usufrui do bem ou de parcela do bem público de modo tal que nenhum outro sujeito consiga retirar o mesmo proveito.

Ao poder público cabe inicialmente consentir o uso, mediante verificação de que este não conflitará com o interesse público e, posteriormente, fiscalizar a utilização privativa, com base no poder de polícia, com o fito de averiguar se estão sendo cumpridos todos os termos fixados no ato de outorga.

Para haver utilização privativa, portanto, essencial a presença destes dois requisitos, qual seja, a **exclusividade no uso do bem**, não admitindo a concorrência do uso com outras pessoas, e a **existência de outorga estatal expressa**, individualizando os sujeitos que utilizarão daquela parcela dominial após averiguação da finalidade a que o bem originalmente se destina.

Por fim, quaisquer bens podem ser objetos de uso privativo. Suponha-se, para exemplificar, o consentimento dado a um dono de uma barraca de praia para utilizar privativamente aquele espaço onde constrói o seu estabelecimento; ou certo espaço de cemitério público utilizado por determinado

²⁹ Cf. Diogo Freitas do Amaral, **A utilização do Domínio Público Pelos Particulares**, Coimbra, 1965.

³⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 14.

³¹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 770.

³² *Ibid.* p. 771.

³³ *Ibid.* p. 771-2.

corpo; ou, ainda, um prédio desativado cujo um uso privativo é autorizado pelo Estado. Estão aí exemplos de bem de uso comum do povo, de uso especial e de uso dominical.

Adiante se discorre rapidamente acerca dos tipos e características dos instrumentos de outorga, descrevendo as limitações e formas de obtenção de título para uso privativo de bem público. Entretanto, para facilitar a compreensão do motivo pelo qual são adotados diferentes regimes para cada forma de uso privativo, importante conhecer outra classificação relacionada à gestão dos bens públicos.

3.5. Uso normal e anormal

O critério para considerar se o uso de bem público enquadra-se como normal ou anormal é a destinação principal do bem. Mesmo admitindo que um único bem possa atender à demanda pública de diversas formas, sempre se admite visualizar uma finalidade principal que dificilmente seria atingida sem a utilização do bem público.

É importante ressaltar que aquela classificação não é excludente da outra apresentada anteriormente, mas ao contrário, complementa-a. Tanto o uso comum quanto o uso privativo de bens públicos podem ser exercidos de modo normal ou anormal³⁴, o que nos permite referir a uso comum normal, uso comum anormal, uso privativo normal e uso privativo anormal.

O uso normal apenas requer consentimento estatal quando se tratar de uso exclusivo de bem público por particular, uma vez que a concordância com a utilização privativa exclui idêntico benefício para outrem, gerando uma situação de desigualdade no usufruto do bem. Aqui, tal utilização ocorre segundo o destino ordinário do bem, atendendo necessariamente aos fins públicos, razão pela qual sua outorga pode ser feita por instrumento mais estável (concessão de uso, *ad exemplum*). Nos cemitérios públicos, por exemplo, o uso normal já pressupõe uma exclusividade no uso.

Já o uso anormal sempre depende da manifestação discricionária do poder público, seja ele uso comum, por meio de atos de polícia, ou uso privativo, por intermédio de instrumentos de autorização ou permissão de uso de bem

³⁴ Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro: “Se uma rua está aberta à circulação, tem-se o **uso comum normal**; supondo-se que esta mesma rua seja utilizada, em período determinado, para a realização de festejos, comemorações, desfiles, temos o *uso comum anormal*, pois esses não são os fins a que normalmente se destinam tais bens; a utilização anormal, neste caso, exige especial autorização de polícia. Por outro lado, quando uma pessoa obtém permissão para ocupar um Box em mercado público, tem-se o *uso privativo normal*, já que essa é a finalidade precípua do bem; no entanto, se a permissão visa à instalação de terraço de café sobre a calçada, o **uso privativo passa a ser anormal**” (grifos nossos). **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 15.

público, uma vez que o Estado deve averiguar se tal uso não impede ou prejudica a afetação principal do bem.³⁵

Atualmente, com os diversos tipos de uso que podem ser realizados em cada bem, mostra-se cada vez mais difícil distinguir o que seria a afetação principal e a destinação acessória do bem. Contudo, não se deve olvidar que a finalidade máxima do bem público é ser um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais concedidos através da Carta Magna.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro³⁶, à medida que o desempenho da atividade do particular, pela utilização do bem, trazer maiores benefícios à coletividade, ou seja, efetivar de modo mais completo os direitos básicos dos cidadãos, mais aquele bem público desempenhará a sua destinação principal, e, portanto, em caso de uso comum, não será necessário consentimento estatal prévio e, na hipótese de uso privativo, mais estabilidade poderá ser conferida ao particular quando do ato de outorga³⁷.

4. INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE OUTORGA³⁸

O deferimento de um instrumento de outorga ao uso privativo da coisa pública pelo particular não depende da escolha aleatória da Administração, mas, ao contrário deve se relacionar com o tipo de uso que se faz do bem. Quanto maior o interesse particular, mais precário e transitório será o ato de consentimento da Administração³⁹.

³⁵ Em que pese a escolha da administração ser discricionária não significa que, por isso, esta não deva atender a determinados critérios para sua legitimidade. Segundo Juarez Freitas, sob pena de ferir o direito fundamental à boa administração pública, direito advindo, por sua vez, do dever de cidadania instituído no Estado Constitucional, [...] “as escolhas administrativas serão legítimas se — e somente se — forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.” (FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista Nomos*, Fortaleza, vol. 35, n.01, 2015, p. 6).

³⁶ *Ibid*, p. 27.

³⁷ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 26-27.

³⁸ Convém assinalar que há autores que admitem a adoção de formas jurídicas de direito privado para a atribuição de uso privativo de bem público pelo particular, especialmente em se tratando de bem dominical. A esse respeito, José dos Santos Carvalho Filho, ao mesmo tempo em que recomenda que a Administração dê preferência aos instrumentos próprios do direito público, reconhece a inexistência de entraves jurídicos ao emprego de institutos do direito privado, devendo, em todos os casos, a eleição pelo Poder Público ser guiada pelo interesse público. *In Manual de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo, Atlas, 2012.

³⁹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 26.

De fato, o grau de estabilidade de cada instrumento de outorga é a principal distinção de suas três espécies: a autorização de uso, a permissão de uso e a concessão de uso⁴⁰.

De modo resumido, pode-se afirmar que a autorização de uso e a permissão de uso são atos administrativos precários emitidos de modo unilateral pela Administração⁴¹, que, avaliando a conveniência e a oportunidade, concederá parcela de seu domínio público ao uso privativo por particular determinado. Tanto a autorização quanto a permissão de uso, em geral, são expedidas sem a fixação de prazo certo para o seu fim.

Contudo, em virtude de a autorização ser utilizada para atender uso primordialmente privado, costuma ser mais precária que a permissão, a qual é emitida quando há uma conjugação do interesse privado com o interesse público.

É exemplo de autorização de uso de bem público o ato necessário para o isolamento de uma área da praia para a realização de casamento fechado, e de permissão de uso o ato que permite o uso da calçada em frente a uma sorveteria para colocação de mesas.

Já a concessão de uso é um contrato administrativo firmado entre o particular e a Administração, que concederá parcela de seu domínio público ao uso privativo por particular para que este a exerça conforme sua destinação⁴². Por tratar-se de contrato de direito público⁴³, é ato bilateral, diferenciando-se dos outros dois instrumentos expostos acima, que são atos unilaterais.

Naquele aduzido tipo de consentimento (concessão de uso) atende-se prioritariamente o interesse público em detrimento do interesse particular,

⁴⁰ Consoante ensina Maria Sylvania Di Pietro: “No Direito brasileiro, a **autorização de uso** é, em regra, a **forma mais precária de utilização privativa de bem público**, por ser outorgada para atender ao interesse predominantemente particular; e a **concessão** é a **mais estável**, porque outorgada para que o uso se estabeleça em consonância com a finalidade do bem ou para que sobre ele a concessionária exerça a atividade de utilidade pública. A **permissão** é a **modalidade intermediária, admitindo, por sua vez, diferentes graus de precariedade, que vão desde a transitoriedade e a instabilidade** que a aproximam a meros atos de tolerância, até a estabilidade, que a aproxima da concessão de uso. Com efeito, em muitos casos, embora a Administração outorgue o seu consentimento mediante permissão precária, o uso se reveste de certa estabilidade relativa, quer pela natureza da atividade a ser desempenhada [...] quer pelo custo elevado das instalações que o uso consentido acarreta ao particular, hipóteses em que normalmente se fixam condições para que a revogação unilateral possa efetivar-se, reduzindo-se, deste modo, a discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, a precariedade do uso” (grifos nossos). **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 27.

⁴¹ Cf. José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1156-60.

⁴² Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 86.

⁴³ *Ibid.* p.87.

motivo pelo qual o contrato possui prazo previamente fixado⁴⁴, o que confere maior estabilidade à concessão.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem”⁴⁵, como ocorre no caso do uso dos box de mercado ou de cemitérios, por exemplo.

Aquela estabilidade adicional aos contratos de concessão é essencial para atrair o particular à utilização privativa do bem, exercendo a atividade pública desejada pela coletividade. Para ter tempo de ressarcir-se e lucrar com os investimentos realizados, não pode a Administração, sem o pagamento da devida indenização, extinguir a concessão antes de finalizado o limite proposto.

É um exemplo de concessão de uso de bem público as áreas aeroportuárias destinadas a serviços auxiliares que interessem diretamente às concessionárias de serviço aéreo.

Finalmente, para José dos Santos Carvalho Filho, com quem nos pomos de acordo, sempre que for possível, deve-se realizar procedimento licitatório para deferimento da permissão de uso, evitando-se favorecimentos pessoais na escolha⁴⁶. No caso da concessão, por se tratar de contrato administrativo, este deve ser sempre precedido de licitação, em virtude da exigência constitucional insculpida no art. 37, inciso XXI.

Em tempo: na situação da autorização de uso, por se tratar de instrumento extremamente precário, o entendimento majoritário entende prescindível o procedimento aludido para utilização do bem.

5. DA REMUNERAÇÃO PELO USO PRIVATIVO DE BENS PÚBLICOS

Inicialmente, quanto ao uso privativo, é mais evidente a possibilidade de imposição de contraprestação financeira em virtude do uso exclusivo do bem público, especialmente quando este não é exercido segundo a destinação principal do bem, ou seja, de modo anormal.

Marçal Justen Filho afirma que a jurisprudência segue no sentido de admitir que tal valor apenas poderá ser exigido no caso de o uso do bem ser meio para geração de riquezas ao particular, através do exercício de atividade

⁴⁴ José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1161.

⁴⁵ **Direito Administrativo**. 23 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 698.

⁴⁶ **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1160.

empresarial⁴⁷. Tal remuneração possuiria, então, primordialmente a função de redistribuição de renda, uma vez que não seria justo que o particular obtivesse recursos extras através do uso exclusivo de bem do domínio público estatal sem qualquer contraprestação ao ente público titular do bem, e, conseqüentemente, a todos os cidadãos que este representa.

Ainda de acordo com o referido autor, o fundamento jurídico da cobrança pelo uso privativo seria, portanto, a isonomia, a qual exigiria que o sujeito que obtém um benefício diferenciado seja onerado de modo específico proporcionalmente à intensidade dos privilégios auferidos⁴⁸.

Entretanto, nos casos em que o uso privativo do bem público seja imprescindível para a prestação de serviços públicos, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que seria impossível a realização da referida cobrança⁴⁹. Essa Corte Superior adota como justificativa a inexistência de serviço público específico e divisível e do exercício do poder de polícia estatal a ensejar a cobrança de taxa (I)⁵⁰ e a ausência de serviços públicos de natureza comercial e industrial a resultar na possibilidade de cobrança de tarifas (II)⁵¹, de modo que a exigência de valores pelo uso privativo de bem público seria impraticável.

⁴⁷ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1080.

⁴⁸ *Ibid.* p. 1081.

⁴⁹ Cf. Resp. 802.428/SP, Primeiro Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 25/5/2006.

⁵⁰ "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. PREÇO PÚBLICO. USO DE BEM PÚBLICO. CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. **A intitulada "taxa", cobrada pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitem a prestação dos serviços de telecomunicações, não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia, além do fato de que somente se justificaria a cobrança como "preço" se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie.** Precedentes da Corte: Resp 802.428/SP, DJ 25.05.2006; Resp 694.684/RS, DJ 13.03.2006; RMS 12.258/SE, DJ 05.08.2002; RMS 11.910/SE, DJ 03.06.2002; RMS 12081/SE, DJ 10.09.2001. 2. Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por concessionária de serviço público de telefonia fixa, contra ato de Secretário da Fazenda Municipal, consubstanciado na cobrança de retribuição pecuniária mensal, instituída pela Lei Municipal nº 1964/01, editada em 31.12.2001, pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento da prestação dos serviços de telecomunicações. [...] 4. Recurso especial provido" (g.n.). STJ, REsp 881937/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14/4/2008.

⁵¹ "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REMUNERAÇÃO MENSAL PELO USO DAS VIAS PÚBLICAS INSTITUÍDA POR LEI MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. 1. [...] 2. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por concessionária de serviço público de telefonia contra ato do Secretário Municipal da Fazenda do Município de Porto Alegre/RS, em razão da exigência, nos termos do art. 4º da Lei Municipal 8.712/2001, de pagamento de remuneração mensal pelo uso das vias públicas para instalação de seus equipamentos de telecomunicações. 3. O Tribunal a quo posicionou-se na compreensão de que a discutida remuneração é destituída da natureza

Kiyoshi Harada critica o fundamento das decisões do STJ, afirmando que este tribunal adotou uma concepção antiga quanto às receitas originárias⁵². No início dos estudos de direito financeiro, tais receitas apenas eram divididas em tarifas advindas da prestação de serviço público facultativo ou do desenvolvimento de atividade comercial ou industrial pelo poder público. Consoante o mencionado jurista, os ministros parecem não ter atentado para a possibilidade de percepção de preço público em virtude da exploração de bens públicos⁵³, a qual foi legalmente instituída a partir do advento da Lei nº 4.320, de 17-3-1964, que prevê Normas Gerais de Direito Financeiro.

De fato, o §4º do artigo 11, da Lei nº 4.320/64, explicita a possibilidade de o Estado auferir não apenas receitas industriais, comerciais e de serviços, mas também receitas patrimoniais, podendo ser originadas simplesmente do uso de bem público por particular⁵⁴.

Desse modo, o que se percebe nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça é uma exceção à possibilidade de cobrança de preço pela utilização privativa de bem de uso comum do povo em virtude de este ser essencial para a prestação do serviço público, e não pela impossibilidade legal de fazê-lo. Com tal entendimento, apenas se assume que não pode ser imposto um ônus à concessionária que, através de sua atividade, conferirá uma comodidade a toda coletividade.

jurídica de taxa, uma vez que não há, por parte do Município, o exercício do poder de polícia, nem a prestação de quaisquer serviços públicos. Concluiu, por outro lado, que, em se tratando "de remuneração pelo uso da propriedade de bens públicos, como é o caso, fica evidente tratar-se de preço público" (fl. 572). **4. Ocorre que, contrariamente ao que decidiu a Corte de origem, tampouco se cogita natureza jurídica de preço público, pois a cobrança deste derivaria de serviço de caráter comercial ou industrial prestado pela Administração. Hipótese que não se vislumbra no presente caso, que trata tão-somente de utilização das vias públicas para a prestação de serviço em favor da coletividade, qual seja a telefonia. Precedentes do STJ.** 5. Evidente, portanto, a ilegitimidade da cobrança da remuneração prevista na Lei 8.712/2001 do Município de Porto Alegre/RS, por carecer de natureza jurídica de taxa ou de preço público. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (g.n.). STJ, REsp 897296/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 31/08/2009.

⁵² **Utilização de subsolo municipal para abertura de túnel interligando os prédios situados ao longo das vias públicas. Viabilidade Jurídica.** Parecer, São Paulo, 2011, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031754.pdf>, acessado em 08.07.2015, p. 13.

⁵³ *Ibid.* p. 13.

⁵⁴ Acerca do conceito de tais receitas, Kiyoshi Harada explica: "(...) As receitas patrimoniais, como o próprio nome está indicando, são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado. [...] As rendas do patrimônio imobiliário, no âmbito municipal, são as representadas pela exploração econômica do bem público, como as vias públicas e os respectivos subsolos: [...] autorização de uso da calçada para colocação de mesas e cadeiras diante de bares e restaurantes; autorização, permissão e concessão real de uso de bens públicos de natureza dominical, permissão de passagem de pedestres através de túnel executado no subsolo etc. Outrossim, os bens públicos de natureza dominical podem até serem alienados para o fim de obtenção de receita pública originária". **Direito Financeiro e Tributário**, 14. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

Considerando ainda que no caso ora discutido valores eventualmente cobrados a título de uso do bem público seriam naturalmente repassados aos usuários do serviço, por meio do acréscimo no valor tarifa, a remuneração com fundamento na redistribuição pública de riquezas perderia seu sentido, tornando-se assim inapropriada.

No mesmo sentido, Alkimin Júnior é outro que sustenta a possibilidade de retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionária de serviços públicos⁵⁵.

Pelo exposto, tem-se que a remuneração pelo uso privativo de bem público tem natureza de preço público. Em verdade, não poderia ser taxa, uma vez que a Constituição Federal sequer prevê a possibilidade desta espécie tributária para o caso de contraprestação pelo uso de bem público.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro acrescenta o argumento de que não poderia se tratar de tributo, pois, apesar de ter regime jurídico de direito público, o preço exigido não é compulsório, mas simplesmente contraprestacional, exigido em decorrência de um uso voluntário e privativo de um bem público⁵⁶.

Acrescenta a autora ainda que, às vezes, pode haver a incidência de taxa sobre o uso privativo. Entretanto, isso decorre do exercício de atividade do particular sujeita à autorização estatal, e não da retribuição do uso em si, a qual pode ser fixada independentemente de eventual cobrança de taxa⁵⁷. Serio o caso, por exemplo, do pagamento de eventual taxa para expedição de licença com a finalidade de possibilitar a afixação de material publicitário na via pública. Nessa situação, poderia ser cobrada a taxa de polícia para a expedição da licença e o preço pelo uso privativo da via.

Resumindo: admite-se a cobrança de preço público pela utilização privativa de bens públicos, especialmente se o uso é feito prioritariamente no interesse privado do particular ou se, mesmo existindo interesses públicos e privados, o uso tiver o condão de se prolongar no tempo, de modo a conferir um benefício financeiro considerável a uma só pessoa determinada⁵⁸.

⁵⁵ **Retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionárias**, artigo, Brasília, 2012, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,retribuicao-pecuniaria-pelo-uso-privativo-de-bem-publico-por-concessionarias,47492.html>, acessado em 11.10.2014.

⁵⁶ “Ela (a contribuição pecuniária) é não compulsória (e nisto se distingue fundamentalmente da taxa), porque somente imposta aos que efetivamente se utilizam, com exclusividade, de bem público, mediante título jurídico emitido pela Administração”. **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 54.

⁵⁷ Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Uso Privativo de Bem Público por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 53.

⁵⁸ Confira-se a seguinte orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto: “Na doutrina alienígena e brasileira há fartíssima referência à possibilidade de haver uso comum remunerado. Cifremo-nos aos autores nacionais. Maria Sylvania Zanella Di Pietro refere o citado art. 68 e diz que o uso comum ‘é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado’. Diógenes Gasparini, que também refere o preceptivo mencionado do Código Civil, averba que

Contudo, na hipótese de o uso privativo do bem for condição indispensável para promover a prestação de serviço público por concessionária, o valor é inexigível em prol da modicidade das tarifas.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que o *quantum* da contraprestação deve ser fixado unilateralmente pelo próprio poder concedente no ato administrativo próprio da outorga, podendo igualmente também ser objeto de ajuste entre os contratantes na concessão de uso celebrada entre a administração e particular.

O limite do valor exigido, segundo Marçal Justen Filho, deve ser sempre “o mínimo necessário ao atendimento dos fins buscados pelo Estado”⁵⁹. Arremata ainda o publicista que não pode o ente público fixar uma remuneração tão elevada que iniba o livre exercício das atividades econômicas, ferindo o art. 170, parágrafo único da Constituição Federal⁶⁰.

E mais: a predita remuneração pelo uso privativo de bem público pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive sobre eventual uso anterior gratuito, uma vez que ao beneficiário não cabe invocar a existência de um direito adquirido àquela gratuidade.

Proceder-se-á agora às considerações acerca da remuneração em virtude do uso comum extraordinário, as quais divergem dos apontamentos ora realizados.

tal uso é ‘quase sempre gracioso’ – o que bem demonstra que nem sempre o é. Sérgio de Andréa Ferreira anota: ‘Já foi acentuado que pode o uso comum ser gratuito ou remunerado (CC, art. 68), surgindo as taxas de pedágio, de estacionamento etc’. Diogo de Figueiredo Moreira Neto preleciona: ‘A utilização comum, como indica a expressão, é a que é franqueada a todos, indistintamente, como sucede, em geral, com as ruas, estradas, avenidas, praias, mares, rios navegáveis etc. Esta liberdade de utilização poderá estar, não obstante, sujeita a uma condição, como o pagamento de um pedágio, para estradas’. Eis, pois, que, se até o uso comum de bem de uso comum pode ser remunerado, a fortiori, seu uso especial também pode sê-lo. E, como ocorre no caso sub consulta, se alguém pretende dele extrair um proveito estranho ao que é propiciado por sua destinação própria, é mais do que natural que o senhor do bem ou quem haja sido qualificado para extrair-lhe os proveitos cobre dos interessados um valor pela serventia que lhes virá a proporcionar. Seria até surpreendente que uma empresa privada pretendesse valer-se de bem alheio em busca de vantagens estranhas ao destino deste bem supondo que seu titular ou quem estivesse juridicamente titulado para explorá-lo devesse outorgar graciosamente as vantagens a serem por ela captadas. (...) Dita cobrança não tem natureza tributária, qualificando-se, antes, como um preço. Sua índole não é ressarcitória de transtornos ou despesas, mas remuneratória, consistindo em uma contrapartida da utilidade que dita passagem subterrânea oferece aos concessionários que dela se beneficiam”. **Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança**, in RTDP 31, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 90-96.

⁵⁹ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1084.

⁶⁰ *Ibid.* p. 1084.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO PELO USO COMUM EXTRAORDINÁRIO

Quanto à possibilidade da exigência de remuneração pelo uso comum de bem público, tal hipótese se apresenta legalmente constituída no art. 103 do atual Código Civil, que repetindo o artigo 68 do Código de 1916, dispõe: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, **conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem**” (grifo nosso).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, interpretando aquele dispositivo, afirma que não deixa o uso de ser comum apenas porque há a exigência de retribuição, a qual deverá ser estabelecida apenas excepcionalmente⁶¹. Assim, o uso comum, apesar de remunerado, manteria “*a característica de utilização anônima, uti universi, igual para todos e independente de consentimento da administração*”⁶², perdendo apenas a caráter de ordinário ou normal, transmutando-se assim em um uso comum extraordinário, conforme já descrito no tópico 3.2.2.

Carvalho Filho, por sua vez, lembra-nos que tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos ao uso remunerado do bem⁶³. Atente-se que esse autor agrupa como uso especial tanto o uso específico por alguém como o uso exercido mediante remuneração, não utilizando a classificação de uso comum extraordinário, conforme já explicitado em momento anterior.

No caso da remuneração exigida a título de pedágio para aqueles que desejam utilizar as vias conservadas direta ou indiretamente pelo poder público, o valor cobrado dos usuários é destinado ao serviço de aprimoramento das estradas que apresentam condições especiais, quais sejam, vias expressas de alta velocidade e segurança. As rodovias permanecem abertas à utilização de todos, porém, quem decidir utilizá-las, por usufruir de condições mais vantajosas de tráfego, deverá pagar a tarifa como contraprestação do serviço oferecido indiretamente pela Administração, conforme recentemente decidido pelo STF⁶⁴.

Percebe-se que o segundo exemplo indicado pelo aduzido autor também apresenta a remuneração como contraprestação a ser paga por aquele que gera despesa necessária à construção ou manutenção do bem público. Na realidade, não se paga para simplesmente utilizar um bem, uma vez que esse uso é feito de modo concorrente com os demais, não se auferindo qualquer vantagem diferenciada. O pagamento aqui se dá porque aquela atuação específica

⁶¹ **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 10.

⁶² *Ibid.* p. 10.

⁶³ “O pagamento de pedágios em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencente ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de uso especial sujeito a uso especial”. **Manual de Direito Administrativo**, 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 1184.

⁶⁴ ADI 800/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, julgado em 11/6/2014, Info 750.

do particular gerará despesas ao Estado, que necessitará, por sua vez, prestar serviços para manter ou conservar os bens utilizados.

No caso do museu público pode ser cobrado um valor na entrada porquanto o uso do bem público por particulares gera a necessidade de manutenção e limpeza. O mesmo entendimento pode ser empregado com relação ao pedágio. Não se paga pelo simples uso da estrada, mas pelo serviço de conservação prestado.

Marçal Justen Filho afirma que a função da remuneração além de redistributiva, no caso de uso privativo, pode ser ainda compensatória ou regulatória, sendo que uma função não exclui a outra, podendo uma mesma remuneração ter funções diversas⁶⁵.

A função compensatória já foi aludida anteriormente. Visa a compensar o Estado pelas despesas necessárias à implantação ou à manutenção dos bens públicos. Os exemplos trazidos por Marçal Justen Filho, no caso da remuneração pelo uso extraordinário, são os seguintes: a cobrança de preço em parque público; o pagamento de valores para a recuperação de rodovias e aeroportos pelos usuários dos respectivos bens, e a contraprestação devida pelo motorista de transporte que acarreta desgaste extraordinário ao bem público.

Entretanto, nenhum dos exemplos trazidos é capaz de vincular a remuneração pelo uso comum ao uso do bem em si, mas sempre a uma atividade acessória, que é indispensável para amenizar a atuação diferenciada que o particular exerce sobre este bem, ou até mesmo a atuação comum que o particular exerce sobre um bem situado em condições diferenciadas.

No primeiro caso dos exemplos citados acima, o valor pago será destinado aos mesmos serviços apontados no caso do museu; no segundo, será realizado o pagamento para o serviço de recuperação dos bens, e no terceiro, o valor será pago para possibilitar serviço de manutenção da via.

Porém, em nenhuma das situações alvitadas visualiza-se a remuneração apenas pelo próprio uso comum de bem público. Apesar da disposição legal do Código Civil parecer atribuir tal possibilidade de remuneração pelo simples uso, na prática a cobrança nestes moldes parece ser inexigível, uma vez que limitaria o usufruto do bem comum sem qualquer justificativa para tanto, diferentemente do que ocorre no uso privativo de bem público quando o princípio da isonomia exige tal retribuição pelo simples benefício consubstanciado na utilização privativa de um bem.

Com isto não se quer dizer que os ingressos aos parques públicos e museus devam ser todos gratuitos, ou então que é impossível a cobrança de pe-

⁶⁵ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1082.

dágios. Apenas se quer ressaltar a justificativa dessas remunerações. Elas surgem não em razão da simples utilização comum do bem, mas sim da necessidade que a Administração tem de ressarcir-se pela prestação de atividades essenciais para possibilitar o uso do bem público conforme o interesse coletivo.

Em outras palavras: caso o uso comum de bem público por particular possa ocorrer conforme demanda o interesse social, sem a necessidade de uma atuação estatal específica, o uso apenas poderá ser ordinário, e, portanto, livre e gratuito. O uso extraordinário remunerado pressupõe essa atuação ativa do Estado para cobrar os valores essenciais aos serviços necessários para o uso do bem.

Marçal Justen Filho afirma que há ainda outra função para a remuneração pelo uso do bem público, qual seja, a função regulatória, que visa controlar a utilização de bens públicos por particulares através do valor exigido⁶⁶.

Tal função, todavia, é meramente acessória. É certo que quando se cobra pedágio pelo uso das vias, há um desincentivo ao tráfego desnecessário de veículos por aquela região. Entretanto, na hipótese de não haver aquela prestação do serviço de conservação das estradas, a cobrança de tais valores seria impossível, pois não haveria qualquer justificativa para a remuneração pelo uso não exclusivo de bem público.

Desse modo, defende-se que o valor instituído eventualmente pelo uso comum de bem público deverá ser calculado pela Administração proporcionalmente aos serviços prestados para possibilitar a utilização do bem conforme o interesse social, considerando-se apenas acessoriamente os efeitos regulatórios que tais valores poderão ter sobre a intensidade do uso do bem.

Não é este o entendimento do tributarista Hadara, o qual defende o poder-dever de o Ente estatal explorar economicamente seus próprios bens, ainda que se trate de bem de uso comum do povo, conforme interpretação do artigo 103 do Código Civil. O autor afirma ainda que, mesmo na ausência total de serviços públicos prestados, a exigência unilateral de preço pela simples outorga de uso da via pública, por meio da zona azul, por exemplo, é possível.

Não obstante o entendimento do autor, a interpretação conferida por este ao artigo 103 do Código Civil, que cuida da possibilidade de exigência de retribuição pelo uso comum de bens públicos, é deveras abrangente. Defende-se que o pagamento mencionado apenas poderá ser exigido quando o uso comum ensejar a necessidade de uma atuação estatal voltada a possibilitar o uso

⁶⁶ “Trata-se de adoção de mecanismos econômicos para promover o acesso dos interessados a utilidades limitadas. Ao fixar um preço, a Administração desincentiva um consumo desnecessário. Nesse caso, a finalidade buscada com a fixação de uma remuneração é restringir os excessos”. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1083.

do bem público de acordo com o interesse social, de modo que o valor arrecadado será destinado para a manutenção do bem utilizado.

A Constituição de 1988 conferiu titularidade dos bens públicos aos entes federativos para que estes pudessem geri-los de modo a conferir máxima efetividade à proteção dos direitos fundamentais. É neste contexto que o Estado não é proprietário, em sentido estrito, de seus bens, não podendo dispor destes do modo como bem entender, mas devendo sempre atuar de modo a proteger prioritariamente o direito fundamental que se manifeste proporcionalmente mais relevante naquele momento.

Tratando-se, portanto, de bem de uso comum do povo, cuja natureza pressupõe um uso indiscriminado por toda a coletividade, não é possível a cobrança de preço pelo uso deste bem sem que isto esteja fundamentado necessidade de guardar outro direito fundamental, como a conservação da propriedade pública, por exemplo.

Impossível, no entanto, defender a tese de Harada de que seria possível a exigência da cobrança pelo uso de bens públicos regidos pelo direito público com o fim eminentemente arrecadatório, para o ente público atingir seus variados fins.

Ocorre que, mesmo que o Estado sofra problemas financeiros, uma cobrança indiscriminada pelo uso normal e não exclusivo de bens de uso comum do povo somente poderia ser realizada mediante a instituição de um novo imposto, cujo fato gerador fosse: “utilizar um bem X”, o qual, por sua vez, deveria obedecer às limitações constitucionais tributárias, se fosse o caso.

Não se justifica, portanto, o pagamento por um bem de uso comum do povo simplesmente para sua utilização normal sem exclusividade, senão apenas para ressarcir o Estado/Município da despesa extra que a presença do particular impõe àquele bem público de características especiais, como é o caso, por exemplo, da cobrança pela utilização de estacionamentos em vias públicas nos locais de grande demanda. Nestes locais de estacionamento regulamentado, o uso pelo particular, ainda que sem instrumento de outorga e, portanto, realizado de modo não privativo, requer um aparato estatal que torne aquele disputado espaço público na via rotativo, de modo a garantir a utilização do espaço público pelo maior número de motoristas possíveis. Por isso, defende-se, neste caso ser possível a instituição de preço pelo uso de bem público em valor proporcional ao custo do serviço necessário para proporcionar o acesso do bem de modo mais igualitário a todos os outros.

Acerca do modo de instituição deste tipo de cobrança, como não há necessidade de ato de outorga para o uso comum, o artigo 103 do Código Civil cuidou de disciplinar que a entidade titular e responsável pela administração do bem deve fixar unilateralmente, mediante lei, as condições para a exigência de valores originados em virtude de encargos especiais provenientes do uso

comum por alguns particulares. A estes últimos cabe apenas aderir às condições dispostas ou recusá-las, buscando sanar suas necessidades de outra forma que não seja utilizando aquele bem.

Também nesse caso as quantias cobradas, a título de uso comum extraordinário de bem público, possuem a natureza jurídica de preço público, pois a Constituição Federal de 1988 não admite a existência de taxa pelo uso de bem público, reservando-a ao ressarcimento de serviços públicos específicos e divisíveis ou ao efetivo exercício do poder de polícia, apenas.

O Supremo Tribunal Federal em posicionamento acerca da matéria também ratificou que é imprescindível a edição de lei municipal para o início da cobrança pelo uso comum extraordinário de bem público.⁶⁷

O preço deve, portanto, observar o princípio da legalidade, entretanto, conforme lecionado por Justen Filho, não significa que todos os valores devam ser necessariamente fixados por meio de atos legislativos. “O que se exige é que uma lei tenha autorizado a instituição da remuneração, fixando os parâmetros genéricos para a determinação de seu valor.”⁶⁸

Deste modo, a existência de limites mínimos e máximos dos valores possíveis de serem cobrados deverá ser fixados em lei, bem como a existência de critérios objetivos, como a descrição dos serviços realizados para a conservação bem, se for o caso, de modo a evitar que poder público lucre demasiadamente em detrimento dos particulares, sob a argumentação genérica de necessidade de proteção ao interesse público sem que haja parâmetros bem definidos para aferir o que significa esse interesse no caso concreto.

7. CONCLUSÃO

O uso do bem público por particulares não só é constitucionalmente válido, mas também deve sempre constituir-se em um meio de efetivação dos direitos fundamentais, através de um uso orientado sempre à busca do interesse social prevalecente naquele caso concreto, que deverá ser exaustivamente fundamentado.

⁶⁷ “Não se nega, por igual, aos Municípios, o direito de fixarem o local de estacionamento de seus veículos, de acordo com o Código Nacional de Trânsito (art. 46), porque diz respeito à administração de seu peculiar interesse, nem que o faça por intermédio de uma sociedade de economia mista. Porém, **para que se exija do indivíduo uma contraprestação pelo estacionamento em bens de uso comum do povo, é necessário que uma lei expressamente o autorize, estabelecendo os critérios para a fixação e a alteração das tarifas.** De outro modo, entregariamos o cidadão ao puro alvedrio das administrações públicas.” (RE Nº 105.201-5/RJ, Relator Ministro Cordeiro Guerra, STF- 2ª Turma, julgado em 27/8/1985, grifo nosso).

⁶⁸ Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1084.

Quanto à remuneração pela referida utilização, esta deve atender a alguns requisitos para que seja exigida, a saber: a) o bem tem de ser utilizado privativamente por particular, em atendimento ao princípio da isonomia, à exceção daqueles bens imprescindíveis de utilização pela concessionária para a prestação de serviço público, dada a necessidade de manter a modicidade das tarifas; b) o particular deve auferir vantagem privada com o uso do bem; e, c) caso o bem seja utilizado através de uso comum extraordinário, deve o uso do bem por aquele particular específico proporcionar um uso anormal do bem, necessitando de ressarcimento para mantê-lo apto ao uso por todos.

Sendo assim, não pode o poder público instituir preços públicos pelo uso dos bens sempre que vise arrecadar mais, encontrando o limite das fixações dos seus valores na proporção do ganho experimentado por particular que utiliza privativamente o bem público, assim como no montante necessário para garantir a manutenção do bom estado de conservação da coisa pública no caso de uso comum extraordinário.

Caso a instituição dos preços pelo uso dos bens submetido ao regime de direito público não obedeça àqueles apontados limites, os quais devem estar previamente definidos em lei nos casos de bem de uso comum, ou no ato de outorga, na hipótese de uso privativo, variando de acordo com o tipo de precariedade do ato, não deve se considerar justificada a exigência de remuneração pela utilização de tais bens públicos.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**, Barcelona, Bosch, 1970, t. I.

AMARAL, Diogo Freitas do. **A utilização do Domínio Público Pelos Particulares**, Coimbra, 1965.

ALKIMIM JÚNIOR, Washington Cardoso. **Retribuição pecuniária pelo uso privativo de bem público por concessionárias**. Artigo. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,retribuicao-pecuniaria-pelo-uso-privativo-de-bem-publico-por-concessionarias,47492.html>, acessado em 11.10.2014.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal Plenário. **ADI 800/RS**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.6.2014. (Informativo 750).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp 881937 /RS**, Rel. Min. LUIZ FUX. Data do Julgamento: 25.03.2008.

_____. Segunda Turma. **REsp: 897296 RS 2006/0234924-6**, Relator: min. HERMAN BENJAMIN, *DJ* 31.08.2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed, São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Uso Privado de Bem Público Por Particular**, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1983.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista Nomos**, Fortaleza, vol. 35, n.01, 2015, p. 6

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Utilização de subsolo municipal para abertura de túnel interligando os prédios situados ao longo das vias públicas. Viabilidade Jurídica**. Parecer. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031754.pdf>, acessado em 11.10.2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 6ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Utilização da faixa de domínio de rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos – possibilidade de cobrança, **RTDP** 31, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90-96.

* Recebido em 07 out. 2016.



A MODERNA CONCEPÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

*Carlos Henrique Borlido Haddad**
*Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca***

Resumo

O artigo procura apresentar novo conceito de organização do trabalho para fins penais. A evolução do conceito baseada na jurisprudência do STF será analisada, assim como se há necessidade de que os trabalhadores sejam atingidos, individual ou coletivamente, para que se caracterizem os crimes previstos no título IV da Parte Especial do Código Penal. O artigo conclui que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, previstos no código penal, tendo em vista o conceito proposto para o bem jurídico na atualidade.

Palavras-chave

Crime. Organização do trabalho. Competência. Justiça Federal.

THE MODERN DEFINITION OF THE LEGAL PROTECTION UNDER CRIMINAL LAW TO LABOR ORGANIZATION

Abstract

The article presents new definition of "organization of labor" for criminal purposes. The evolution of the definition based on Brazilian jurisprudence will be analyzed. We will also look at the differences between when the victim is an individual compared to a group, under Title IV of the Special Part of the Penal Code. The article concludes that trials for crimes involving the organization of labor are under federal jurisdiction, according to the current definition.

Keywords

Crime. Labor organization. Jurisdiction. Federal court.

1. INTRODUÇÃO

Desde 1940, quando da decretação do vigente Código Penal, o direito brasileiro tutela penalmente o bem jurídico organização do trabalho, conferindo-lhe título próprio. Sob a denominação "Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho", o legislador elencou determinadas infrações, conforme

* Pós-doutor pela Universidade de Michigan. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz Federal.

** Acadêmico de Direito da UFMG.

consta da Exposição de Motivos da Parte Especial, através da “trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rubrica”.

Os responsáveis pela elaboração do Código Penal situavam-se em contexto mundial de intervencionismo estatal na esfera econômica, o que indubitavelmente os influenciou quando da decisão que consagrou o bem jurídico. Para eles, como consta da já referida Exposição de Motivos, a postura liberal de defesa da liberdade do trabalho era insuficiente e inadmissível se entendida como liberdade de iniciativa. Por isso, justificaram sua decisão, literalmente:

A proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos.

Quase cinquenta anos depois, veio a lume a Constituição de 1988 e, nessa ocasião, não silenciou o constituinte a respeito da questão trabalhista em nosso país. A Constituição Federal conferiu especial relevo ao trabalho quando o consagrou, não apenas como valor social, mas como próprio fundamento de existência do Estado brasileiro. Inequivocamente reconhecida a relevância do trabalho, optou o constituinte de 1988, da mesma forma que o de 1967, por atribuir à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes praticados contra a organização do trabalho.

Até então mostra-se evidente a importância da organização do trabalho como bem jurídico na medida em que lhe é dada proteção pelo direito penal. Sendo este o ramo do direito de interpretação mais rígida e detentor das mais gravosas sanções, é de se esperar que haja, no mínimo, certeza sobre aquilo que tutela, ou seja, deve-se conhecer o conteúdo do objeto jurídico para que seja possível protegê-lo de eventuais lesões. Daí se conclui ser fundamental definir claramente o conteúdo de organização do trabalho, a fim de que se precise o âmbito de tutela do Direito Penal, com repercussões, inclusive, na esfera processual.

Ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência construíram o conteúdo da expressão organização do trabalho. Tal construção sempre ocorreu sob influência do Supremo Tribunal Federal (STF), que se manifestou em casos paradigmáticos como os do RE 90.042/SP¹ e RE 398.041/PA². A partir deste último julgado, houve modificação daquilo que até então o próprio STF entendia como organização do trabalho.

¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 5/10/79, p. 7445.

² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19/12/08.

Diante desse contexto, é preciso verificar em que medida se operou a evolução do conceito em estudo baseado na jurisprudência do STF, sobretudo para averiguar se existe real identidade entre a expressão “organização do trabalho” utilizada pelo Código Penal e pela Constituição de 1988, quando define a competência da Justiça Federal (art. 109, VI). Outro ponto a ser analisado diz respeito à exigência de que os trabalhadores sejam atingidos em sua coletividade, e não apenas isoladamente, para a configuração dos crimes previstos no específico título do Código Penal. A jurisprudência sobre o tema é vacilante em torno da real dimensão do bem jurídico protegido, o que se evidencia através da substancial quantidade de acórdãos divergentes, como, por exemplo, os RE 90.042/SP, RE 541.627,³ CC 23.188/SP,⁴ RE 156.527/PA⁵ e CC 118.436/SP.⁶ Finalmente, será objeto de análise a definição da competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho. Conquanto, indubitavelmente, a competência esteja atribuída à Justiça Federal, por disposição expressa da Constituição de 1988 (art. 109, VI), não são poucos os arestos que conferem a competência à Justiça Estadual, sempre que se tratar de lesão a direito individual.

Os três pontos que serão examinados estão diretamente relacionados à definição que se dá à expressão “organização do trabalho”, pois é a partir dela que surgem os critérios necessários para reconhecer as correspondentes infrações e a definição do juízo competente para processá-las. A fim de contribuir para superar as dificuldades criadas pela imprecisão do conceito, buscar-se-á definir organização do trabalho de modo a dar-lhe contornos precisos e coerentes com o atual marco jurídico.

2. A ORIGEM DO BEM JURÍDICO

Analisando as diferenças e as semelhanças entre as legislações penais de variados países, embora boa parte delas preocupe-se em combater infrações relacionadas à organização do trabalho, oferecendo âmbito de proteção maior ou menor, o tratamento legal dispensado aos crimes não encontra similar no Brasil.⁷

³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 21/11/08.

⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16/8/99, p. 43.

⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 27/5/94, p. 13193.

⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Rel. Min. Convocada Alderita Ramos de Oliveira, DJe de 29/5/13.

⁷ O Código Penal francês, no Capítulo V, ao tratar dos atentados à dignidade da pessoa, traz a seção III que dispõe acerca das “condições de trabalho e de alojamento contrárias à dignidade da pessoa, do trabalho forçado e da redução à servidão”. Já na Parte Especial da legislação penal portuguesa, cuja disposição dos capítulos guarda semelhança com a brasileira, há a previsão do crime de escravidão (art. 159) no capítulo IV (Dos crimes contra a liberdade pessoal) e de burla

A expressão “organização do trabalho” foi empregada pela primeira vez na seara penal no Código de 1940. Embora o Código de 1890 previsse alguns crimes que atentavam contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade do trabalho”, eles figuravam como subespécie dos delitos contra a liberdade (HUNGRIA, LACERDA, 1947, 19). Somente em 1940 foi edificada a categoria penal “organização do trabalho”.

Por sua vez, o Código Penal brasileiro buscou inspiração na legislação italiana, mais precisamente o Código Rocco de 1930. O código brasileiro baseou-se no projeto Alcântara Machado que, apesar de ter sofrido consideráveis alterações, apresentou concepção mais integral do Estado, a exemplo do modelo italiano. Essa preocupação refletia-se em todo o projeto, contando-se, entre os aspetos concretos que assumiu, a criação ou o agravamento de uma série de categorias de delitos contra a organização política e social, a atividade industrial, comercial e agrícola e a organização do trabalho (POZZO, 1940, 622). A despeito de os crimes terem sido dispostos no código italiano entre aqueles que atentam contra a economia pública, a indústria e o comércio, é possível notar a presença dos delitos de serrata e sciopero (art. 502 a 506), arbitraria invasione e occupazione di aziende agricole o industriali. Sabotaggio (art. 508), inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro (art. 509) e frodi contro le industrie nazionali (art. 514), que, se não idênticos, são bastantes similares aos crimes estatuídos nos artigos 197 a 201, 202, 205 e 204 do Código Penal brasileiro. No Código Penal italiano, há crimes de concurso necessário (*i lavoratori* — art. 503) e de concurso eventual (*chiunque* — art. 507), inclusive, com referência expressa à quantidade necessária (*in numero di tre o più* — art. 506), tal como estatuído na legislação brasileira em vigor (art. 200).

Os comentadores do código italiano, a exemplo de Manzini, classificam os crimes do art. 502 ao art. 509 como *delitti contro l'ordine del lavoro*, a despeito da omissão do legislador que optou por incluí-los como atentatórios à economia pública, a indústria e o comércio (MANZINI, 1951, 63). Boa parte dos delitos previstos como lesivos à *ordine del lavoro* tratou-se de inovação legislativa em âmbito penal derivada da aplicação de princípios fascistas (MANZINI, 1951, 68), que se estendeu ao Brasil na época do governo Vargas.

Na Itália, a previsão dos tipos penais relacionados à ordem econômica visava a conservar bens econômicos no interesse do Estado, proteger a normalidade das trocas e da produção, tutelar o regular desenvolvimento das relações coletivas de trabalho e a liberdade da indústria e do comércio (MANZINI, 1951, 1). A nomenclatura diverge da brasileira e o agrupamento de infrações sob o bem jurídico “organização do trabalho” mostra-se peculiar ao código pátrio. Logo, a obtenção de conceito que melhor se ajuste ao sistema nacional

relativa a trabalho ou emprego (art. 222). A Argentina tipifica a submissão de pessoa à condição de ou análoga à de servidão (art. 140).

dependerá do estudo das próprias normas que o integram e da interpretação que é dada a elas pelos tribunais.

3. EVOLUÇÃO DO CONCEITO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Em fins da primeira metade do século XX, pouco antes de se editar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.848/1940 o Código Penal. Denominando o título IV de “Dos crimes contra a organização do trabalho”, o legislador tipificou, ao longo dos artigos 197 a 207, condutas ilícitas praticadas no contexto das relações de trabalho.

A Constituição Federal de 1988, no inciso VI do artigo 109, faz referência literal aos crimes praticados contra a organização do trabalho, tratando-os como uma das hipóteses expressas cujo processamento e julgamento são de competência da Justiça Federal. Note-se que não houve inovação no tratamento da matéria pelo constituinte, uma vez que manteve a opção das Constituições de 1967 e de 1946, que já atribuíam aos juízes federais a competência para julgar e processar referidas infrações. Pode-se dizer que a restauração da Justiça Federal no Brasil, em 1946, coincidiu com a criação da competência relacionada aos crimes contra a organização do trabalho, que permanece imodificada e atrelada à esfera federal até a presente data.

A princípio, parece não haver dúvida quanto ao fato de que são crimes contra a organização do trabalho aqueles que se encontram no título IV do Código Penal. A sucessão cronológica da criação da expressão — primeiramente no diploma penal de 1940, seguida pela Constituição de 1946 — conduz a essa conclusão. No entanto, o ponto não é pacífico no âmbito jurisprudencial. A partir de 1970, surgem no extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) precedentes no sentido de que à Justiça Federal apenas competiria processar e julgar os crimes que ofendessem a organização geral do trabalho ou os direitos dos trabalhadores coletivamente considerados. O tribunal decidiu que nem todos os delitos previstos no Código Penal sob o título IV, apesar de o nome atribuído, seriam de fato crimes contra a organização do trabalho. Tratando-se de crime que atente contra direito individual, ainda que topograficamente localizado no título “Dos crimes contra a organização do trabalho”, competente para apreciá-lo seria a Justiça Estadual (Conflito de competência n. 2.645/SP). Posteriormente, esse entendimento seria corroborado pelo STF e, em seguida, consolidado no enunciado da súmula n. 115 editada pelo TFR: “Competência - Processo e Julgamento - Crimes Contra a Organização Geral do Trabalho ou Direitos Coletivos dos Trabalhadores. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”.

Toda a jurisprudência do STF sobre o tema foi construída a partir do julgado do Tribunal Federal de Recursos (CC 2.645/SP), que deu origem ao RE 90.042/SP. À época desse julgamento, o STF, validando o posicionamento da maioria dos ministros do TFR, consagrou, também por maioria de votos, à expressão organização do trabalho presente na Constituição Federal, o sentido de sistema de órgãos e instituições responsáveis por preservar, coletivamente, os direitos e os deveres dos trabalhadores. Logo, se os crimes do título IV da Parte Especial do Código Penal não lesassem o sistema de órgãos e instituições responsáveis por preservar, coletivamente, os direitos e os deveres dos trabalhadores, não pertenceriam à competência da Justiça Federal, mas sim à da Justiça Estadual.

Com o julgamento paradigmático do RE 90.042/SP, o STF definiu os rumos a serem seguidos no exame dos crimes contra a organização do trabalho. O posicionamento da Suprema Corte foi fundamental ao estabelecimento da hoje majoritária corrente que defende o entendimento segundo o qual, a depender do caso concreto, a competência pode pertencer tanto à Justiça Federal quanto à Justiça Estadual, não havendo correspondência taxativa entre os delitos capitulados no Código Penal e os indicados na Constituição da República de 1998.

Posteriormente, em 2006, quando da apreciação do RE 398.041/PA, o STF deu novos contornos ao tema, uma vez que considerou o crime previsto no artigo 149 do Código Penal — redução à condição análoga a de escravo — entre as infrações contra a organização do trabalho, embora tal artigo pertença ao capítulo “Dos crimes contra a liberdade individual”.

O STF, sem esquecer o principal ator e destinatário de toda a proteção do ordenamento jurídico, superou o tratamento puramente orgânico que ele próprio dava ao tema, acrescentando ao conceito de organização do trabalho o elemento humano e com ele todos os aspectos concernentes à sua liberdade, autodeterminação, autodesenvolvimento e dignidade. A partir de então, passou-se a compreender os crimes contra a organização do trabalho como aqueles que não só ofendem o sistema de órgãos e instituições aos quais cabe proteger os direitos e os deveres dos trabalhadores coletivamente considerados, mas também ferem o próprio homem, atingindo-o especialmente em sua intrínseca dignidade, princípio a que a Constituição Federal confere superlativa proteção, no contexto das relações de trabalho.

Nota-se significativa virada jurisprudencial sobre o tema. Se anteriormente o STF exigia a lesão da organização geral do trabalho ou dos direitos dos trabalhadores coletivamente considerados para definir a competência penal da Justiça Federal, a partir de 2006 entendeu suficiente a ofensa individual que alcance aspectos concernentes à liberdade, autodeterminação, autodesen-

volvimento e dignidade do homem. Permaneceu intocado, porém, o entendimento de ausência de identidade entre a expressão organização do trabalho contida no Código Penal e na Constituição Federal de 1988.

4. LESÃO INDIVIDUAL OU COLETIVA DO BEM JURÍDICO

O conceito que se tem de organização do trabalho e, por conseguinte, dos crimes que lesam este bem jurídico não facilita ao intérprete perceber se está diante de caso de competência da Justiça Federal ou Estadual, como se averigua na prática, a partir dos inúmeros conflitos de competência suscitados. Hoje, conforme a jurisprudência do STF, o intérprete precisa reconhecer a presença do sistema geral de órgãos e instituições que preserva os direitos e os deveres dos trabalhadores em coletividade ou observar se o homem, no contexto da relação de trabalho, sofreu atentando em sua dignidade.

À medida que falta clareza aos conceitos ou que eles se tornam mais complexos, a aplicação do direito torna-se instável. Da primeira dificuldade, que se revela quanto ao conteúdo da expressão “organização do trabalho”, segue a segunda dificuldade que, por sua vez, diz respeito à questão da quantidade de trabalhadores necessária para satisfazer o requisito de coletividade. A dúvida atinge diretamente a competência para processar e julgar os crimes referentes à organização do trabalho, que é constitucionalmente atribuída à Justiça Federal, mas que, pela via interpretativa, foi praticamente entregue à Justiça Estadual.

O acórdão do extinto TFR, que foi objeto do RE 90.042/SP, cujo julgamento pelo STF estabeleceu-se como pedra angular do atual entendimento majoritário acerca do significado da expressão, merece detida análise. O inteiro teor do acórdão é bastante elucidativo e relevante para o presente trabalho, uma vez que revela o modo segundo o qual cada um dos ministros construiu seu entendimento sobre a matéria. A decisão nele proferida tem como fundamento o entendimento majoritário defendido pelo Ministro Décio Miranda, que concluiu haver “infeliz coincidência terminológica entre a expressão do Código Penal e a da Constituição”, a qual, todavia, não implicaria identidade de conceitos.

A “infeliz coincidência” justificava-se porque a verdadeira organização do trabalho, segundo a corrente majoritária, seria o sistema de órgãos e instituições aos quais caberia a proteção dos direitos e dos deveres dos trabalhadores coletivamente considerados. As condutas tipificadas no título “Dos crimes contra a organização do trabalho” configurariam, quando não afetassem a coletividade dos trabalhadores, apenas violações de direitos individuais, o que não atingiria o bem jurídico protegido. A justificativa encontrada para negar coincidência conceitual entre a expressão utilizada pela Constituição Federal

e pelo Código Penal resumiu-se ao fato de que aquela, como norma fundamental do ordenamento jurídico, não poderia jamais se submeter à legislação ordinária, devendo buscar em si o conteúdo do conceito daquilo a que chamou de organização do trabalho. No entanto, em sintonia com o que sustenta Humberto Ávila em seu livro *Teoria dos Princípios*, o que se verifica no caso é provisão de modo indireto de conceito constitucional (ÁVILA, 2014). Na medida em que o Poder Constituinte escolheu a expressão “organização do trabalho”, cuja propriedade já era conotada em conceito elaborado pelo legislador infraconstitucional à época da promulgação da Constituição de 1988, optou por incorporá-la ao ordenamento constitucional.

Dado o princípio da supremacia da constituição, é incontestável que os demais atos normativos devam a ela se submeter, sejam eles cronologicamente anteriores, como no caso do Código Penal de 1940, ou não. Mas não há por que acreditar que o constituinte pretendesse operar tal distinção ao tratar da organização do trabalho. Quando da promulgação da Constituição em 1988, o extinto TFR já havia, em 1982, editado a súmula n. 115. Logo, se já havia distinção de competência e a intenção do constituinte fosse consagrar os requisitos de generalidade e de coletividade no tocante à concepção de organização de trabalho, tê-lo-ia feito expressamente na oportunidade, o que não ocorreu.

Nesse sentido deu-se o entendimento do Ministro José Néri da Silveira, que, participando do julgamento do Tribunal Federal de Recursos, teve seu voto vencido. Para o Ministro, “existente na legislação penal brasileira, com anterioridade à restauração da Justiça Federal, no Código Penal, descrição de crimes contra Organização do Trabalho, se o constituinte quis atribuir aos Juízes Federais a competência para processo e julgamento de crimes contra a Organização do Trabalho, estes são os que a Lei Penal assim considera”, sem obstar que, posteriormente, outros crimes sejam incluídos no rol. Realmente, pode-se compreender que delitos não incluídos no Título IV gerem dúvidas quanto a serem considerados contra a organização do trabalho, para fins de definição da competência da Justiça Federal. Essa dúvida, em relação ao crime do artigo 149 do Código Penal, parece ter sido superada quando o STF decidiu que reduzir qualquer trabalhador a condição análoga à de escravo, além de atingi-lo em sua liberdade individual, atenta contra a organização constitucional do trabalho. Anteriormente, quando em vigor a Lei n. 4.330/64 e o Decreto-lei n. 7.090/46, que, nos artigos 29 e 14, respectivamente, previam infrações contra a organização do trabalho, poderia até haver espaço para discriminar espécies distintas de infrações: aquelas previstas no Código Penal e as outras constantes da legislação extravagante, sendo as primeiras relacionadas à competência federal. Mas é difícil aceitar que o limitado rol de crimes do Título IV da Parte Especial do Código Penal, uma vez revogada toda previsão adicional de crimes contra a organização do trabalho, não se identifique com a relação mencionada na Constituição de 1988.

Quanto à interpretação dada à organização do trabalho e que hoje no meio jurídico brasileiro prevalece, merece transcrição a manifestação do Ministro José Néri da Silveira. Embora realizada na década de 1970, aponta com clareza para o fato de que

[...] diante do preceito constitucional genérico, não é possível dar-lhe interpretação restritiva, assim como não incumbiria em prestar-lhe interpretação extensiva. Por igual, em matéria de competência, não podemos restringir se o legislador constituinte não o quis. Se ele diz que todos os crimes contra a Organização do Trabalho são do âmbito da Justiça Federal, parece que o intérprete tem que buscar, na legislação ordinária, esses crimes. E onde eles estão descritos? Nos arts. 197 a 207, do Código Penal, desde antes da Carta Constitucional.

Em relação especificamente aos aspectos de generalidade e de coletividade, apesar de estes serem fundamentais para o atual conceito, não parece haver nada que os justifique e sustente no direito positivo brasileiro. Não existe no ordenamento jurídico parâmetro objetivo que permita o delineamento do que seria coletivo na organização geral do trabalho. Embora o direito do trabalho tenha substancial fonte em convenções coletivas, aparenta ser inadequado extrair o conceito de coletivo, a partir do significado de “convenção”, previsto no art. 611 da CLT.⁸ Caso contrário, os crimes contra a organização do trabalho somente estariam configurados se envolvessem a lesão de interesses de dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais. Tampouco há critério para determinar quantos trabalhadores precisam ser atingidos para que se tenha ataque à coletividade. Basta que seja mais de um — que não deixa de ser número reduzido — ou há necessidade de que se alcancem dezenas de trabalhadores?

A esse respeito, cite-se novamente o Ministro José Néri da Silveira quando argumenta que “no nosso sistema, quer do constitucional, quer da legislação ordinária, dispõe-se a respeito do trabalho, da categoria jurídica ‘trabalho’. Não se dispõe, jamais se dispôs, dentro desse conceito de coletividade apenas. Toda a nossa estrutura do direito do trabalho se definiu a partir do contrato individual do trabalho, da relação de emprego, com as características próprias definidas na legislação específica do trabalho.”

Também o legislador penal de 1940, quando da edição do título “Dos crimes contra a organização do trabalho”, não trouxe, expressa ou implicitamente, as noções de sistema geral e de trabalhadores coletivamente considerados. A própria leitura da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código

⁸ Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Penal revela que “a proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de direito penal”.

Em suma, o legislador, ao tipificar as condutas previstas nos artigos 197 a 207 do Código Penal, quis ampliar a proteção dada ao trabalho para além da simples tutela individual, mas sem excluí-la, protegendo também o trabalho enquanto valor fundamental do Estado brasileiro. Portanto, não houve restrição, mas sim ampliação do âmbito de proteção dado ao trabalho. Entender que não há crime quando é atingido direito de um único trabalhador retira imprópriamente a tutela do bem jurídico em voga. Nesse sentido, é de difícil assimilação o entendimento firmado no CC 135.023.⁹ Foi reconhecida a competência da Justiça Estadual, relativamente ao julgamento dos crimes previstos nos artigos 149 e 203 do Código Penal, supostamente praticados contra único trabalhador, ao argumento de que “não ficou demonstrada a prática de crime contra a organização geral do trabalho ou contra trabalhadores considerados coletivamente, não atraindo, portanto, a competência da Justiça Federal.” A decisão desconsiderou o precedente do STF, firmando no RE 398.041, relativamente à redução à condição análoga a de escravo, e reforçou a competência estadual baseada no quantitativo de vítimas, de forma que crime inscrito como atentatório à organização do trabalho (Título IV) não foi considerado como atentatório à organização do trabalho para definição de competência. Não se esclarece como é possível que a conduta que, reconhecidamente, não lesa a organização do trabalho, seja submetida a julgamento perante a Justiça Estadual. Se não é cabível o enquadramento em tipo penal genérico, a exemplo do estelionato, dano ou constrangimento ilegal, deve-se reconhecer a atipicidade da conduta porque não lesado o bem jurídico tutelado no Título IV da Parte Especial. Apreciar conduta típica capitulada nos artigos 197 a 207, por órgão judicial que não detém competência para processar e julgar crimes contra a organização do trabalho, representa contradição insolúvel.

5. PROPOSTA CONCEITUAL

A discussão em torno do conceito de organização do trabalho, no atual quadrante, conduz a situação de perplexidade. Como se exige que haja lesão ao sistema geral de proteção ou a trabalhadores coletivamente considerados para determinar a competência penal da Justiça Federal, nas ocasiões em que

⁹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Rel. Min. Convocado Walter de Almeida Guilherme, DJe de 5/12/14.

apenas um obreiro for atingido deixará de haver crime contra a organização do trabalho? A frustração de direitos de um único trabalhador, mediante fraude ou violência, tipificará o crime previsto no art. 203 do Código Penal e será julgado pela Justiça Estadual, a despeito de integrar o título dos crimes contra a organização do trabalho? Parece criar-se uma figura híbrida de crimes insertos no título da organização do trabalho mas que não atentam contra a organização do trabalho, haja vista que são julgados pela Justiça Estadual. Enfim, é possível haver algum crime entre os artigos 197 a 207 que não seja contra a organização do trabalho e, aí sim, de competência da Justiça Estadual? Para os que defendem que a mera lesão individual de direito trabalhista não atenta contra a organização do trabalho, a resposta seria positiva, por mais tautológica que pareça a afirmação: crimes do título “contra a organização do trabalho” que não ferem a organização do trabalho...

Na tentativa de oferecer proposta que afaste o embaraço jurídico provocado pela visão coletivista e a fim de evitar impertinentes alegações de lesão a direito fundamental do trabalhador, em situações em que a lesão não ultrapassa a esfera patrimonial, deve-se entender que a organização do trabalho prevista no Código Penal e na Constituição Federal de 1988 são sinonímicas. E nesse conceito compreende-se o modelo de relações de trabalho em vigor na sociedade brasileira. O que realmente importa na tarefa de conceituação do que seria organização do trabalho é observar o tratamento sistêmico dado pela CLT e pela Constituição Federal de 1988 ao valor trabalho. Com isso, percebe-se que o propósito da tutela penal é o de assegurar ao homem a manutenção dos princípios fundamentais sobre os quais o trabalho se estrutura no Brasil.

A organização do trabalho possui determinada conformação, pois a ordem jurídica determina o modelo das relações de trabalho por ela regulado. Assim, quando se reduz um trabalhador a condições análogas à da escravidão (art. 149) ou se atenta contra a liberdade de trabalho (art. 197), o que se tem é afronta à organização de trabalho modelada pelo sistema brasileiro de relações trabalhistas. Na compreensão do nosso sistema justaltrabalhista, é necessário refletir especialmente sobre dois momentos históricos: aquele em que surge a CLT e o da promulgação da Constituição de 1988. Esses dois marcos regulatórios são, a um só tempo, os pilares sobre os quais está estruturado o direito do trabalho e as balizas que o demarcam, do ponto de vista normativo (ASSIS, 2010), com necessários reflexos sobre o direito penal.

Por meio da CLT, normatizou-se a área sindical, com estabelecimento de controle político-administrativo do então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio sobre toda a estrutura e atuação operacional dos sindicatos. Houve estruturação corporativista dos sindicatos, observadas as seguintes características: agregação profissional (e econômica) mediante o conceito-motor de *categoria*; ausência do sindicato dos efetivos locais de trabalho; proibição de comunicação institucional entre as distintas categorias e entre o próprio conjunto da

classe trabalhadora; unicidade sindical; financiamento compulsório de toda a estrutura oficial do sindicalismo. Permitia-se a cooptação de lideranças sindicais, mediante canais de sua inserção na burocracia estatal, seja na então construída Justiça do Trabalho (representação classista nas Juntas de Conciliação e Julgamento e Tribunais), seja nos então desenvolvidos Institutos de Aposentadorias e Pensões — IAPs (dirigentes recrutados na estrutura sindical). Operava-se, ainda, a absorção dos conflitos coletivos para dentro do Estado, através do processo judicial denominado dissídio coletivo e sua sentença normativa (poder normativo judicial). No plano do Direito Individual do Trabalho, institucionalizou-se padrão normativo do tipo regulado, que se mostrou significativamente funcional para instigar a organização do mercado de trabalho em país com industrialização iniciante e promover a rápida e ampla inclusão social dos setores partícipes do célere processo de urbanização então deflagrado (DELGADO, DELGADO, 2012, 208).

A Constituição de 1988 trouxe mudanças relevantes no Direito Coletivo do Trabalho brasileiro. Eliminou o controle político-administrativo do Ministério do Trabalho sobre o sindicalismo (art. 8º, I, da CF/1988); reconheceu a ampla prerrogativa sindical de atuação coletiva no âmbito administrativo e judicial (art. 8º, III); favoreceu a negociação coletiva trabalhista, via entidades sindicais (art. 8º, VI, e art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI). A obra renovadora foi continuada em 1999, com a EC n. 24, que extinguiu a representação classista no interior do Judiciário Trabalhista. Em sua dimensão individual, houve impressionante adequação da CLT à nova Constituição da República, que incorporou inúmeros de seus institutos jurídicos clássicos, conferindo-lhes status de direitos fundamentais. No tocante aos domésticos, sua real inclusão jurídico-social deu-se apenas com a Constituição de 1988 (art. 7º, parágrafo único), que estendeu vários direitos à categoria, uma vez que a Lei 5.859/73, que timidamente iniciou este processo inclusivo, apenas garantiu dois direitos trabalhistas a tais empregados (anotação de CTPS e férias anuais remuneradas), além de sua inserção no sistema previdenciário (DELGADO, DELGADO, 2012, 211). Desde a EC n. 45/2004, o acesso ao Judiciário Trabalhista foi franqueado a toda pessoa natural que estabeleça relação de trabalho com alguém. Houve, de fato, significativa ampliação da competência judicial trabalhista, referindo-se à relação de trabalho e não mais somente à relação de emprego.

A nova ordem constitucional rompe com um dos principais pilares do velho modelo: o controle político administrativo do Estado sobre a estrutura sindical. Serão inaugurados, após seis décadas, incentivos e reconhecimento à negociação coletiva, no seio da sociedade civil. Além disso, sem prejuízo de outros direitos e garantias que visem à melhoria da condição dos trabalhadores, a vigente Constituição da República traz no artigo 7º do capítulo dos direitos sociais a maior parte dos direitos fundamentais e garantias trabalhistas constitucionais. Trata-os, assim, não mais como direitos individuais em sentido estrito, mas como direitos sociais vinculados ao trabalho. A Constituição de

1988, a fim de salvaguardar os trabalhadores, além de garantir-lhes relação empregatícia protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I) e liberdade de trabalho, institui preceitos segundos os quais toda e qualquer relação de trabalho deve-se pautar. Ao longo do artigo 7º, ao trabalhador se assegura não só seguro-desemprego (inciso II), fundo de garantia do tempo de serviço (inciso III) e salário mínimo (inciso IV), mas também piso salarial que seja proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (inciso VI), irreduzibilidade do salário (inciso VII) e décimo terceiro salário baseado na remuneração integral ou no valor da aposentadoria (VIII). Toda espécie de salário é protegida na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (inciso X). Garante-se, também, que a duração do trabalho normal não seja superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII) e que a do trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento seja de seis horas, devendo, ainda, o trabalho noturno possuir remuneração superior à do diurno (inciso IX). Além disso, assegura a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), devendo para as atividades penosas, insalubres ou perigosas ser, na forma da lei, pago adicional à remuneração (inciso XXIII). Estão também vedadas pela Constituição a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII), e o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (inciso XXXIII). Outros preceitos constitucionais de cunho trabalhista igualmente relevantes na delimitação daquilo que seria a organização do trabalho têm lugar do artigo 8º ao 11º da Constituição Federal. Eles garantem, dentre outros, o direito à livre associação profissional ou sindical e o direito de greve.

Do modelo juslaboral então em vigor quando do advento do Código Penal até aquele que passou a existir com a promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas mudanças podem ser notadas. Tanto o sistema de organização de trabalho anterior quanto o vigente tinham como pilares a liberdade de trabalho, no sentido de que todos podem escolher o trabalho, profissão ou ofício que desejam exercer, como também a liberdade de associação. A violação desses direitos é punida pelas condutas tipificadas nos artigos 197 a 200 do Código Penal. Em ambos os modelos, proíbe-se o uso da violência ou grave ameaça para impedir o normal exercício de atividade profissional. O impedimento ao exercício de atividade somente é possível, a partir do mais recente sistema juslaboral, quando houver regular exercício do direito de greve no serviço público. Por este motivo, o artigo 201, que veda participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho em obra pública, tornou-se de mais

limitada aplicação. Com isso, é possível perceber que, em alguns casos, o modelo juslaboral delineado pela Constituição Federal exige nova interpretação dos tipos penais.

A frustração de todo e qualquer direito assegurado por lei trabalhista é outro exemplo de conduta defesa pelo ordenamento jurídico, encontrando tipificação no artigo 203 do Código Penal. Realmente, não haveria sentido em se enumerar belíssimo rol de direitos que pudessem ser facilmente suplantados mediante engano ou coação do trabalhador, sem previsão de sanção para a conduta ilícita. Até por isso a Constituição Federal reforçou a proibição da conduta ao proteger toda espécie de salário e ao insistir no caráter criminoso de sua retenção dolosa (art. 7º, X).

O normal desenvolvimento da relação laboral, sem uso de fraude, tem proteção nos artigos 206 e 207 do Código Penal, que proíbem o transporte do obreiro para o exterior ou mesmo dentro do território nacional. Em verdade, a antiga redação do art. 206 vedava a conduta de “aliciar trabalhadores, para o fim de emigração”, o que poderia ter alguma justificativa no contexto do modelo de organização do trabalho existente, tal como evitar que determinadas regiões ficassem despovoadas. No entanto, em 1993, foi conferida nova redação ao tipo penal e a conduta somente se concretiza caso haja o elemento fraude no recrutamento de trabalhadores. E se esse é o sentido que se deve dar ao tipo penal para guardar coerência com a organização do trabalho moderna, o *caput* do art. 207 destoa do modelo constitucional, porque somente se deve aceitar como crime o aliciamento fraudulento ou involuntário. O exercício de atividade laborativa em regiões outras tornou-se uma oportunidade e, muitas vezes, uma necessidade. Não só em âmbito nacional, mas mesmo em caráter internacional, a mão-de-obra desloca-se para onde existem empregos disponíveis. Se os trabalhadores foram ludibriados com falsas promessas de boas condições de trabalho, pode estar configurado o estelionato ou mesmo o § 1º do art. 207. Mas hoje em dia tornou-se comportamento normalmente permitido recrutar trabalhadores para exercer atividade laborativa em localidades as mais diversas. As transformações e influências que a sociedade contemporânea sofre relacionam-se, entre outros fatores, ao desenvolvimento científico e tecnológico e às mudanças na economia em nível mundial. Tais fatos expuseram, em certa medida, o esgotamento dos modelos de produção rígido, pautados na ótica do consumo de massa e de um trabalhador executando tarefas prescritas. Ocorreu a introdução do modelo de produção flexível que provocou mudanças de base técnica e organizacional do trabalho e no perfil profissional requerido no processo de recrutamento e seleção de trabalhadores. Atualmente, limitar a atuação de trabalhadores a determinada parte do território nacional importa em restringir a expansão da economia, a busca por oportunidades e a satisfação de interesses individuais, em frontal choque com o modelo juslaboral pós 1988. Desde que não exista fraude, o deslocamento de trabalhadores passou a ser socialmente aceito no mundo globalizado. E como

afirma Mir Puig, não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto (PUIG, 1976, 154).

Também sofre restrições, em face do atual modelo de organização do trabalho, o crime estabelecido no art. 204: “frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho”. O tipo visa a tutelar o interesse do Estado em garantir a reserva de mercado para brasileiros. No entanto, a Constituição de 1988 dispõe que brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei e, evidentemente, muitas, se não todas, restrições de acesso a funções entre nacionais e estrangeiros deixaram de existir. A lei brasileira determinava, por exemplo, que, nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder a de brasileiro que exerça função análoga, o que não encontra respaldo no vigente modelo juslaboral.

Assim, percebe-se como a legislação penal fica condicionada ao modelo de organização do trabalho vigente em determinado momento histórico. Diante da dinâmica realidade das relações laborais, a interpretação da lei penal transforma-se, adaptando-se ao modelo. A organização do trabalho, então, encontra sua definição nos limites fornecidos pelo regime jurídico quando da regulamentação das relações de trabalho. O modelo juslaboral, quando obedecido, legitima as relações de trabalho, justificando a proteção que lhes é dada. Por outro lado, toda e qualquer tentativa de burla ou violação desse modelo enseja a potencial reprimenda estatal a fim de fazer valer a organização pretendida pelo Estado.

Em suma, se o direito pátrio entendeu que a relação de trabalho deve, por exemplo, pautar-se segundo a liberdade e a não discriminação, bem como possuir valor mínimo de salário, isso é parte do modelo abstrato chamado “organização do trabalho” pelo legislador, ao qual todas as relações que se pretendem legítimas devem conformar-se, sob pena mesmo de sofrerem as consequências impostas pelo direito penal.

Nenhum sentido há em se conceber os atentados à organização do trabalho com base no número de indivíduos lesados. A quantidade de pessoas ofendidas só serve como parâmetro para justificar a criminalização ou não de uma conduta, em face do maior ou menor desvalor que gera. É questão de política criminal não considerar delito, por exemplo, o abandono individual de trabalho, com violência, conduta que não se enquadra no art. 200 do Código Penal. Não obstante a conduta esteja em dissonância com o modelo de organização do trabalho em vigor — que não consente com o uso da violência para impedir o normal exercício de atividade profissional — está fora da esfera penal. Todavia, todas aquelas condutas que estão inseridas no Título IV do Código Penal e que não são incompatíveis com o modelo juslaboral trazido pela Constituição de 1988 constituem crimes contra a organização do trabalho e, como tais, devem ser julgados pela Justiça Federal.

6. CONCLUSÃO

Após examinar os três pontos que se relacionam diretamente à definição que se dá à expressão “organização do trabalho”, surgem os critérios necessários para reconhecer as correspondentes infrações e a definição do juízo competente para processá-las.

Pode-se afirmar que o legislador penal, de certa maneira, adiantou-se ao texto constitucional de 1946 e 1969, pois percebeu que a proteção jurídica à categoria do trabalho deveria, mais do que apenas a liberdade do trabalho propriamente dita, alcançar a organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum. Enveredou pelo mesmo caminho a Constituição Federal de 1988, elencando diversos preceitos de cunho protetivo do trabalho e dos trabalhadores e lhes concedendo direitos e garantias a fim de assegurar modelo de trabalho compatível com o Estado Democrático de Direito. Reconhecendo a relevância do trabalho, optou o constituinte, da mesma forma que o de 1946 e 1967, por atribuir à Justiça Comum Federal a competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, aqueles elencados pelo legislador infraconstitucional nos artigos 197 a 207 do Código Penal. A Constituição Federal de 1988, no inciso VI do artigo 109, faz referência literal aos crimes praticados contra a organização do trabalho, tratando-os como uma das hipóteses expressas cujo processamento e julgamento são de competência da Justiça Federal. Não há por que acreditar que o constituinte tivesse pretendido operar alguma distinção ao tratar da organização do trabalho em face de tão unívocos termos. Frise-se que não se limitam a esses artigos os comportamentos que podem ferir o modelo juslaboral impresso pela ordem jurídica às relações de trabalho no Brasil. O art. 149 do Código Penal, que cuida do crime de redução à condição análoga à de escravo, foi reconhecido, pelo STF, como elemento integrante da proteção da organização do trabalho e, portanto, de competência da Justiça Federal. Mas não se pode olvidar que o rol de infrações foi bastante reduzido com a revogação da Lei n. 4.330/64 e do Decreto-lei n. 7.090/46.

Em relação especificamente aos aspectos de generalidade e de coletividade, apesar de estes serem fundamentais para o atual conceito empregado jurisprudencialmente, não parece haver nada que os justifique e sustente no direito positivo brasileiro. Não existe no ordenamento jurídico parâmetro objetivo que permita o delineamento do que seria coletivo na organização geral do trabalho. Tampouco há critério para determinar quantos trabalhadores precisam ser atingidos para que se tenha ataque à coletividade. Se a conduta não lesa a organização do trabalho, por não atingir o sistema geral de órgãos e instituições que preserva os direitos e os deveres dos trabalhadores em coletividade, coerente seria não declinar a competência para a Justiça Estadual. Se não é cabível a desclassificação para outro tipo penal de caráter genérico, deve-se

reconhecer a atipicidade da conduta porque não lesado o bem jurídico tutelado.

Em verdade, a quantidade de indivíduos lesados somente tem relevância para fins de previsão em abstrato de algumas infrações, a exemplo do art. 206, que exige que o aliciamento alcance “trabalhadores”, não para definir o que seria organização do trabalho. O tipo penal ao indicar, em casos específicos (artigos 200, 206 e 207) o número de agentes ou de vítimas para a concretização do tipo penal, já contém o desvalor da conduta e do resultado necessários à prática do crime. Quando não há esta exigência, como ocorre nos demais delitos do Título IV, não é correto presumir ou supor que ela exista.

A decisão do STF proferida no julgamento do RE 398.041 reforça a tese de que compete à Justiça Federal julgar os crimes dos artigos 197 a 207. Se anteriormente o STF exigia a lesão da organização geral do trabalho ou dos direitos dos trabalhadores coletivamente considerados para definir a competência penal da Justiça Federal, a partir de 2006 entendeu suficiente a ofensa individual que alcance aspectos concernentes à liberdade, autodeterminação, auto-desenvolvimento e dignidade do homem.

A posição assumida pelo STF vai ao encontro da proposta conceitual apresentada neste trabalho. Assim, o que realmente importa na tarefa de conceituação do que seria “organização do trabalho” é observar o tratamento sistêmico dado pela CLT e pela Constituição Federal de 1988 ao valor trabalho. A organização do trabalho possui determinada conformação histórica e sofreu algumas alterações entre os dois modelos referenciados. Ela deve ser entendida como o modelo juslaboral protegido e promovido pela ordem jurídica brasileira e que, portanto, rege todas as relações de trabalho no território nacional, sejam individuais ou coletivas. A correta concepção do bem jurídico “organização do trabalho” é exigência para atingir a proteção do valor fundamental do trabalho, cuja relevância se nota quando o ordenamento socorre-se da tutela penal para lhe garantir a integridade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Roberta Maria Corrêa de. **Reforma trabalhista: caminhos e descaminhos**. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-26-reforma-trabalhista-caminhos-e-descaminhos>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito do trabalho e inclusão social — estrutura, evolução e papel da CLT no Brasil**.

Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, São Paulo, v. 1, set., 2012.

HUNGRIA, Nélon. LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao código penal, v. VIII**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano, v. VII**. Torino: Editrice Torinese, 1951.

POZZO, Carlos Umberto del. O projeto de código criminal brasileiro (a caminho do positivismo criminológico). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 35, n. 3, 1940.

PUIG, Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

* Recebido em 15 fev. 2016.



CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM ATIVIDADES DE ENSINO E PESQUISA CIENTÍFICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO: A LEI N. 11.794/2008 E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

*Celso Antonio Fiorillo**
*Renata Marques Ferreira***

Resumo

Destinada a regulamentar o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais (criação e utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica), a Lei n. 11.794/2008 não só restringe a utilização de animais em atividades educacionais aos estabelecimentos de ensino superior e estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica como ratifica a interpretação antropocêntrica do direito ambiental em proveito da vida em todas as suas formas ao definir a morte

-
- * Primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil bem como Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Coordenador, professor, pesquisador e orientador da Linha de Pesquisa Tutela Jurídica do Meio Ambiente do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental FMU bem como do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação FMU. Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (Itália) e professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (Portugal). Executor do Convenio Básico de Colaboração Universitária Internacional entre la Universidad de Salamanca (Espanha) e a FMU bem como do Marco de Colaboración Universitário das FMU y la Universidad de Alicante (Espanha). Advogado militante há mais de 30 anos é Presidente da Comissão permanente do Meio Ambiente da OAB/SP bem como Presidente do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital/Sociedade da Informação da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP.
- ** Pós-Doutoranda em Engenharia Ambiental (Contaminação e remediação de solos) -Escola Politécnica - POLI/USP. Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora, Orientadora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU -Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de São Paulo (OAB/SP).

do animal por “meios humanitários”. A legislação mencionada entende por morte por meios humanitários a morte de animal que envolva um mínimo de sofrimento físico ou mental. Com o advento da referida lei além da obrigação de estruturação das CEUAs — os Comitês de Ética no Uso dos Animais- junto às IES os seus membros e a própria instituição de ensino passam também a responder juridicamente de acordo com a estrutura Constitucional de triíplice e solidária responsabilidade ambiental. Além disso, o real significado do conteúdo indicado no art. 225, § 1º, VII da CF deve ser observado em proveito de um desenvolvimento científico não só adaptado ao progresso das ciências, mas preponderantemente orientado para a solução dos problemas brasileiros (art.218 da CF) dentro de uma interpretação vinculada não só à dignidade da pessoa humana como do denominado bem-estar dos animais definido por critérios periciais.

Palavras-chave

Direito ambiental. Desenvolvimento científico. Realidade brasileira CEUA. Responsabilidade ambiental.

CREATION AND USE OF ANIMALS IN EDUCATIONAL AND SCIENTIFIC RESEARCH ACTIVITIES IN LIGHT OF BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW: LAW N. 11,794 / 2008 AND ITS CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

Abstract

In order to regulate the item VII of § 1 of Art. 225 of the Federal Constitution, establishing procedures for the scientific use of animals (creation and use of animals in teaching and scientific research activities), the law nº 11.794 / 2008 not only restricts the use of animals in educational activities to higher education and technical vocational education establishments of average level of biomedicine as also ratifies the anthropocentric interpretation of environmental law in favor of life to define the animal's death by "humanitarian means". The death by humanitarian ways means animal death involving a minimum of physical or mental suffering. With the advent of the law beyond the obligation of structuring the CEUAs — the Ethics Committee in the Use of Animals — next to the IES, its members and the teaching institution itself also come to respond according to the constitutional structure of triple and solidarity environmental responsibility. Thus the actual meaning of the content indicated in art. 225, § 1, VII of the Federal Constitution must be observed in favor of a scientific development not only adapted to the progress of science, but mainly oriented to the solution of Brazilian problems (CF art.218) within a linked interpretation not only to the dignity of the human person as the so-called welfare of animals defined by expert criteria.

Keywords

Environmental Law. Scientific development. Brazilian Reality. CEUA. Environmental Responsibility

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo terá como objetivo central, a partir de uma abordagem crítica, analisar com fundamento na Constituição Federal de 1988 e na Lei 11.794 de 2008 como se estrutura a responsabilidade dos pesquisadores e das instituições de ensino no âmbito da criação e utilização de animais em pesquisas científicas por estes realizadas.

O desenvolvimento do tema será feito com base nas regras e princípios gerais e específicos do Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.

Como objetivo específico se buscará apontar a responsabilidade ambiental civil, criminal e administrativo dos integrantes dos Comitês de Ética no

Uso de Animais (CEUAs) e das Instituições de Ensino Superior (IES), sendo referida responsabilidade solidária com fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais em vigor.

O trabalho teve objetivo eminentemente teórico, daí a metodologia adotada para o presente estudo ter sido a jurídico-social fundamentada em uma análise de viabilidade do direito posto e em sua capacidade de regulamentação e orientação das situações concretas.

Por ter cunho eminentemente teórico adotou-se como base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial já existente sobre o tema da responsabilidade constitucional ambiental a partir da análise do tema tal como apresentado e exposto por juristas de destaque no cenário nacional.

Considerando-se a determinação legal de organização das CEUAs junto às instituições de ensino que, ainda nos dias atuais utilizam animais, e a rigidez da regra atinente à responsabilidade jurídica ambiental tal como delimitada pela Constituição Federal de 1988 entendemos como pertinente e necessária a contribuição do presente artigo dada sua relevância científica e social, quer para as necessárias cautelas a serem observadas pelos atores indicados no presente artigo, quer para estruturação concreta do princípio do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

2. A COMPLEXIDADE INERENTE AO ESTUDO DA FAUNA NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Conforme observa Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹ uma tarefa das mais complexas no âmbito do Direito Ambiental é o estudo da fauna, pelo simples fato de que tais bens possuíam uma atávica concepção de natureza privatista, fortemente influenciada pela nossa doutrina civilista do começo deste século que os estudava exclusivamente como algo que poderia ser objeto de propriedade, no exato sentido que era vista como *res nullius*.

Orlando Gomes² neste sentido já asseverava que:

há coisas que podem integrar o patrimônio das pessoas, mas não estão no de ninguém. São as *res nullius* e as *res derelictae*. *Res nullius*, as que a ninguém pertence atualmente, mas podem vir a pertencer pela ocupação, como os animais de caça e pesca.

¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** — 16ª ed. rev. ampl e atual — São Paulo: Saraiva, 2015

² GOMES, Orlando. **Direitos Reais** - 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachim. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Entretanto, tal concepção foi modificada, porque se passou a constatar e valorizar a inevitável influência da fauna na formação do equilíbrio ecológico, o qual é imprescindível à sobrevivência das espécies, em especial do homem.

Buscando resguardar as espécies, porquanto a fauna, através da sua função ecológica, possibilita a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, é que se passou a considerá-la como **um bem de uso comum do povo**³, indispensável à sadia qualidade de vida.

Com isso, abandonou-se no seu tratamento jurídico o regime privado de propriedade, verificando-se que a importância das suas funções reclamava uma tutela jurídica adequada à sua natureza, assim sendo, a partir do advento da Constituição federal de 1988 e em razão de suas características e funções, **a fauna passou a receber a natureza jurídica de bem ambiental**⁴ (g.n.).

Em vista da efetiva e concreta necessidade de conservação e preservação da fauna, resta, com base no ordenamento jurídico em vigor, desautorizado o entendimento de que ela seja res nullius. Isso porque as espécies da fauna nacional são de todos os indetermináveis titulares que têm o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, § 1º, VII, ao aludir à proteção da fauna, não delimitou, de forma clara e objetiva o seu conteúdo, possibilitando ao legislador infraconstitucional o preenchimento desta lacuna.

Segundo esse dispositivo, constitui tarefa do Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies **ou submetam os animais a crueldade**” (g.n.).

O preenchimento infraconstitucional desse dispositivo possibilitou a recepção parcial⁵ da Lei n. 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), que determina, em seu art. 1º, caput, que:

Art. 1º Os animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Todavia, esse artigo tratou de restringir o conteúdo da fauna, resumindo o objeto de proteção da lei à fauna silvestre.

³ A respeito do tema vide FIORILLO, 2015.

⁴ A respeito do tema vide FIORILLO, 2015.

⁵ Os animais não são propriedade do Estado em face do que determina o conteúdo do art.225 da Constituição Federal.

Entretanto, o legislador constituinte não pretendeu delimitar a fauna a ser tutelada, porquanto objetiva-se que a lei busque preservá-la colocando-a a salvo das práticas que representem risco a sua função ecológica e à extinção das espécies e que submetam os animais a crueldade.

Aceitar que a única fauna a ser tutelada é a silvestre é distanciar-se do comando constitucional, porque, se assim fosse, os animais domésticos não seriam objeto de tutela. Deve-se observar em relação a estes que, embora não possuam função ecológica e não corram risco de extinção (porquanto são domesticados), na condição de integrantes do coletivo fauna devem ser protegidos contra as práticas que lhes sejam cruéis, de acordo com o senso da coletividade.

Dessa feita, o fato de a Lei de Proteção à Fauna não se reportar à fauna doméstica não autoriza a realização de práticas cruéis contra os animais que a integrem. Como já afirmamos anteriormente a fauna doméstica é aquela que não vive em liberdade, mas em cativeiro, sofrendo modificação em seu habitat natural. Convive geralmente em harmonia com a presença humana, inclusive estabelecendo com esta um vínculo de dependência para sobreviver. Os animais domésticos à despeito de não serem objeto de tutela por meio da Lei de Proteção à Fauna e como regra não possuem função ecológica, nem correrem risco de extinção, conseguem trazer reais benefícios ao bem-estar psíquico do homem o que lhes confere proteção constitucional em face não só do art.225, mas particularmente em face dos arts. 215 e 216 iluminados pelo art.1º, III todos da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, vale destacar a dúvida que surge em relação aos animais gerados em criadouros artificiais: qual a sua natureza: animais silvestres ou domésticos?

A Lei n. 5.197/67, em seu art. 3º, § 2º, ao permitir o comércio de espécies provenientes de criadouros devidamente legalizados, acaba por colocá-los entre os espécimes da fauna silvestre:

Art. 3º É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

§ 1º Excetua-se os espécimes provenientes de criadouros devidamente legalizados.

Em que pese essa indicação trazida pela Lei n. 5.197/67, melhor seria, até por extensão do que determina seu art. 1º, considerar os animais que vivem em criadouros como domésticos, porque perderam, conforme salienta Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁶:

⁶ A respeito do tema vide FIORILLO, 2015.

[...] ainda que tenham tido primitivas gerações silvestres, o caráter de independência do homem para o exercício de suas funções vitais, o nicho e o hábitat de seus ancestrais, submetendo-se, portanto, ao regime jurídico da fauna doméstica e não silvestre como sugere a norma em tela.

Destarte, como pudemos aduzir anteriormente em face da breve análise da Lei n. 5.197/67, a restrição ao tratamento legal da fauna silvestre deu-se pelos motivos já indicados anteriormente.

De qualquer forma a Constituição Federal, ao prescrever a incumbência do Poder Público e da coletividade de proteger a fauna na condição de bem ambiental, fê-lo de forma ampla, não restringindo referida tutela à fauna silvestre tão somente.

3. AS ATIVIDADES DE ENSINO E PESQUISA COM ANIMAIS À LUZ DA LEI 11.749 DE 2008 E OS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA BEM COMO DA TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO POR LESÃO AMBIENTAL.

Após anos de debates a Lei 11.794 foi finalmente aprovada em 08 de outubro de 2008.

De fundamental importância para o estabelecimento da tutela jurídica infraconstitucional em face da criação bem como utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica em nosso país, a chamada “Lei Arouca” teve, ao que tudo indica, como objetivo, além de traçar normas infraconstitucionais vinculadas ao tema que estamos abordando, estabelecer ainda mecanismos de fiscalização das atividades científicas que envolvam o uso de animais, além da fiscalização do próprio exercício profissional destes pesquisadores.

Buscou ainda referida lei, indicar de forma a valorizar o uso de métodos alternativos à experimentação animal, as condições de uso destes nas pesquisas científicas e acadêmicas, determinando a implantação dos comitês de ética no uso de animais — CEUAs junto às IES e criando ainda no âmbito do Poder Executivo o CONCEA — Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal sob a presidência do Ministro da Ciência e Tecnologia.

Cabe sublinhar que a referida norma legal de atividade em ensino e pesquisa direciona seus **efeitos tão somente para os animais das espécies classificadas como filo Chordata, subfilo Vertebrata**⁷ (art.2º) e deve, obrigatoriamente, ter sua interpretação estrutural vinculada, não só aos parâmetros constitucionais anteriormente indicados, como particularmente em decorrência do que estabelece o sistema constitucional de ciência e tecnologia em vigor.

Referido sistema, ao fixar os fundamentos estruturais destinados a orientar no âmbito geral e evidentemente em face das normas infraconstitucionais os princípios gerais nacionais orientadores da promoção e incentivo do desenvolvimento científico, da pesquisa, da capacitação científica e tecnológica e da inovação em nosso País (Art.218), orienta o regramento da pesquisa em nosso País⁹, a saber:

1. pesquisa tecnológica voltada preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (art. 218, § 2º da CF) e
2. pesquisa científica básica e tecnológica recebendo tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.(art. 218, § 1º da CF).

⁷ Para as finalidades da lei entende-se por:

I - **filo Chordata**: animais que possuem, como características exclusivas, ao menos na fase embrionária, a presença de notocorda, fendas branquiais na faringe e tubo nervoso dorsal único;
II - **subfilo Vertebrata**: animais cordados que têm, como características exclusivas, um encéfalo grande encerrado numa caixa craniana e uma coluna vertebral;

⁸ "O Filo Chordata compreende indivíduos triblásticos, celomados e deuterostômios. Possuem circulação fechada, tubo digestório completo; tubo nervoso único, dorsal e oco; fendas faríngeas e cauda pós-anal. Podem apresentar simetria bilateral, crânio e endoesqueleto. Este filo é dividido em três Subfilos: Urochordata, Cephalochordata e Vertebrata.

Os dois primeiros são, didaticamente falando, denominados protocordados. Estes não possuem crânio e tampouco vértebras: cordados invertebrados. Vertebrados possuem endoesqueleto ósseo ou de cartilagem, com vértebras que se desenvolvem na fase embrionária e podem ou não permanecer, sendo a presença de crista neural e dos anexos embrionários, características exclusivas deste subfilo.

Com mais de 50 mil espécies, os representantes vertebrados conquistaram os ambientes aquático, terrestre e aéreo. **Peixes, anfíbios, répteis, aves e mamíferos estão abrigados neste grupo.**"(grifos nossos)

Vide ARAGUAIA, Mariana. "Filo Chordata"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/biologia/chordata.htm>>. Acesso em 30 de abril de 2016.

A respeito da origem dos cordados vide http://www.uff.br/biodiversidade/images/stories/Zoologia/Aula_1_-_Origem_dos_Cordados_I.pdf

Vide ainda Villela/Ferraz, "Vertebrata" in Dicionário de Ciências Biológicas e Biomédicas, Atheneu,2007, pág.280.

⁹ A lei 10973/04, alterada pela lei 13243/16, ao dispor sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo também deve ser considerada bem como interpretada sistematicamente em face do conteúdo da lei 11794/08 particularmente em face dos princípios nela indicados. O princípio da promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégias para o desenvolvimento econômico e social bem como da redução das desigualdades regionais merece evidente destaque.

De qualquer forma e conforme já dissemos, ao fixar critérios normativos destinados a indicar parâmetros legais para a criação e a utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica em todo o território nacional, regulamentou referida lei, iluminada pelos princípios do direito ambiental constitucional, de que forma os animais das espécies classificadas como filo *Chordata*, subfilo *Vertebrata* podem ser utilizados em atividades educacionais.

A lei determina (§ 1º do art. 1º) que são consideradas como atividades de pesquisa científica todas aquelas relacionadas com ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, ou quaisquer outros testados em animais, conforme definido em regulamento próprio sendo certo que a utilização de animais em atividades educacionais fica restrita tão somente aos estabelecimentos de ensino superior bem como aos estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica.

Esclarece ainda (§ 2º do art. 1º) que são consideradas como atividades de pesquisa científica todas aquelas relacionadas com ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, ou quaisquer outros testados em animais, conforme definido em regulamento próprio.

Destaca e define também em seu art. 3º, inciso IV, o conceito de “morte por meios humanitários” como sendo a morte de um animal em condições que envolvam, segundo as espécies, um mínimo de sofrimento físico ou mental reconhecendo no plano infraconstitucional o comando da Carta Magna destinado a vedar práticas que submetam os animais à crueldade, observando evidentemente necessária interpretação sistemática em face dos arts. 205 a 207, 215, 216 bem como 217 a 219 da Constituição Federal.

Pois bem. Como condição indispensável para o credenciamento das instituições em atividades de ensino ou pesquisa com animais determinou referida lei a obrigatoriedade da constituição prévia das denominadas Comissões de Ética no Uso de Animais — CEUAs (art. 8º).

Pelas normas legais, estas comissões deverão ser integradas por médicos veterinários e biólogos, por docentes e pesquisadores nas áreas específicas bem como por 1 (um) representante de sociedades protetoras de animais legalmente estabelecidas no País (art. 9º).

A lei fixou a competência das CEUAs de forma clara e direta (art.10), a saber:

I - cumprir e fazer cumprir, no âmbito de suas atribuições, o disposto na Lei 11.794/08 e nas demais normas aplicáveis à utilização de animais para ensino e pesquisa, especialmente nas resoluções do CONCEA;

II - examinar previamente os procedimentos de ensino e pesquisa a serem realizados na instituição à qual esteja vinculada, para determinar sua compatibilidade com a legislação aplicável;

III - manter cadastro atualizado dos procedimentos de ensino e pesquisa realizados, ou em andamento, na instituição, enviando cópia ao CONCEA;

IV - manter cadastro dos pesquisadores que realizem procedimentos de ensino e pesquisa, enviando cópia ao CONCEA;

V - expedir, no âmbito de suas atribuições, certificados que se fizerem necessários perante órgãos de financiamento de pesquisa, periódicos científicos ou outros;

VI - notificar imediatamente ao CONCEA e às autoridades sanitárias a ocorrência de qualquer acidente com os animais nas instituições credenciadas, fornecendo informações que permitam ações saneadoras.

Verifiquem-se particularmente dois aspectos no que se refere à competência normativa vinculada às CEUAs: constatado qualquer procedimento em descumprimento às disposições da lei na execução de atividades de ensino e pesquisa, a respectiva CEUA deverá determinar a paralisação de sua execução, até que a irregularidade seja sanada, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis (parágrafo 1º do art.10); quando se configurar a hipótese prevista no § 1 do artigo 10, **a omissão da CEUA acarretará sanções à instituição, que serão aplicadas pelo Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal — CONCEA, nos termos dos arts. 17 e 20 da Lei (g.n).**

Claro está, tendo em vista a superior orientação constitucional, que as sanções em face das instituições de ensino e pesquisa não estão adstritas tão somente à responsabilidade administrativa e penal fixada na própria norma vez que nosso texto constitucional deixa clara que *“condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”* (CF, art. 225, § 3º).

Trata-se por via de consequência, de observar o critério constitucional de aplicação de responsabilidade civil, criminal e administrativa em face do regime da responsabilidade solidária, a saber, respondem solidariamente as instituições e os integrantes das CEUAs — aplicação da regra da tríplice responsabilidade do infrator (tanto pessoa física como jurídica): a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e a sanção que, didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente.

Num primeiro ponto de análise, temos que os ilícitos civil, administrativo e penal se encontram absorvidos num mesmo conceito: a antijuridicidade. Inexiste uma distinção embrionária; todos os tipos estão relacionados como uma reação do ordenamento jurídico contra a antijuridicidade praticada. Todavia, há diferenças entre estas três penalidades impostas. Entre os critérios identificadores da natureza dos ilícitos, podemos indicar: a) o reconhecimento do objeto tutelado por cada um; e b) o reconhecimento do órgão que imporá a respectiva sanção.

Sobre o assunto, ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁰ que o elemento identificador da sanção (se é de natureza administrativa, penal ou civil) é o objeto precípua de tutela. Se tratarmos de sanção administrativa é porque o objeto de tutela precípua são os interesses da administração (que acarretará a limitação dos excessos do individualismo). Terá lugar aludida sanção devido ao descumprimento das regras e princípios deontológicos do sistema violado. Já o elemento de discernimento da sanção de natureza administrativa para os demais tipos (penal e civil) concentra-se no regime jurídico a que está sujeita.

Isso porque, havendo um processo judicial como meio próprio de apuração da antijuridicidade para fins de aplicação da sanção, em que há o exercício do direito constitucional de ação e todas as demais garantias constitucionais para atuar em juízo, mediante prestação jurisdicional, sob o império da coisa julgada, estaremos diante de uma sanção civil ou penal. A sanção civil objetiva, como regra geral, a uma limitação patrimonial, enquanto a penal normalmente importa numa limitação da liberdade (privação ou restrição), perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão/interdição de direitos.

Assim, pode-se afirmar que o que irá interessar ao exegeta do direito não é a análise do conteúdo da lesão ou da reação, mas o regime jurídico do ato praticado, sua específica eficácia jurídica, bem como o meio posto à disposição do Estado para aplicar as normas legais.

Note-se que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, ao preceituar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a infrações penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados, consagrou a regra da cumulatividade das sanções, até mesmo porque, como visto as sanções penais, civis e administrativas, além de protegerem objetos distintos, estão sujeitas a regimes jurídicos diversos.

Teríamos então, no que se refere à aplicação da lei 11.794/08 no âmbito da CEUA conforme esclarece Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹¹ em face do sistema normativo ambiental em vigor o que segue:

¹⁰ Op.cit., passim

¹¹ Op. cit.passim

3.1. Responsabilidade civil

Como foi destacado, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo **objetiva**, em decorrência de o art. 225, § 3º, da Constituição Federal preceituar a “[...] obrigação de reparar os danos **causados**” ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil.

É fato que o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao **meio ambiente** e também **a terceiros**. Além disso, a responsabilidade civil pelos danos ambientais é **solidária**, conforme aplicação do art. 3º, I, da Carta Magna.

3.2. Responsabilidade administrativa

O § 3º do art. 225 da Constituição Federal informa que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções administrativas.

Sanções administrativas são **penalidades** impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito. As **sanções administrativas**, conforme orientação de doutrina tradicionalmente vinculada ao denominado “direito público” **estão ligadas ao denominado poder de polícia** enquanto atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou mesmo respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos¹².

Cabe, todavia, destacar que, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Conte¹³ em se tratando da tutela jurídica de bens ambientais e observando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia não estaria vinculado a interesse público e sim a **interesse difuso**. Daí, segundo o autor, o poder de polícia em matéria ambiental estar ligado, por via de consequência, a atividades da Administração Pública destinadas a regular prática de atos ou mesmo fatos em razão da defesa de bens de uso comum do

¹² BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. São Paulo:34, 2002.

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012

povo reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF).

Assim, a Constituição Federal entendeu por bem autorizar os órgãos antes mencionados, observados evidentemente todos os parâmetros previstos no conteúdo da Carta Magna¹⁴¹⁵ e analisados sistematicamente com particular destaque para a cláusula do *due process* (art. 5º, LIV e LV), a impor sanções das mais variadas (advertência, multas, apreensão de bens, destruição ou mesmo inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação de produtos, embargo ou mesmo demolição de obras, embargo ou mesmo suspensão parcial ou total de atividades e ainda restritiva de direitos) destinadas a resguardar os bens ambientais vinculados ao uso comum do povo.

3.3. Responsabilidade penal

A distinção fundamental, trazida pelos doutrinadores, está baseada em um balanceamento de valores, estabelecido pelo legislador, ao determinar que certos fatos fossem contemplados com uma sanção penal, enquanto outros com uma sanção civil ou administrativa.

Determinadas condutas, levando-se em conta a sua repercussão social e a necessidade de uma intervenção mais severa do Estado, foram erigidas à categoria de tipos penais, sancionando o agente com multas, restrições de direito ou privação de liberdade.

Ontologicamente, como se costuma afirmar, os ilícitos não se diferem, ocorrendo apenas uma distinção de gravidade do ato. Como afirma o ilustre Magistrado Flávio Augusto Monteiro de Barros¹⁶: “as razões que inclinam o legislador a conduzir a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo ou do direito civil, ao invés de puni-lo na órbita do direito penal, são de política criminal”.

¹⁴ O chamado “poder discricionário”, verdadeiro fetiche vinculado ao Poder Público (discricionariedade administrativa é a possibilidade que tem o Poder Público de praticar ou deixar de praticar determinado ato conforme entenda esse ato conveniente ou inconveniente para a administração, conforme lição de José Cretella Júnior), vem sendo devidamente mitigado em sistemas constitucionais atrelados a Estados Democráticos de Direito e evidentemente no âmbito da tutela jurídica da vida em todas as suas formas. Daí importante acórdão, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira, que impõe limites ao poder discricionário, destacando na oportunidade que “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e moralidade, também devem atender aos princípios da justiça” (RE 173.820-1. Recurso Extraordinário. Mandado de Segurança. Informativo STF 44.1996).

¹⁵ Em matéria vinculada à tutela jurídica da vida em todas as suas formas, a chamada escolha do administrador sempre deverá obedecer aos princípios do direito ambiental analisados em face dos princípios fundamentais da Carta Magna.

¹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Aplicação da lei penal e teoria geral do crime**. Apostila Curso preparatório CPC, São Paulo: 1997.

Na verdade, a ilicitude é uma só. Em regra, deveria importar sempre uma pena, porém esta é tida como um mal não só para o delinquente e sua família como para o próprio Estado, obrigado a gastos e dispêndios¹⁷.

Ademais, tendo em vista a falta de instrumentos compatíveis com a finalidade da sanção penal, tem o Estado procurado intervir apenas em situações que envolvam, em regra, ofensas de maior vulto à segurança de toda coletividade. Trata-se do princípio da intervenção mínima do Estado- apresentando-se a sanção civil eficaz para a proteção da ordem legal, desnecessário que ele intervenha, de modo a estabelecer através do legislador a aplicação de sanção penal.

Como pondera o sempre brilhante Néelson Hungria¹⁸, o ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, enquanto o ilícito civil é a violação da ordem jurídica para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, execução forçada, restituição in specie, breve prisão coercitiva, anulação do ato etc.

Como se verifica, a distinção está atrelada essencialmente aos valores atribuídos a determinadas condutas, em vista das circunstâncias da época, da potencialidade do dano objetivo e do alarde social.

Verificando a importância do meio ambiente, porquanto este é um direito fundamental, bem de uso comum do povo, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei n. 9.605/98, a qual disciplinou os crimes ambientais, atento ao preceito trazido pelo art. 5º, XLI, da Constituição Federal, que determina: “XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Desse modo, fez-se com que a tutela do meio ambiente fosse implementada através da forma mais severa de nosso ordenamento: pela tutela penal. Além disso, a mesma Lei n. 9.605/98 inovou consideravelmente o ordenamento jurídico penal, pois, em conformidade com o art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, trouxe a possibilidade da penalização da pessoa jurídica.

A penalização da pessoa jurídica foi um dos avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988. Avanço na medida em que se constatava que as grandes degradações ambientais não ocorriam por conta de atividades singulares, desenvolvidas por pessoas físicas. Elas apresentavam-se de forma corporativa. Com isso, fez-se necessário, a exemplo de outros países (como França, Noruega, Portugal e Venezuela), que a pessoa jurídica fosse responsabilizada penalmente.

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995

¹⁸ HUNGRIA, Nelson e DOTTI, Rene Ariel. **Comentários ao Código Penal**. vol.1 tomo 1, 4ª ed., São Paulo: GZ, 1958.

Muita controvérsia foi trazida também. Ademais deve ser ressaltado que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é aceita de forma pacífica. Pondera-se que não há como conceber o crime sem um *substractum humano*. Na verdade, o grande inconformismo da doutrina penal clássica reside na inexistência da conduta humana, porquanto esta é da essência do crime. Dessa forma, para aqueles que não admitem crime sem conduta humana, torna-se inconcebível que a pessoa jurídica possa cometê-lo.

Assim temos que com o art. 225, § 3º, da Constituição, o legislador constituinte abriu claramente a possibilidade dessa espécie de sanção à pessoa jurídica. Trata-se de política criminal, que, atenta aos acontecimentos sociais, ou melhor, à própria dinâmica que rege atualmente as atividades econômicas, entendeu por bem tornar mais severa a tutela do meio ambiente.

Desta forma e com base nos argumentos acima elencados, verificamos que o avanço normativo oriundo da publicação da norma legal em discussão à par de significativo e necessário, impõe cuidado redobrado em vista do sistema constitucional de proteção animal estruturado a partir de 1988 por meio do art. 225.

As severas sanções em face de danos e ou lesão a bens ambientais serão por força do sistema mencionado direcionado não apenas aos pesquisadores e membros das CEUAs, mas, também, às instituições de ensino que não auxiliarem de forma consistente nas atividades que serão ali desenvolvidas da forma como a legislação determina e indica, ou seja, uma utilização humanitária e consciente destes animais.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a criação e utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica estabelecida pela Lei nº. 11.794/2008 implica em observar fundamentalmente, mais que uma singela análise literal da norma acima, uma orientação sistemática advinda do texto constitucional, particularmente em face do tríplice regime de responsabilidade normativa ambiental por ela criada, no sentido de impor regime rigoroso no que se refere ao real significado do conteúdo indicado no art. 225, § 1º, VII da CF. Além disso, não devemos nos esquecer de que a correta interpretação sistemática que autoriza a utilização e a criação de animais para atividades de ensino e pesquisa científica devem necessariamente estar direcionadas em proveito de um desenvolvimento científico não só adaptado ao progresso das ciências, mas preponderantemente orientado para a solução dos problemas brasileiros (art.3º e 218 da CF) dentro de uma interpretação vinculada não só à dignidade da pessoa humana como também do denominado bem-estar dos animais definidos por critérios periciais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro De. **Aplicação da lei penal e teoria geral do crime**. Apostila Curso preparatório CPC, São Paulo: 1997.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. São Paulo: 34, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Princípios do processo ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

* Recebido em 28 maio 2016.



FORMAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO COMO DISCIPLINA JURÍDICA: RECORTES E EXCLUSÕES

*Celso de Barros Correia Neto**

Resumo

O texto analisa os limites que definem o Direito Tributário, como ramo jurídico, especialmente sua separação em relação ao Direito Financeiro, e as implicações práticas e atuais que tais limitações trazem para o debate jurídico. Apontam-se dois tipos de recortes metodológicos. Os recortes externos excluem da análise jurídica do tributo considerações relativas à finalidade (Política) e à eficácia (Economia) e os recortes internos afastam a análise jurídica do tributo dos demais ramos jurídicos, inclusive o Direito Financeiro.

Palavras-chave

Direito Tributário. Direito Financeiro. Política. Economia. Limites.

THE DEVELOPMENT OF THE TAX LAW AS A LEGAL BRANCH

Abstract

This paper analyzes the limits that define Tax Law, as a legal branch, especially its separation from Budget Law, and the current implication of such limitations to the legal debate. The text points out two types of cuts. The external cut excludes from the legal analysis the purpose (political issue) and efficiency of taxation (economy issue) while internal cut separates Tax Law from other legal branches, including Budget Law.

Keywords

Tax Law. Financial Law. Politics. Economy. Limits.

1. INTRODUÇÃO: IMPORTÂNCIA DO DEBATE

Este texto discute alguns velhos temas e suas repercussões atuais. Aborda os recortes que hoje dão forma às disciplinas do Direito Financeiro e

* Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e é professor do mestrado e da graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da pós-graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

do Direito Tributário, no Brasil, o processo histórico de sua formação e a maneira como estes acabam por influenciar e delimitar o debate jurídico-tributário no país, seja no âmbito acadêmico, seja no âmbito da decisão judicial.

O tema não é propriamente novo, mas revisitá-lo justifica-se por suas implicações atuais. A divisão entre as duas mencionadas disciplinas — Direito Financeiro e Direito Tributário — influi diretamente na configuração e na delimitação dos conceitos que nela se inserem. Separa o que é importante e deve ser considerado daquilo que é inaceitável e impertinente e, por conseguinte, não tem lugar no âmbito do debate jurídico-tributário.

O texto examina, assim, o processo histórico de desenvolvimento do Direito Tributário, como disciplina jurídica no Brasil, e verifica suas repercussões na conformação do discurso jurídico-tributário atual. Trata-se de verificar “os vestígios de historicidade dos conceitos que mobilizamos no campo do saber em que nos situamos”¹ e perceber as razões que influíram no processo de construção e delimitação do que poderíamos chamar de “disciplina jurídica do tributo”.

Pretende-se, enfim, revolver a tessitura das formulações teóricas que está subjacente a compreensão do Direito Tributário e Financeiro, como disciplinas autônomas, e examinar os limites que influem e determinam os contornos do fenômeno tributário, tal qual hoje conhecemos, e assim dar-se conta da moldura que enquadra nosso horizonte teórico atual.

2. DISCIPLINAS JURÍDICAS E SEUS RECORTES CONSTITUTIVOS

Há um modo peculiar e historicamente determinado de organização do saber jurídico. O discurso jurídico constrói-se de diferentes conceitos, compartimentos, classificações, divisões e agrupamentos. A multiplicidade, entretanto, não conduz ao caos. Existem sempre regras, métodos, exclusões e procedimentos a influir na formulação dos saberes e dos discursos.² No Direito, observa-se certa ordem interna, uma forma peculiar de organização que o estrutura e lhe dá sentido, posicionando cada conceito e cada elemento no seu devido lugar.

Na organização interna do conhecimento jurídico, a divisão entre “ramos” ou “disciplinas jurídicas”, como preferimos designar, desempenha papel fundamental. Ao traçar balizas e definir contornos dos diferentes segmentos

¹ GREGOLIN, Maria do Rosário. *Foucault e Pêcheux na Análise do Discurso — diálogos e duetos*. 2ª ed. São Carlos: Claraluz, 2006, p.11.

² “[...] em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade.” FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Trad. Laura F. de Almeida Sampaio, São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 9.

do discurso jurídico e designar a posição adequada de cada objeto no interior de cada compartimento, as disciplinas operam também como princípios de interdição ou exclusão: repelem aquilo que não é pertinente ao segmento em questão ou ao próprio universo jurídico em geral.

Não se trata, é claro, de “princípio” em sentido jurídico, nem nos referimos a algo que se situe no nível do direito positivo, mas a um elemento estruturador do próprio conhecimento do Direito, que determina que pode e o que não pode ser dito e, assim, determinam as exclusões necessárias.

Ao apresentarmos uma questão, já estamos, de certo modo, cuidando de delimitar o âmbito das respostas válidas. As perguntas determinam respostas possíveis ou pertinentes e, dessa forma, delimitam o que é útil e importante. “Na realidade, a posição de um problema arrasta em si tudo o que lhe é anexo — até o modo de o discutir”, afirma Vergílio Ferreira³. “Pôr uma questão é já tê-la escolhido como válida e ter escolhido o tipo de argumentação de acordo com essa questão ou do modo de a colocarmos”, conclui o autor.⁴ O limite abarca o certo e o errado, mas deixa de fora aquilo que é absurdo e impertinente.

Como afirma Gabriel Ivo, “Toda ciência, portanto, pressupõe esse corte metodológico, pois seria impossível apreender a realidade em sua totalidade, conforme sua disposição no mundo.”⁵ A delimitação dos saberes, no entanto, constitui-se, até certo ponto, arbitrariamente. Tem razões que transcendem a ordem do conhecer e alojam-se no campo da história. Não preexiste, é corte que se instaura no ato do conhecimento e assim constitui e conforma o objeto conhecido. “Não é fácil isolar, da contextura total do existente, um sector autônomo, que sirva de base a um sistema de conhecimentos, porque a secção a que se leva a termo não deixa de ser arbitrária e artificial”, reconhece Lourival Vilanova.⁶

De fato, os limites e contornos sempre poderiam ser outros, sempre poderiam ser diferentes. “O conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento”, afirma Michel

³ FERREIRA, Vergílio. **Questionação a Foucault e a Algum Estruturalismo**. In: FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Lisboa: Edições 70, 2005, p.24.

⁴ FERREIRA, 2005, p.24.

⁵ IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 25.

⁶ VILANOVA, Lourival. **O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado**. Recife: Imprensa Oficial, 1953, p. 87.

Foucault.⁷ E todo conhecimento é excludente, na medida em que o conhecimento é também um desconhecimento daquilo que não se compreende nos lindes do objeto conhecido ou do horizonte teórico da disciplina.⁸

O argumento aplica-se igualmente ao conhecimento jurídico. O saber jurídico é também saber delimitado e, nesse sentido, excludente. Existe no pensamento do Direito o trabalho de delimitar, conceituar e classificar, que é típico do esforço acadêmico. Mas, no caso do Direito, os conceitos, as delimitações e disciplinas têm sempre, em última análise, vocação prática de servir de orientação do agir.

A dogmática jurídica é um saber prático. É conhecimento que se refere à ordem das ações voluntárias: a ordem que a própria razão determina ao organizar meios na direção de objetivos, isto é, a razão dirigida a uma obra.⁹ No Direito, a interpretação tem função normativa, mesmo quando o intérprete não é órgão do sistema, quando não é “intérprete autêntico”, na conhecida expressão de Kelsen, e sua interpretação não dá lugar à nova norma jurídica.¹⁰

O raciocínio empregado pelo jurista na interpretação da lei está muito mais preocupado em decidir e agir do que propriamente em conhecer. O conhecimento, no caso, é etapa do cálculo de meios e fins, que é imanente ao agir prático. “Ora, o problema que caracteriza esse tipo de interpretação é o de entender para agir ou, de todo modo, para decidir”, explica Emilio Betti, “ou seja, para tomar posição em relação a preceitos a serem observados, ou relativamente a dogmas e avaliações morais”, conclui o jurista.¹¹

Sendo assim, os limites das disciplinas jurídicas — como é o caso do Direito Tributário e do Direito Financeiro — têm também consequências práticas

⁷ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Moraes et al. Rio de Janeiro: NAU editora, 2003, p.24.

⁸ “[...] o conhecimento é ao mesmo tempo o que há de mais generalizante e de mais particular. O conhecimento esquematiza, ignora as diferenças, assimila as coisas entre si, e isto sem nenhum fundamento em verdade. Devido a isso, o conhecimento é sempre um desconhecimento.” FOUCAULT, 2003, p. 25.

⁹ Ao mencionar o conceito de razão prática, temos em mente a ideia de razão do agir, voltada para a decisão e para a direção, que trabalha e modifica o mundo, não simplesmente o contempla. “Prática” porque orientada para guiar a ação, dando-lhe diretrizes, dando-lhe um sentido para seguir. Sobre o conceito de razão prática, ver: GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. Trad. José Reinaldo de Lima Lopes. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, p. 179-214; Tomás de Aquino, Suma teológica, Iae, Iae, Q. 94, art. 2º, Trad. de José Reinaldo de Lima Lopes. In: LOPES, Queiroz e Acca. **Curso de história do direito**. São Paulo: 2008 Método, p. 54-56; BERTI, Enrico. **As Razões de Aristóteles**, 2ª ed. trad. Dion D. Macedo, São Paulo: Loyola, 2002; FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

¹¹ BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.5-6.

no plano da ação jurídica. As classificações, conceitos¹² e exclusões, no plano jurídico, trazem, direta ou indiretamente, implicações no plano da ação e da decisão.

3. DISCIPLINA JURÍDICA DO TRIBUTO: DOIS PONTOS DE VISTA

No Direito brasileiro, a análise jurídica da tributação faz-se a partir de dois pontos de vista, separados por motivos, métodos e procedimentos. A divisão traz consequências institucionais relevantes e é sentida no plano do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência. O Direito Financeiro é “a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado”¹³; o Direito Tributário, por sua vez, trata da instituição, arrecadação e fiscalização dos tributos¹⁴, conforme a orientação hoje assentada.

De modo geral, parece correto afirmar que aquele seria ramo mais amplo do que este, uma vez que o regramento da atividade financeira do Estado compreende o gasto público, a gestão financeira e a obtenção de receitas, entre as quais se encontram os tributos, espécie de receita derivada. O tributo representaria, assim, o ponto de interseção entre ambos, a zona comum.

Na prática, contudo, a distinção vai além da extensão de conceitos e objetos contidos em ambas as disciplinas. Há diferença de perspectiva. O tributo interessa ao Direito Tributário, tanto quanto ao Direito Financeiro, mas de uma forma diferente, diríamos. São outras as preocupações, outros os objetivos e limites, como veremos a seguir.

3.1. Duplo corte constitutivo da disciplina jurídica do tributo

A delimitação dos espaços constitutivos do Direito Financeiro e do Direito Tributário, com objetos, instrumentos conceituais, técnicas e horizontes teóricos próprios, forma-se com base em duas separações, dois cortes epistemológicos que são determinantes de sua constituição como disciplina jurídica.

¹² Como as disciplinas, as definições que delas fazem parte também ensejam exclusões. “Os conceitos, quer normativos, quer empírico-naturais ou empírico-sociais, são seletores de propriedades”, afirma Lourival Vilanova, na sentença tantas vezes citada entre tributaristas. (VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 85.) Na mesma linha, aduz Paulo de Barros Carvalho: “Formulando conceitos, que são invariavelmente seletores de propriedades, o emissor acentua os aspectos que correspondam a seus valores, passando-os ao receptor”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.46

¹³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

Um deles é externo e separa o Direito do não direito; o outro, interno e distingue essas disciplinas jurídicas de outras que também integram o “mundo do direito”.

O duplo recorte é constitutivo, porque dá os contornos daquilo que se pode chamar de “Direito Tributário” e “Direito Financeiro”. E é ao mesmo tempo excludente, por afastar do campo de interesse certos elementos, ditos inapropriados ou mesmo deletérios para o ponto de vista que se desenvolve sobre a questão, no caso, o ponto de vista jurídico. Os contornos cuidam, em suma, de definir o que, de fato, é importante (pertinente) e o que não é.

De certo modo, é possível afirmar que os recortes representam momentos ou etapas de constituição do Direito Financeiro e do Direito Tributário tal como hoje os conhecemos. O primeiro esforço é de constituir o espaço de análise *jurídica* da atividade financeira do Estado, livre de elementos e argumentos de outra natureza, como os de ordem política e econômica. Aqui, neste momento, não existe ainda algo que se possa chamar com precisão de Direito Financeiro ou Tributário, mas uma tal “Ciência das Finanças”, inserta nos currículos universitários e, por conseguinte, na mentalidade dos juristas, e composta por elementos jurídicos, econômicos e políticos da Fazenda Pública. A etapa seguinte refere-se a diferenciações internas e afirma a necessária “autonomia” do ramo jurídico, a princípio, com pretensões “científicas” e, depois, como recurso “meramente didático”.

Da soma dos recortes, desenham-se os contornos das disciplinas que se voltam ao tributo e à atividade financeira do Estado, tema de que trataremos nos tópicos seguintes.

3.2. Recortes externos: Ciência das Finanças, Política Fiscal e Direito Tributário

A primeira distinção que queremos mencionar é a que se estabelece entre Direito Financeiro, de um lado, Ciência das Finanças e Política Financeira (ou Fiscal), de outro. Este seria um corte “externo”, por distinguir entre o jurídico (Direito Financeiro/Tributário) e o não jurídico (Ciência das Finanças e Política Financeira).

A seção dá contorno ao debate jurídico. Separa o que tem relevância para o Direito e pode ser suscitado a propósito de se estabelecer solução para um problema jurídico, daquilo que *a priori* é desimportante e não pode — ou deve — ser dito ou considerado. Certamente, aqui subjaz a discussão acerca do conceito de Direito e do viés teórico a adotar em sua definição. Faz-se corte, dito “metodológico”, para separar o que é relevante daquilo que, em princípio, não interessa à análise jurídica.

O corte, em si, é necessário para constituição do objeto de análise, mas o ponto a partir do qual se recorta encontra justificção mais sociológica e histórica do que lógica. É, de certo modo, arbitrário: poderia ser outro, de outra forma, com outros contornos. Recortar a realidade não se trata de ignorar que exista “outro mundo” além do “mundo jurídico” — para usar a expressão de Alfredo Augusto Becker e Pontes de Miranda¹⁵ —, mas de deixar este outro de lado, ainda que parcial e temporariamente, no momento da análise jurídica. Põe-se uma parte do mundo entre parênteses:

Não se nega a complementariedade de outros pontos-de-vista para um saber integral do ser do direito positivo. Apenas faz-se o corte metodológico, pondo-se entre parênteses fatores que são relevantes para outras ciências, mas não para os juristas ocupados em interpretar normas, em reconstruir conceitos e princípios do sistema de normas, em função de sua aplicabilidade aos fatos da vida.¹⁶

Ao se colocar entre parênteses o objeto de análise, excluem-se certos argumentos do debate jurídico, como questão que não é pertinente ou afirmação que não é admissível.¹⁷ No campo do Direito Financeiro e Tributário, o recorte jurídico epistemológico afasta do discurso jurídico a Ciência das Finanças e a Política Fiscal (ou Financeira).

A noção de norma jurídica é, nesse ponto, o conceito-chave — o objeto do Direito (Ciências). “Tudo decorre da norma jurídica”, sintetiza Gabriel Ivo.¹⁸ Daí que “Cabe-lhe [ao jurista] verificar quais são as normas em vigor [...] As razões históricas, sociológicas, ou antropológicas que agem na criação do Direito são temas pré-jurídicos”.¹⁹

De certo modo, trata-se de realizar, em matéria de Direito Financeiro e Tributário, a dupla purificação do discurso jurídico que pretendia Kelsen. Em “Teoria Pura do Direito”, o jurista austríaco defende uma teoria “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria

¹⁵ Explica Pontes de Miranda sobre a relação entre os mundo fático e mundo jurídico: “Os conceitos de que usa o jurista são conceitos de dois mundos diferentes: o *mundo fático*, em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o *mundo jurídico* em que só se leva em conta o que nele entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu. O mundo jurídico está, pois, todo, no pensamento do jurista e do povo. Por isso mesmo, é a soma dos fatos jurídicos”. MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 21.

¹⁶ VILANOVA, 2005, p. 62.

¹⁷ “Vale dizer, o autor pode, perfeitamente, enriquecer seu discurso descritivo com orações estranhas, desde que o faça a título de observações marginais. Torna-se possível, então, transladar sentenças da Economia, da Ciência Política, da Sociologia, da História e da Antropologia para ajudar no esclarecimento indicativo, para servir de contraste, de pano de fundo, jamais para fundamentar o modo de ser peculiar do pensamento jurídico.” CARVALHO, 2008, p.158.

¹⁸ IVO, 1997, p.29.

¹⁹ IVO, 1997, p.28.

jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.²⁰ A primeira é purificação “positivista” e “antijusnaturalista”, afasta do saber jurídico a moral e a política. A segunda é purificação “antissociológica” e “antinaturalista”, separa o direito das ciências da natureza, nelas incluídas a Economia.²¹ Aplicada ao Direito Financeiro/Tributário, a primeira purificação afastaria do campo jurídico a Política Financeira ou Fiscal; a segunda, a Ciência das Finanças.

No processo constitutivo das disciplinas em questão, o desejo de “purificação” conceitual tornou-se verdadeira profissão de fé entre alguns juristas brasileiros. Mesmo aqueles que dificilmente poderiam ser taxados de “positivistas” reconhecem a necessidade de efetuar distinções e afastar da análise jurídica elementos que não lhe são pertinentes. É o caso, por exemplo, de Ricardo Lobo Torres, que afirma:

A escravização do direito tributário à ‘economia’ e à ‘ciência das finanças’, pela redução daquela à técnica jurídica e pela atribuição do conteúdo valorativo às ciências extrajurídicas, tão ao gosto do positivismo sociológico e historicista, perdeu terreno face à nova compreensão dos sistemas sociais e do coeficiente de normatividade presente nas ciências humanas.²²

Em certas situações, o esforço beira o exagero. Alfredo Augusto Becker, por exemplo, refere-se à “infeliz mancebia do Direito Tributário com a Ciência das Finanças Públicas”, que o “desviriliza” e “exaure toda a juridicidade da regra jurídica tributária”.²³ Para o autor, a separação rigorosa entre um e outro seria de “importância vital” para a afirmação do Direito Tributário como Ciência. “O maior equívoco no Direito Tributário é a contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos *pré-jurídicos* (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc.)”, afirma o jurista, “esta contaminação prostitui a atitude mental jurídica”, conclui.²⁴ É claro que, além do estilo que é próprio do autor, as palavras de Becker não podem ser compreendidas deslocadas do momento em que foram escritas: tempo em que ainda parecia necessário pintar com tintas fortes os limites do fenômeno jurídico-tributário.

O esforço de diferenciação entre a Ciência das Finanças e o Direito Financeiro marca o surgimento dessa disciplina jurídica. A princípio, não se constituíram de modo claro os limites entre disciplina jurídica e atividade financeira da Fazenda Pública. Misturavam-se, no discurso jurídico-legislativo,

²⁰ Kelsen, 1998, p. XI.

²¹ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p.288.

²² TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 82.

²³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p.5.

²⁴ BECKER, 2007, p.42.

nos tribunais e na academia, argumentos de ordem econômica e política aos de teor propriamente jurídico. Aliás, desde 1891, a cadeira que havia nas Faculdades de Direito do país era a de Ciência das Finanças, não a de Direito Financeiro, que só passa a integrar os currículos universitários dos cursos jurídicos no Brasil na década de 1960.²⁵ Os tributos, à época, eram vistos como um dos capítulos das Finanças, ramo da economia, e deveriam ser estudados sob este viés.

Em 1898, João Pedro da Veiga Filho, em obra didática produzida a propósito de sua atuação como docente na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, definia Ciência das Finanças como “a sciencia que pela observação estuda as leis geraes que regem a receita, a despesa, o orçamento e o crédito público [sic]”.²⁶ O direito financeiro, por sua vez, seria o conjunto de regras que regulam as finanças do Estado.²⁷ Já àquela época existia a preocupação de discernir Ciência das Finanças e Direito Financeiro, como se observa na seguinte passagem:

O direito financeiro é o complexo de leis segundo as quaes são reguladas as finanças do Estado.

Muito se distingue da sciencia das finanças, a qual é essencialmente teórica ou especulativa e esta os principios geraes, as condições de uma boa organização financeira.

²⁵ Entre 1982 a 1962, os cursos jurídicos no Brasil contavam com currículo único, rígido e nacional, em que constavam as cadeiras que deveriam ser atendidas pelo estudante. Em 1891, o Decreto n. 1232 H, de 2 janeiro de 1891, editado por Deodoro da Fonseca, aprova o “regulamento das Instituições de Ensino Jurídico, dependentes do Ministério da Instrução Pública”, que inclui a “Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado” entre as matérias previstas no art. 5º. A mesma cadeira estava prevista também na Lei 314, de 30.10.1895. Com algumas poucas modificações, o currículo mantém-se de 1895 a 1962. Neste ano, sob a égide da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n. 4.024, de 1961, o Conselho Nacional de Educação aprova em 15.9.1962, o Parecer 215, que propõe um currículo mínimo para o curso de Direito e inclui, entre as matérias previstas, “Direito Financeiro e Finanças”. Nova mudança ocorre em 1972, com a Resolução n. 3, de 25.2.1972, do Conselho Federal de Educação, que passa a incluir entre as matérias opcionais do curso de graduação em Direito a disciplina “Ciência das Finanças e Direito Financeiro (Tributário e Fiscal)”. Anos mais tarde, em 1981, a Comissão de Especialistas de Ensino Jurídico, constituída pelo Ministério da Educação com a finalidade de refletir com profundidade a organização e o funcionamento dos cursos de Direito no país, apresentou nova proposta de currículo mínimo em que a disciplina “Direito Financeiro e Tributário” figurava entre as “Matérias de Formação Profissional”. A proposta, no entanto, não chegou a ser implementada. Em 1994, a Portaria n. 1.886/94, do Ministério da Educação trouxe novidades para a formulação dos cursos jurídicos e fez constar do currículo mínimo a disciplina “Direito Tributário”. O histórico da evolução do currículo dos cursos de Direito pode ser visto em: BRASIL, Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer n. 0055/2004**. Assunto: Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito. Relatores: José Carlos de Almeida da Silva e Lauro Ribas Zimmer. Aprovado em 18.2.2004.

²⁶ VEIGA FILHO, João Pedro da. **Manual de Sciencia das Finanças**. São Paulo: Typ. da Companhia Industrial de São Paulo, 1898, p. 2.

²⁷ VEIGA FILHO, 1898, p. 25.

O direito financeiro tem por seu objetivo a aplicação d'esses princípios; a parte pratica da sciencia, os direitos e deveres que nascem das relações creadas pela actividade financeira.

O direito financeiro comprehende todas as regras por que se deve dirigir a administração geral da fazenda nacional, no que é relativo á receita e despeza, orçamento e credito publico [...] ²⁸

Ao que parece, a definição utilizada no final do século XIX²⁹ não é muito diferente da que se encontra hoje, mais de cem anos depois, nos manuais de Direito Financeiro (e Tributário) contemporâneos. Já eram claros os quatro elementos em que se divide a atividade financeira — receita, despesa, orçamento e crédito público —, tanto quanto se sabia que poderiam ser analisados do ponto de vista econômico das relações de causa, consequência e probabilidade em que se inserem, ou do regramento jurídico-estatal que sobre eles incide.

Nas décadas de 1950-60, Aliomar Baleeiro propunha definir a Ciência das Finanças como “disciplina que, pela investigação dos fatos, procura explicar os fenômenos ligados à obtenção e [sic] dispêndio do dinheiro necessário ao funcionamento dos serviços a cargo do Estado e de outras pessoas de direito público”.³⁰ Baleeiro acrescentava ainda ao objeto das Finanças “os efeitos outros resultantes dessa atividade governamental”³¹, elemento que não constava da definição adotada por Veiga Filho. A inclusão parece adequar o objeto da Ciência das Finanças ao novo papel assumido pelo Estado, após a II Guerra Mundial. O estudo das Finanças passa a abarcar também os “efeitos extrafiscais da atividade financeira” e analisar os fins, os instrumentos e os resultados da intervenção do Poder Público na economia.

Geraldo Ataliba, em texto publicado em 1969, explica que a Ciência das Finanças seria pré-legislativa e o Direito Financeiro, pós-legislativo. Haveria entre um e outro diferença elementar: “enquanto, no direito financeiro, o único e essencial dado é a *norma*, na ciência das finanças a norma é um dentre inúmeros outros dados.”³² Segundo Ataliba, a consequência da distinção está

²⁸ VEIGA FILHO, 1898, p. 25.

²⁹ No “Compendio de Direito Financeiro”, de 1841, uma das primeiras obras dedicadas ao estudo do Direito Financeiro no Brasil, José Antonio da Silva Maia define Direito Financeiro nos seguintes termos: “Entendemos por Direito Financeiro aquelle, que comprehende as regras, por que se deve dirigir a Administração Geral da Fazenda Nacional, no que he relativo á Receita e Despeza do Império, á Arrecadação, Fiscalisação, e Distribuição das Rendas Publicas, ao desempenho das attribuições de todos os encarregados da guarda, e applicação dos Dinheiros Nacionanes; á tomada de suas contas; e á maneira de lhes fazer efetiva a responsabilidade. MAIA, José Antonio da Silva. **Compendio de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1841, p. 1

³⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Fianças e à Política Fiscal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p.6. A primeira edição da obra data de 1954.

³¹ BALEEIRO, 1964, p.6.

³² ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 40.

na impossibilidade de se invocarem argumentos financeiros (econômicos, sociológicos, políticos, éticos ou administrativos) pelo jurista no desempenho de atividade dogmática.³³ Aduz o autor,³⁴ a propósito da distinção:

É nítida, total e radical a diferença entre a ciência das finanças e o direito financeiro. Este é o conjunto de normas jurídicas que regula a atividade financeira do estado. Aquele consiste num conjunto de princípios operativos (de índole econômica) e conceitos descritivos sobre a atividade financeira do estado, sob inúmeras perspectivas (política, sociológica, psicológica, ética, econômica, administrativa e jurídica) unitariamente consideradas.³⁵

A Política Fiscal ou Financeira serviria de elemento intermediário entre a fase pré-normativa (as Finanças) e a fase pós-normativa (o Direito). “A demarcação da investigação do jurídico se dá pelo caminho das normas — sub specie normae”, destaca Gabriel Ivo.³⁶ Em outras palavras, “são as normas jurídicas que estabelecem o que é do mundo jurídico, e o que não é. Por conduto de conceitos o legislador formula quais os fatos que saem do mundo fático e ingressam no mundo jurídico. A porta de entrada é a hipótese normativa.”, sintetiza o autor.³⁷

Desse modo, o legislador colheria, nas Finanças, elementos a subsidiar a produção legislativa, encarregada da “fabricação” do direito financeiro e tributário, como norma jurídica. Os “fins” últimos definem-se no campo da política, na lei e na Constituição, tanto quanto os “meios”, que, no entanto, não escapam de ter sua eficácia técnica comprovada. Em termos econômicos, o Estado aponta certas necessidades coletivas que devem ser satisfeitas e, para tanto, precisa obter ou produzir bens, em sentido econômico, o que implica despesas e, por conseguinte, requer meios de financiamentos, isto é, receitas.³⁸

A relação entre os três saberes³⁹ — Política, Economia e Direito — é sintetizada pelo autor argentino Rafael Bielsa nos seguintes termos:

³³ ATALIBA, 1969, p. 40.

³⁴ “Tem-se de distinguir do direito financeiro a matéria financeira. Finanças não são direito. Direito financeiro é direito, embora sobre finanças”, afirma Pontes de Miranda, ao comentar o art. 60, I, da Constituição Federal de 1967, que reservava ao Presidente da República a iniciativa exclusiva para dispor sobre “matéria financeira”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III, (art. 34-112), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 161.

³⁵ ATALIBA, 1969, p.37.

³⁶ IVO, 1997, p. 29.

³⁷ IVO, 1997, p. 29.

³⁸ TEIXEIRA, José Joaquim Ribeiro. **Lições de Finanças Públicas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 23.

³⁹ Ver também: ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 27.

A concepção e as diretrizes gerais para realizar “fins” mediante a atividade do Estado configuram a *política financeira*; o estudo racional dos meios e procedimentos ou métodos científicos para realiza esses fins é objeto da “ciência das finanças”; e, finalmente, a regulamentação *jurídica* dessa atividade do Estado é o *Direito Financeiro*.⁴⁰

A afirmação de que os “fins” da atividade financeira do Estado pertencem ao plano da Política afasta a preocupação finalística do campo jurídico. Seria este um elemento “pré” jurídico, anterior ao Direito posto e que, portanto, interessaria não ao jurista, mas ao político.⁴¹ Já os efeitos da norma posta na realidade econômica e social, por sua vez, seriam dados “pós” jurídicos, excluídos da análise jurídica tanto quanto as finalidades a que se dirigem.⁴²

Tal “efeito de exclusão”, no plano do discurso, é um ponto que aqui se deseja destacar. Nada indica que os juristas, quando se referem ao conceito de Ciência das Finanças ou Política Financeira, tenham efetivamente a preocupação de verificar a definição que adotam os economistas e os cientistas políticos. Na verdade, projeta-se uma imagem do que seja este ou aquele saber para o fim de qualificar exclusões. A importância das definições propostas, nesse caso, é de assentar diferenças e traçar limites, quanto ao objeto e quanto ao método. E, assim, poder afirmar: “isto não me interessa como jurista, isto não interessa ao direito, não deve ser levado em consideração na solução de uma demanda jurídica”.

Veja-se, por exemplo, o que afirma Geraldo Ataliba sobre o escopo da atividade tributária. De início, Ataliba aponta que “a justificação da tributação está na necessidade de recursos que tem o estado” e que, “por razões históricas e econômicas, seus recursos próprios não são suficientes”, necessitando o Es-

⁴⁰ BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*. Vol. II. Derecho Fiscal. Buenos Aires: Depalma, 1951, p.5.

⁴¹ É importante destacar que as fases que antecedem a edição da norma jurídica não são exatamente alheias ao direito, na medida em que a própria produção jurídica — leia-se: a produção dos enunciados prescritivos — é regulada pelo sistema do direito positivo. Gabriel Ivo destaca que, mesmo na fase pré-legislativa, que resultará na elaboração de um “anteprojeto de instrumento normativo”, há momentos (aspectos) regulados pelo direito, ainda que não fiquem registrados na enunciação enunciada. Já, na fase legislativa, o “conjunto de atos que desemboca na criação de um instrumento introdutor de normas”, a lei, é plenamente regulado pelo direito positivo, inclusive mediante regulação constitucional, na media em que “As normas de produção normativa são meta regras que têm como objeto a criação de normas jurídicas”. IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 8, 12 e 13.

⁴² “O legislador, ao escolher os fatos que integrarão a hipótese de incidência tributária, vale-se de conceitos oferecidos pela Ciência das Finanças e pela Política Fiscal. Instituído o tributo, sua repercussão pode ser objeto de estudo das indigitadas disciplinas ou da Ciência do Direito, conforme se trate de repercussão econômica ou jurídica, respectivamente. Ao observarmos o fenômeno existencial de um determinado sistema de direito positivo, porém, somos imediatamente compelidos a abandonar outros prismas [...]”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 373.

tado de “recorrer ao patrimônio de todos os sujeitos ao seu poder”. Em seguida, rechaça completamente a importância do argumento para a análise jurídica:

Tal é a justificação metajurídica (política, histórica e sociológica). A justificação jurídica está no *poder* de coação do estado. Se ele usa deste poder — na forma do prescrito na constituição — o tributo está justificado juridicamente. O fundamento da tributação está no poder de *imperium*, poder irresistível de mando, de que dispõe o estado, limitado só pela constituição.⁴³

Ao pretender que a tributação se fundamente, do ponto de vista jurídico, tão somente na legalidade, ou melhor, na legalidade autorreferenciada, Geraldo Ataliba afasta o problema da finalidade do campo jurídico. O tributo não seria senão resultado da aplicação da Constituição, sem qualquer escopo que merecesse consideração jurídica. O indivíduo deve sujeitar-se ao tributo porque revela capacidade contributiva, porque praticou o fato gerador. O Estado tributa porque detém competência. Que o tributo produza receitas, esta é uma consequência que não parece estar totalmente incluída no horizonte de preocupações do jurista, de acordo com esse raciocínio.

Em linhas gerais, é dessa forma que se demarcam as fronteiras externas da disciplina jurídica do tributo. As transcrições e referências a obras clássicas e antigas vêm a título de ilustração, para assinalar o modo como se desenvolveu e ganhou forma o Direito Financeiro no Brasil. Firmam o ponto de partida (e de vista) dos juristas acerca do fenômeno financeiro. Mais do que aquilo que destacam, interessam-nos pelo que deixam de lado, pelo que excluem do âmbito jurídico. São exclusões que têm efeitos práticos no campo da ação e da decisão judicial.

3.3. Recortes internos: as disciplinas jurídicas

Além das exclusões que podem ser chamadas de “externas” e que afastam do fenômeno financeiro aspectos não jurídicos, há ainda recortes internos ao Direito, que distinguem o objeto dos diferentes “ramos” ou disciplinas jurídicas. Aqui a questão está em saber: quais argumentos ou elementos jurídicos devem ser considerados quanto se trata de oferecer uma solução válida para um problema jurídico-tributário ou jurídico-financeiro?

O teor imperativo da expressão “dever ser considerados” não vem por acaso. Há mesmo um tom normativo nos recortes internos e externos que caracterizam as disciplinas jurídicas. Mais do que separações didáticas, as divisões entre as diversas disciplinas jurídicas operam como mecanismos internos

⁴³ ATALIBA, Geraldo. Aportamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 92.

de coerção e delimitação do discurso jurídico-dogmático. São critérios de pertinência que, assim como os recortes externos, conformam e definem o âmbito das disciplinas e, por conseguinte, os debates, os argumentos e as questões que elas administram.

Os recortes internos conduzem-nos ao problema da autonomia das disciplinas jurídicas e, no que nos interessa, à autonomia do Direito Financeiro e Tributário. A questão não é nova. O discurso em defesa da autonomia do Direito Financeiro é típico do momento em que se precisava afirmar e constituir tal saber jurídico de maneira sistemática e independente. De início, a postulação revestia-se de pretensão “científica”. Falava-se então em autonomia “científica” do Direito Financeiro — e, ao depois, também do Tributário. Hoje é mais comum dizer-se autonomia “didática”, ao argumento de que o direito positivo seria unidade incindível. A separação entre as disciplinas consistiria, nessa linha, em recurso meramente ilustrativo.

Não nos interessa rediscutir o tema, mas constatar as implicações atuais desse velho debate e o modo como influi no processo de delimitação da disciplina jurídica do tributo. Didática ou científica, a preocupação com a autonomia do Direito Financeiro é dado recente na história das ideias jurídicas. Teria sido o austríaco Myrbach-Rheinfeld, em obra de 1910, o “primeiro a estudar o direito financeiro como disciplina autônoma”.⁴⁴ No Brasil, embora as primeiras obras sobre o Direito Financeiro datem do século XIX, a questão da autonomia só vem a ser ativamente discutida no século seguinte e incorporada ao direito positivo nas décadas de 1940 e 1950, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. O reconhecimento da autonomia viria, especialmente, com a previsão da competência da União para editar “normas gerais de direito financeiro” (art.5º, XV, “b”).

Data de 1841 a obra “Compendio de Direito Financeiro”, de autoria de José Antônio Silva Maia, que, como próprio nome indica, preocupava-se fundamentalmente em coligar a legislação vigente sobre a matéria e apontar alguns conceitos necessários à compreensão dos temas de que tratava.⁴⁵ Mais de uma década mais tarde, em 1855, José Maurício Fernandes Pereira de Barros publica “Apontamentos de Direito Financeiro”, obra em que se propõe a atualizar e aprofundar os estudos inaugurados por José Antônio Silva Maia.⁴⁶

⁴⁴ A obra citada é “Précis de Droit Financier”, que ficou conhecida no Brasil na tradução francesa, datada de 1910. Cf. SOUSA, Rubem Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954, p. 7; BALEEIRO, Aliomar. **Alguns Andaimos da Constituição**. Aloísio Maria de Oliveira Editor, 1950, p. 151-2.

⁴⁵ MAIA, José Antonio da Silva. **Compendio de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1841.

⁴⁶ Dizia José Maurício Fernandes Pereira de Barros, na apresentação de sua obra, a propósito das razões que o motivaram a escrever os “Apontamentos” e também das diferenças do seu texto em relação ao de José Antônio Silva Maia: “Convencendo-nos de que se tornava necessário um

Não estamos a afirmar simplesmente que a autonomia do Direito Financeiro — e posteriormente a do Direito Tributário — seria mero resultado da previsão constitucional da edição de normas gerais na matéria. Não nos parece que se possa apontar esta relação de causa e efeito nesses termos. Tampouco estamos a pretender exatamente o contrário, ou seja, que a previsão constitucional seja mero resultado causal da afirmação histórica da autonomia do direito financeiro. Diríamos então que um e outro são peças do mesmo contexto, elementos do mesmo mosaico: fragmentos do mesmo discurso.

O processo da constituinte que deu ensejo à Carta de 1946 é descrito na obra “*Alguns Andaimos da Constituição*”, por Aliomar Baleeiro, relator da “*Discriminação de Rendas*” daquela Constituição. Segundo o autor, a princípio, não constaria daquele texto constitucional a previsão da competência acima referida nos trabalhos da constituinte. A redação primitiva do art. art. 5º, XV, “b”, não mencionava a palavra “financeiro”. Foi de autoria do próprio Baleeiro, juntamente com Rui Santos, João Mendes e Luiz Vianna, a emenda (n. 938) que acresceu a competência para legislar sobre direito financeiro. Em sua justificação, os constituintes expunham as tendências mundiais à autonomia e à codificação do direito financeiro, bem como a necessidade de disciplinar de modo uniforme o regramento atinente aos institutos de direito tributário, tais como obrigação, prescrição, compensação, entre outros, “evitando o pandemônio resultante de disposições diversas não só de um mesmo Estado, conforme seja o tributo em foco”.⁴⁷

trabalho que tendesse a facilitar o conhecimento e o estudo de nossas leis financeiras, e desejosos nós mesmos de bem averiguar esta parte do nosso direito administrativo, por certo a mais difícil e espinhosa, tratámos de anotar, para nosso uso próprio sómente, o Compendio de Direito Financeiro do falecido Conselheiro José Antonio da Silva Maia. O espírito de investigação fez-nos porém reconhecer dentro em pouco, que o trabalho do Sr. Maia, aliás, precioso, não exhibia toda a nossa legislação primitiva, e deixava assim um vazio que contrariava o plano de nosso estudo e nosso desideratum: o Sr. Maia, em verdade, limitou-se quasi sempre a compilar apenas a Legislação em vigor na época em que publicou o seu Compendio (1841); privando-nos portanto da historia completa, e em ordem chronologica, dos diferentes serviços afetos ao Ministerio da Fazenda desde suas origens e em suas sucessivas modificações até aquelle anno; sendo que tambem, por demasiado resumido, offerencia pouca facilidade para bem conhecer-se os diferentes serviços de que tratou, e sem jámais indicar as fontes onde se os pudesse bem estudar. Além disso, tendo sido fundamentalmente alterado o mecanismo desta parte de nossa publica administração nos treze annos decorridos, esse bello compendio perdia a sua razão de utilidade e o seu fim, tornando-se imprestavel para quem como nós não tivesse acompanhado essas grandes modificações de nosso direito. Propuzemo-nos a suprir essas lacunas e inconvenientes. Foram porém tão amplas as alterações que fizemos, tão diferente do systema de exposição das doutrinas e da legislação, tão penosas as investigações a que nos démos, que julgamos, sem attendar á modéstia, poder inscrever neste opúsculo um título diferente daquelle que adoptára o Sr. Maia para o seu trabalho, e por certo muito mais conveniente á natureza deste nosso estudo.” BARROS, José Mauricio Fernandes Pereira de. **Apontamentos de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1855, p. VII e VIII.

⁴⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Alguns Andaimos da Constituição**. Aloísio Maria de Oliveira Editor, 1950, p. 152.

Durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1946, perante a Comissão de Constituição, Aliomar Baleeiro apontava a conveniência do reconhecimento constitucional da autonomia do Direito Financeiro — “um problema sério, de graves consequências práticas”.⁴⁸ Contra a tendência de incluir a disciplina como capítulo do Direito Administrativo, o jurista afirmava a necessidade de “traçar as linhas gerais do direito financeiro para que todos os impostos formem entre si um sistema”.⁴⁹ Do contrário, inserida no Direito Administrativo, cada um dos Estados poderia legislar com liberdade sobre o tema, gerando inúmeras controvérsias, já registradas pela jurisprudência da época. Baleeiro dava como exemplo a questão do contrato de compra e venda, que vários Estados equiparavam à empreitada para efeito de tributação. Houvesse regramento geral e uniforme, controvérsias judiciais como essa poderiam ser evitadas, afirmava o autor.⁵⁰

O exemplo utilizado pelo autor baiano deixa claro que a preocupação com o regramento uniforme do Direito Financeiro dizia respeito mais propriamente a questões alocadas no campo do Direito Tributário, nos termos em que hoje é definido. À época, a separação ainda não vigorava com rigor, nem parecia de todo necessária. Antes era preciso separar o Direito Financeiro do Direito Privado e destacá-lo também no contexto do Direito Público, para que não se confundisse com o Direito Administrativo.

Em linhas gerais, a afirmação da autonomia do Direito Financeiro remete, pelo menos, a duas separações fundamentais: (1) em relação ao Direito Privado, especialmente o Direito Civil, e (2) em relação aos demais ramos do Direito Público, notadamente o Direito Administrativo e, mais adiante, o Direito Tributário.

O afastamento entre Direito Financeiro e Direito Privado representa um dos esforços iniciais de diferenciação entre a disciplina jurídica das finanças e a disciplina dos negócios privados. Eram duas preocupações centrais: (1) a aplicabilidade dos princípios gerais de Direito Civil à disciplina das finanças públicas e, em especial, ao Direito Tributário, e (2) a preservação dos conceitos de Direito Civil, em face dos demais ramos. À falta de princípios próprios, seriam aplicáveis os princípios gerais de Direito Privado? Esta pergunta encontra resposta negativa nos esforços de autonomização dos novos “ramos”, os quais, à medida que cunhavam seus próprios “princípios gerais”, poderiam abrir mão da aplicação daqueles genéricos que provinham do Direito Privado. Em concreto, a decisão de aplicar-se este ou aquele princípio poderia produzir soluções absolutamente diferentes, senão opostas.

⁴⁸ BALEEIRO, 1950, p. 157.

⁴⁹ BALEEIRO, 1950, p. 155.

⁵⁰ BALEEIRO, 1950, p. 155.

Já a preocupação relativa à higidez dos conceitos de Direito Privado explica-se, no Direito Tributário, por outra razão: a preservação dos limites da competência impositiva na definição dos critérios da regra-matriz de incidência tributária (ato legislativo), na efetivação do lançamento e nos posteriores atos de cobrança (atos administrativos). No primeiro aspecto, a questão está em impedir que o legislador redefina conceitos empregados pelo constituinte para delimitar competências impositivas e, dessa forma, alargue também o poder que lhe toca.⁵¹ A restrição, na verdade, não se limita aos conceitos privados, embora seja este seu foco primordial. “Nenhum conceito [...] empregado na fórmula que delinea cada esfera de competência pode ser modificado pela *lei tributária*, para o efeito de *ampliar* essa esfera de competência.”⁵² Trata-se, em suma, de impedir que o legislador deforme conceitos jurídicos — especialmente os de Direito Civil e Comercial — para aumentar seus próprios direitos, ou melhor, suas próprias competências, em prejuízo da situação do contribuinte.

No segundo aspecto, está em questão, quando se menciona a autonomia do Direito Tributário, a necessidade de acatarem-se ou não as formas de Direito Privado, na aplicação da lei tributária, se seu emprego é capaz de influir na carga fiscal suportada pelo contribuinte. O tema é atual e importante, especialmente no que toca à elisão e à evasão fiscal, bem como às diferentes estratégias de planejamento tributário. Vale dizer: “a consequência das teses de sujeição dos conceitos de Direito Tributário aos de Direito Civil e de sua separação dos econômicos é a *licitude da elisão*”, explica Ricardo Lobo Torres.⁵³ Respeitar as formas de Direito Privado é, nessas situações, limitar o poder do Fisco na aplicação da lei tributária.

⁵¹ Não parece coincidência, por exemplo, que François Geny, em trabalho clássico no qual nega e critica o discurso em defesa da autonomia do Direito Financeiro, aceite também a possibilidade de alterarem-se os conceitos de direito privado. “Certamente, quando faz incidir tributos sobre circunstâncias ou operações de direito, o legislador age sabidamente se respeita a organização jurídica existente e se busca harmonizar as suas medidas com o direito comum, em face do qual ele as estabelece; em caso contrário, correria o risco de causar, por tributos incompatíveis com as suas fórmulas jurídicas, uma grave desordem no seio da vida social. Mas isso não pode ser senão um conselho moral social ou de oportunidade política. E, no terreno do direito positivo, não seria possível recusar à lei, que aliás, não desconhece o direito superior, a faculdade de modificar situações jurídicas, tais como são comumente determinadas, para lhes adaptar suas prescrições propriamente fiscais, quer na estipulação das tarifas de impostos, quer na regulamentação de sua liquidação e cobrança.” O texto originalmente escrito em francês foi traduzido e publicado no Brasil na década de 1950. GENY, Fr., O Particularismo do Direito Fiscal. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 20, abr./jun., 1950, p. 6-31. Para a réplica ao artigo de Geny e defesa da autonomia, ver TROTOBAS, Luis. Ensaio sobre o Direito Fiscal. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 26, out./dez., 1951, p. 34-59.

⁵² AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 76.

3.4 Direito Financeiro e Direito Tributário: a construção do discurso da autonomia

Entre os recortes internos que limitam a disciplina do tributo no Brasil, a divisão entre o direito das finanças e o dos tributos é talvez o mais importante. Sob o argumento de autonomia, a separação afasta a tributação dos demais elementos da atividade financeira e cria ponto de vista específico para o exame jurídico dos tributos, diverso dos demais elementos quanto ao objeto e método.

O Direito Tributário já era em si autônomo? Ou a autonomia é produto de certo discurso jurídico, historicamente situado, de valorização da disciplina? A afirmação da autonomia dessa disciplina — como de qualquer outra — é uma questão histórica, e não puramente lógica. Autonomia não é qualidade que se encontre ou decorra do objeto da disciplina. É antes a construção de certo ponto de vista sobre o problema ou objeto em exame.

Talvez se pudesse afirmar, pura e simplesmente, que se trata de uma “decisão metodológica” daquele que se debruça sobre o tema em exame. Mas isso seria o mesmo que reconduzir a questão à análise puramente lógica, como se tal decisão não fosse, ela própria, determinada por elementos que não são da ordem do conhecer. A configuração de certa disciplina é dado historicamente construído e com consequências institucionais relevantes. Debruçar-se sobre o tema é “pesquisar as condições reais de seu aparecimento, sempre determinado no interior de tramas e lutas de poder.”⁵⁴

De início, os tributos não passavam de um capítulo das Finanças, ou melhor, do Direito Financeiro. O tratamento do Direito Tributário, como disciplina autônoma, é algo recente. Só depois de 1914 a questão da autonomia do Direito Financeiro assume contornos mais práticos que acadêmicos.⁵⁵ Não por coincidência, as décadas que se seguem são o momento de afirmação também do Estado de Bem-Estar Social e de consolidação do Estado Fiscal. À medida que o Estado assume novas atribuições, torna-se intervencionista e necessita de mais recursos para atender a tais objetivos, as finanças públicas e os tributos ganham maior importância e complexidade jurídica.

O pós-guerra traz efeitos significativos para as finanças públicas e, por conseguinte, para as relações jurídicas produzidas nesse campo. “O crescimento extraordinário das dívidas públicas, o desenvolvimento dos empréstimos, o aumento insuspeitado dos impostos e novas formas de tributação constituem”, conforme assinala Giuliani Fonrouge, “alguns dos efeitos desse acontecimento sobre as finanças”. No aspecto tributário, “paralelamente se multiplicaram os motivos de conflito entre o Fisco e os particulares, despertando

⁵⁴ FONSECA, Marcio Alves. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 157.

⁵⁵ FONROUGE, C. M. Giuliani. Direito Financeiro: uma nova disciplina jurídica. **Revista Forense**, vol. 88, ano 38, out. 1941, p. 61-70.

atenção até ali desconhecida”.⁵⁶ Com a ascensão do Estado de Bem-Estar Social nas décadas seguintes, a demandar novas e mais produtivas fontes de recursos, a tributação ganha ainda mais destaque e importância jurídica. Os novos papéis do Poder Público — assistencial, providencial e interventor — exigem proporcional incremento na captação de recursos sociais, e o sistema tributário é, nesse momento, o principal instrumento para tal finalidade.

Num contexto assim, não é de se estranhar que crescessem também os conflitos jurídicos em matéria fiscal, e que esta seara passasse a merecer mais atenções nos anos seguintes do que recebera em décadas passadas.⁵⁷ No Brasil, em 1960, Ruy Barbosa Nogueira ainda denunciava a escassez de ensino de doutrina e jurisprudência da matéria no país. Não havia a cadeira de Direito Tributário nas Faculdades de Direito brasileiras, e mesmo o Direito Financeiro só fora inserido como disciplina autônoma a partir de 1962, quando a Comissão de Ensino Superior do Conselho Federal de Educação a fez incluir no currículo mínimo dos cursos de graduação em Direito.⁵⁸ Para Barbosa Nogueira, a evidência do Direito Financeiro deveu-se à sua inclusão na Constituição de 1946. Já o Direito Tributário, por sua vez, apenas viria a ter sua autonomia reconhecida após a década de 1960, no contexto da Reforma Constitucional Tributária de 1965, realizada pela Emenda n. 18.⁵⁹ Daí em diante, passa-se a contar com um capítulo específico na Constituição Federal para regular, de forma detalhada, o sistema tributário, tendência que se manteve no texto constitucional de 1967, mesmo com a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, e no atual.

O Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/1966, de 25 de outubro de 1966, bem como a Lei Geral de Orçamentos Públicos, Lei n. 4.320/1964, de 17 de março de 1964, também são produtos das décadas de 1950-60.⁶⁰ Os anseios de unidade e sistematicidade, que deram o tom do discurso em defesa da autonomia do Direito Financeiro na Assembleia Constituinte de 1946, também

⁵⁶ FONROUGE, 1941, p. 61-70.

⁵⁷ Em 1958, Fernando Sainz de Bujanda publica artigo em que traça panorama da situação do ensino do Direito Financeiro e Tributário em diferentes países: Itália, Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Portugal e também o Brasil. Para o autor, à época, já se notava a tendência clara de separação entre o Direito Financeiro, como disciplina autônoma e com perfil próprio, e o tratamento econômico da matéria, que, no entanto, ainda se observava em boa parte dos cursos jurídicos. BUJANDA, Fernando Sainz de. La Autonomía Del Derecho financiero en el cuadro de disciplinas de las Facultades de Derecho. **Revista da Faculdade de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, vol. II, n.3, p.7-82, 1958.

⁵⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1971, p.19-20. No mesmo sentido: FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. vol. I, São Paulo: Resenha Tributária, 1971, p. 12.

⁵⁹ NOGUEIRA, 1971, p.19-20. No mesmo sentido: FANUCCHI, 1971, p. 12.

⁶⁰ A Comissão Especial para elaborar um Projeto de Código Tributário Nacional foi designada pelo Ministro da Fazenda em agosto de 1953 e encerrou seus trabalhos em maio de 1954. BRASIL, Ministério da Fazenda, **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**: Rio de Janeiro, 1954, p. 6 e 15.

estavam subjacentes à inclusão do sistema tributário como capítulo específico do texto constitucional e à criação do Código Tributário Nacional.

Não eram raros os juristas que preconizavam a edição do Código como solução definitiva para a desordem fiscal então reinante e para os conflitos entre os diferentes Estados-membros. Num contexto de proliferação legislativa confusa e desordenada em matéria fiscal, a codificação despontava como meio de racionalização, unidade e sistematização do regime tributário vigente — uma solução para o exercício descoordenado de competências tributárias na federação e para a superposição de atribuições e a bitributação. “Só um código, definindo e regulamentando cada espécie tributária”, afirmava Goffredo Telles Junior, em texto de 1946, “evitaria que um mesmo nome de imposto seja atribuído a impostos diversos, ou que impostos considerados diversos incidam sobre as mesmas fontes”.⁶¹ Argumentação semelhante pode ser encontrada também na obra de Carvalho Pinto, em estudo datado da mesma época.⁶²

A edição do Código Tributário Nacional representa o ponto culminante no processo de afirmação histórica da autonomia do Direito Tributário, que se inicia na década de 1940.⁶³ Estabelecendo conceitos fundamentais e princípios gerais comuns a todos os entes federados, esperava-se que o Código pudesse “assegurar o funcionamento orgânico do sistema”, como consta de sua Exposição de Motivos. Aliás, a conjuntura então vigente explica o teor aparentemente didático de algumas disposições do Código, preocupadas em oferecer definições e eliminar — ou pelo menos reduzir — controvérsias em temas em que havia dissenso e acentuada incerteza jurídica.

⁶¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas**. Assembleia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946, p. 34.

⁶² O autor apresentava duas medidas aconselháveis para a melhoria do sistema fiscal então vigente: “a) — o estudo e a promulgação de Códigos Tributários, condensando princípios gerais de uniformização, no sentido de serem sanados os defeitos que se verificam e ficarem asseguradas ao regime tributário sua máxima eficiência e justiça; b) — a disseminação dos órgãos técnicos de assistência financeira a todas as administrações do país, com funções consultivas e auxiliares.” PINTO, Carlos Alberto A. de Carvalho. **Discriminação das Rendas**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1941, p. 167 e 170.

⁶³ Na “Apresentação” escrita para a obra de Oswaldo de Moraes, Brandão Machado traça, no início da década de 1970, panorama histórico da evolução do Direito Tributário no Brasil até aquele momento e aponta que os primeiros estudos aprofundados na matéria teriam tido início já na década de 1940. Diz ele: “somente a partir da década de 40 é que o Direito Tributário teve, no Brasil, um início auspicioso, com a publicação de bom número de artigos, comentários e pareceres, não incluídos os trabalhos de interesse prático, que estes nunca faltam, e ainda alguns poucos ensaios, e difícil seria enumerar, num retrospecto sumário como este, a contribuição de cada um dos muitos que concorreram para o progresso do seu estudo. Mas é necessário pôr em relevo a laboriosa atividade de Rubens Gomes de Sousa, que foi quem inaugurou entre nós o tratamento científico dos problemas jurídico-tributários [...]. Coube também ao mesmo professor elaborar em 1954 um anteprojeto de Código Tributário [...]. Com a promulgação do Código culmina, mas não termina, a auspiciosa fase de estudos de Direito Tributário iniciada na década de 40.” BRANDÃO, Machado. Apresentação. In: MORAES, Oswaldo de. **Curso de Legislação Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. XIII.

A questão dos conceitos é enfaticamente abordada na Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda Oswaldo Aranha, onde se lê:

[...] merece especial referência o aspecto da inclusão, no Projeto, de definições de institutos jurídicos e particularmente dos impostos privativos federais, estaduais ou municipais. Mesmo sem negar a impropriedade da inclusão de conceitos doutrinários no texto da lei, todavia é forçoso reconhecer que, na fase atual de elaboração do direito tributário entre nós, a fixação de determinados conceitos básicos é essencial para assegurar ao Código a plenitude de sua eficácia.⁶⁴

É esse o contexto de afirmação histórica da autonomia do Direito Tributário no ordenamento jurídico brasileiro. A noção de autonomia trazia em si o desejo de independência e especialidade da disciplina, assim como determinava a maneira como se deveria relacionar o Direito Tributário com as demais disciplinas jurídicas. Para o que nos interessa neste tópico, a autonomia passa a definir também o modo de ser da relação entre Direito Tributário e Direito Financeiro, agora já tomados como duas disciplinas diferentes e, para a maioria dos juristas, autônomas.

4. CONSEQUÊNCIA ATUAIS DOS RECORTES

Como disciplina jurídica autônoma, os tributos perdem, parcialmente, o vínculo com os demais elementos da atividade financeira. O pagamento, ou melhor, a extinção da relação jurídica tributária passa a ser o limite da disciplina jurídica do tributo — o que há depois não lhe diz respeito. A função do tributo, o destino das receitas e as finalidades a que se dirigem são matéria estranha ao Direito Tributário, impertinente.⁶⁵ É o que consta expressamente do art. 4º, II, do Código Tributário Nacional, aqui citado à guisa de ilustração,

⁶⁴ BRASIL, Ministério da Fazenda. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro, 1954, p. 7.

⁶⁵ Veja-se, a propósito da destinação dos tributos, o que afirma Pontes de Miranda, em comentário à Constituição de 1967: “Quem está adstrito ao imposto é devedor do imposto, independente do fato de ser aplicado, direta ou indiretamente, em seu proveito, ou da exatidão e exação com que, se tinha destinado, foi destinado, ou, dentro do seu destino, empregado. O que o contribuinte pode exigir é que a imposição seja de acordo com as regras jurídicas de competência, princípio da isonomia ou igualdade perante a lei e a isenção no orçamento. O contribuinte nada tem com a política financeira, que se seguiu para a decretação do imposto; nem com a política e a técnica de destinação. Se é inconstitucional a destinação, nem por isso se tem por inconstitucional a decretação”. MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969**. Tomo II, (art. 8º — 31), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 366. Convém lembrar que, na Constituição em comento, ainda vigorava o princípio da anualidade e, por conseguinte, a exigência de que os tributos fossem autorizados, a cada ano, pela lei orçamentária.

e sem se desconhecer as vicissitudes pelas quais tem passado sua aplicação nos tribunais superiores.⁶⁶

No plano filosófico, o recorte constitutivo da disciplina do tributo, aliado à afirmação do princípio da capacidade contributiva como critério principal de instituição e graduação dos gravames fiscais, mormente os impostos, tem por efeito desarticular a tributação de qualquer forma de contraprestação estatal direta. O Estado tem obrigações a cumprir, especialmente as elencadas entre os direitos fundamentais, e os cidadãos têm de cumprir sua obrigação geral de pagar tributos ao Fisco. Nem a obrigação do Estado se vincula à dos cidadãos, nem a destes à daquele. Há, então, duas relações jurídicas diversas e apartadas: a relação jurídico-tributária, que dá ao Poder Público o direito de exigir a prestação tributária, e a relação jurídica de cidadania, que faz de qualquer indivíduo titular de direitos, positivos e negativos, contra o Estado.

A disciplina do tributo detém-se sobre a relação tributária. Ou melhor, sobre as relações tributárias, no plural, já que são muitas, desde o ato primevo, a instituição do tributo, até o ato final, que reside na extinção da relação tributária: a relação possível, no plano da competência constitucional, a relação em abstrato, no plano da regra-matriz de incidência tributária, e a relação concretizada pelo lançamento tributário. Em todas elas, o espaço discursivo é marcado pelo antagonismo fisco-contribuinte. O Estado assume a designação de “Fisco”, e o cidadão torna-se “contribuinte”. A relação jurídico-tributária comporta apenas os dois pontos de vista — não há terceira opção. Quase não há dimensão coletiva no tributo. O que está em jogo, no caso, não é nada além do pagamento da prestação tributária e, nesse instante, não há outro sentido na atuação do Estado, senão arrecadar.

O foco no antagonismo fisco-contribuinte e o estranhamento da relação tributária em face dos demais elementos da atividade financeira não deixa espaço para um terceiro ponto de vista — a dimensão coletiva dos tributos. Trata-se da perspectiva daquele que está fora da relação jurídica, não atua em nome do Fisco, nem é contribuinte. No entanto, mesmo não sendo credor ou devedor, enxerga naquela situação algo que lhe diz respeito, algo que transcende a esfera jurídica do indivíduo tributado.

⁶⁶ O reconhecimento judicial, na década de 1990, da natureza tributária das contribuições — sociais, corporativas e de intervenção no domínio econômico — e sua classificação como espécie tributária autônoma infirmam, de certo modo, a previsão do inciso II, do art. 4º, que afasta a destinação legal do produto da arrecadação tributária como elemento de definição da natureza específica do tributo, e a definição das espécies tributárias do art. 5º, que inclui apenas impostos, taxas e contribuições de melhoria. A propósito, vale conferir: Recurso Extraordinário n. 146.733/SP, de 1992, e Recurso Extraordinário n. 148.331, de 1992. Em todo caso, também não se pode deixar de lado o fato de que, a despeito de a regra do art. 5º não incluir as contribuições entre as espécies de tributos, a previsão do art. 217, que foi acrescida ao Código pelo Decreto-Lei n. 27, de 14.11.1966, antes mesmo de ele entrar em vigor, já resguardava a cobrança das contribuições que estavam vigentes à época da instituição do Código.

Aliomar Baleeiro, ao analisar as diretrizes que devem presidir o sistema tributário, apontava a “necessidade de acomodar três interesses ou pontos de vista, não dizemos antagônicos, mas nem sempre coincidentes: o ponto de vista do Estado, vale dizer, dos poderes públicos, o do contribuinte e o da comunidade social.”⁶⁷ É esse o terceiro ponto de vista que, em boa medida, se perdeu com o afastamento entre o Direito Tributário e os demais elementos ou aspectos da atividade financeira.

A bem da verdade, é curioso observar que o rigor dos limites definidos faz da arrecadação, em si, um elemento externo em relação ao Direito Tributário. Ao se definir o pagamento como último limite do Direito Tributário, fica evidente que as receitas auferidas não estão contidas nessa disciplina: são consequências externas e alheias. Tanto é assim que, em comentário à Carta Constitucional de 1967, Pontes de Miranda afirma: “O orçamento não dá destinação aos impostos, dá destinação à receita”.⁶⁸ Extinta a relação jurídica tributária pelo pagamento, o que vem depois compete a outras instâncias do Direito e não mais ao regramento dos tributos. As receitas tributárias seriam, destarte, consequência fática que decorre da norma impositiva.

A destinação legal dos tributos, essa sim, estaria compreendida nos estreitos limites do Direito Tributário, nas hipóteses em que necessária à própria caracterização do tributo, como elemento do seu conceito,⁶⁹ especialmente nas contribuições a que se refere o art. 149 da Constituição. Vale dizer, “a arrecadação diz respeito ao direito financeiro, enquanto a norma de destinação, necessária ao exercício da competência da norma que institui uma contribuição, é de direito tributário”, explica Fernando Gomes Favacho.⁷⁰

Levada ao extremo, a preocupação com a autonomia⁷¹ do Direito Tributário cria, assim, uma perspectiva acerca do fenômeno tributário absolutamente desconectada dos demais elementos da Fazenda Pública e da atividade financeira. Perde-se a relação essencial que existe entre receitas e despesas, e a

⁶⁷ BALEEIRO, 1950, p. 12.

⁶⁸ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969**. Tomo II, (art. 8º — 31), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 368.

⁶⁹ GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 225.

⁷⁰ FAVACHO, Fernando Gomes. **Definição do Conceito de Tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 168.

⁷¹ A propósito da autonomia didática do Direito Tributário e da crítica de sua separação em relação do Direito Financeiro, ver: BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: limites normativos**. São Paulo (Tese de Livre-docência), USP, 2008, p.45; SANTI, Eurico de Marco Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. **Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação**. In: VASCONCELLOS, Roberto França. (Coord.). **Direito Tributário: política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273-4; IVO, Gabriel. **Direito Tributário e Orçamento**. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 871-889.

lei tributária é interpretada sem que se possam levar em conta seus objetivos ou a destinação das receitas.⁷²

E não é apenas do ponto de vista tributário que a separação repercute. No que toca ao Direito Financeiro, também trouxe consequências práticas significativas. A relação entre este e o Direito Tributário tem sido marcada por uma significativa “assimetria conceitual” entre os dois saberes jurídicos.

Tomamos aqui a expressão empregada pelo jurista Horacio Corti⁷³ para referir-se à forte tendência a excluir do debate jurídico aspectos da atividade financeira que não digam respeito à tributação e remetê-los ao plano das questões políticas ou dos estudos econômicos.⁷⁴ Sutilmente, aquilo que deveria ficar de fora apenas da análise tributária (recorte interno) é também excluído do controle judicial (recorte externo). Como exemplo, o professor argentino cita a obra clássica de Dino Jarach, intitulada “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”. O título do livro já estaria a indicar que o tributo é objeto de análise jurídica, enquanto o gasto público estaria relegado à abordagem de outra natureza. Os dois objetos são vistos de pontos de vista diversos, e só o dos tributos é estritamente jurídico.⁷⁵

O alerta de Corti parece aplicar-se igualmente à realidade brasileira. Aqui também foram silenciosamente excluídas do conhecimento jurídico sistemático questões relativas à atividade financeira do Estado e, especialmente, ao orçamento público. O problema, certamente, vai além dos títulos e mesmo do conteúdo de obras doutrinárias. A exclusão da abordagem jurídica traz consequências institucionais relevantes, que vão desde a estruturação curricular dos cursos de Direito ao tratamento jurídico dado à matéria pelos tribunais. A título de exemplo, basta lembrar a forte tendência que havia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até 2008⁷⁶, de afastar o cabimento de ações diretas de inconstitucionalidade em matéria orçamentária. Na prática, a negativa

⁷² AMATUCCI, Andrea; D'AMATI, Nicola. **Historia del Derecho de la Hacienda Pública y del Derecho Tributario en Italia**: el aporte del pensamiento jurídico financiero de la Italia Meridional. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 44.

⁷³ Ver deste autor: CORTI, Horacio G. **Derecho Constitucional Presupuestario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007; CORTI, Horacio G. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

⁷⁴ Afirma Horacio Corti: “Admite-se, de forma implícita, a existência de uma distinção conceitual básica (a diferença entre o tributo e o restante dos institutos financeiros), que, por sua vez, conduz a certa organização do saber: a separação do direito tributário do direito financeiro. Ou a cisão do direito financeiro em duas partes: o direito tributário e o direito financeiro não tributário. Ademais, tem-se também, quase naturalmente, uma decorrência teórica e prática um tanto curiosa: que todo (ou a maior parte) do interesse cognoscitivo recaiu, nas últimas décadas, sobre o direito tributário.” CORTI, 2007, p. XXVII.

⁷⁵ CORTI, Horacio G. **Derecho Constitucional Presupuestario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. XXIV e ss.

⁷⁶ Em 2008, no julgamento de medida cautelar requerida na ADI 4.048, proposta contra medida provisória que determinava a abertura de créditos extraordinários fora das hipóteses constitucionais, o Supremo Tribunal Federal rediscutiu a orientação tradicional. Por maioria, o Tribunal

do controle abstrato de constitucionalidade tinha por efeito a exclusão das normas orçamentárias — lei orçamentária anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual — de qualquer forma de controle judicial.

De todo modo, é bom que se diga que não se trata de uma decisão formal ou censura explícita, mas de “uma maneira histórica de conformar-se o conhecimento do direito”.⁷⁷ A assimetria conduz à irrelevância jurídica do fenômeno financeiro, por meio de tripla exclusão: do controle judicial, do mundo jurídico e do âmbito do conhecimento.⁷⁸ Três dimensões entrelaçadas, segundo a visão de Corti, da qual compartilhamos.

5. CONCLUSÃO

O percurso até aqui percorrido apontou os limites que dão forma ao Direito Tributário e ao Direito Financeiro, bem como suas consequências práticas no âmbito do conhecimento e da decisão jurídica.

Os recortes que delimitam essas disciplinas jurídicas podem ser divididos em internos e externos, conforme as exclusões que implicam. Os recortes internos tendem, *prima facie*, a afastar do exame jurídico argumentos relativos à finalidade e eficácia das exações. Seriam esses aspectos relegados à Política e à Economia (Ciência das Finanças), respectivamente, e, portanto, não costumam ser levados em conta no debate jurídico-tributário. Já os recortes internos e, especialmente, a separação entre Direito Tributário e Direito Financeiro afastam o tributo do contexto geral da atividade financeira, deixando de lado inclusive a destinação das receitas tributárias arrecadadas.

A demarcação desses contornos internos e externos da disciplina jurídica do tributo tem implicações práticas e não apenas didáticas. Ao indicar o que está dentro e o que está fora da análise jurídica e, especialmente, da análise financeiro-tributária, definem-se também as balizas da argumentação jurídica e da própria decisão judicial.

Dar-se conta desses contornos e daquilo que fica de fora deles é, portanto, fundamental para entender os limites do próprio pensamento jurídico, particularmente aquele que cuida da tributação.

conheceu da ação e deferiu a cautelar. No mesmo ano, o STF julgou a ADI 3.949, também sobre matéria orçamentária. Neste caso, todavia, o Tribunal conheceu a ação, mas indeferiu a cautelar. A partir de tais julgamentos, é possível afirmar que a Corte Constitucional deu claros sinais de rever sua orientação tradicional. CORREIA NETO, Celso de Barros, O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício. (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111-126.

⁷⁷ CORTI, 2007, p. XXVII.

⁷⁸ CORTI, 2007, p. XXVI.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José, RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AMATUCCI, Andrea; D'AMATI, Nicola. **Historia del Derecho de la Hacienda Pública y del Derecho Tributario en Italia: el aporte del pensamiento jurídico financier de la Italia Meridional**. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de Ciência das Finanças. Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- BALEEIRO, Aliomar. **Alguns Andaimos da Constituição**. Aloísio Maria de Oliveira Editor, 1950.
- _____. **Uma Introdução à Ciência das Fianças e à Política Fiscal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: limites normativos**. São Paulo (Tese de Livre-docência), USP, 2008.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público**. Vol. II. Derecho Fiscal. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- BRANDÃO, Machado. Apresentação. In: MORAES, Oswaldo de. **Curso de Legislação Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- BRASIL, Ministério da Fazenda. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro, 1954.
- BRASIL, Ministério da Educação, Conselho Nacional de Educação, **Parecer n. 0055/2004**, Assunto: Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito, relatores: José Carlos de Almeida da Silva e Lauro Ribas Zimmer, aprovado em 18.2.2004.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. La Autonomía Del Derecho financiero en el cuadro de disciplinas de las Facultades de Derecho. **Revista da Faculdade de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, vol. II, n.3, p.7-82, 1958.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- _____. **Curso de Direito Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2014.

_____. O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício. (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORTI, Horacio G. **Derecho Constitucional Presupuestario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

_____. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. vol. I, São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

FAVACHO, Fernando Gomes. **Definição do Conceito de Tributo**. São Paulo: Quartir Latin, 2011.

FERREIRA, Vergílio. Questionação a Foucault e a Algum Estruturalismo. In: FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Lisboa: Edições 70, 2005.

FONROUGE, C. M. Giuliani. Direito Financeiro: uma nova disciplina jurídica. **Revista Forense**, vol. 88, ano 38, out. 1941, p. 61-70.

FONSECA, Marcio Alves. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Trad. Laura F. de Almeida Sampaio, São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais et al. Rio de Janeiro: NAU editora, 2003.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GENY, François. O Particularismo do Direito Fiscal. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 20, abr./jun., 1950, p. 6-31.

GREGOLIN, Maria do Rosário. **Foucault e Pêcheux na Análise do Discurso — diálogos e duelos**. 2ª ed. São Carlos: Claraluz, 2006.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Max Limonad, 1997

_____. Direito Tributário e Orçamento. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- VILANOVA, Lourival. **O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado**. Recife: Imprensa Oficial, 1953.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969**. Tomo II, (art. 8º — 31), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. **Tratado das Ações**. Tomo I. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Financeir**. 3ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1971.
- OLIVEIRA, Regis de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PINTO, Carlos Alberto A. de Carvalho. **Discriminação das Rendas**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1941.
- SANTI, Eurico de Marco Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação. In: VASCONCELLOS, Roberto França. (Coord.). **Direito Tributário: política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954.
- TEIXEIRA, José Joaquim Ribeiro. **Lições de Finanças Públicas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas**. Assembleia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- TROTOBAS, Luis, Ensaio sobre o Direito Fiscal. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 26, out./dez., 1951, p. 34-59.
- VEIGA FILHO, João Pedro da. **Manual de Ciencia das Finanças**. São Paulo: Typ. da Companhia Industrial de São Paulo, 1898.
- VIDIGAL, Geraldo. **Fundamentos de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

* Recebido em 21 jan. 2015.



CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA INTERGERACIONAL, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE

*Cristina Foroni Consani**
*Yanko Marcius de Alencar Xavier***

Resumo

O propósito deste artigo é analisar, a partir da Filosofia do Direito e Constitucional, a relação entre dois princípios basilares das sociedades democráticas contemporâneas, a saber: o princípio da justiça ambiental intergeracional e o princípio da soberania popular. Isso é realizado em dois momentos: primeiramente apresenta-se o conceito de justiça intergeracional e os fundamentos éticos e jurídicos dos direitos das gerações futuras; num segundo momento apresenta-se uma concepção de democracia que tem por objetivo conciliar a proteção aos direitos fundamentais e o princípio da soberania popular.

Palavras-chave

Justiça Intergeracional. Democracia. Sustentabilidade.

CONSIDERATIONS CONCERNING THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERGENERATIONAL JUSTICE, DEMOCRACY AND SUSTAINABILITY

Abstract

Starting from the perspective of Philosophy of Law and Constitutional Philosophy, this article aims to analyze the relationship between two fundamental principles of contemporary democratic societies, namely, the principle of intergenerational environmental justice and the principle of popular sovereignty. This study is conducted in two stages: firstly a concept of intergenerational justice and the ethical and legal foundations of the rights of future generations are presented; secondly a conception of democracy that aims to reconcile the protection of fundamental rights and the principle of popular sovereignty is analyzed.

Keywords

Intergenerational Justice. Democracy. Sustainability.

* Doutora em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Visiting Scholar na Columbia University (2010). Pós-doutoranda em Direito (UFRN-PNPD/CAPES). Professora Colaboradora vinculada ao DEPRO/UFRN (Departamento de Direito Processual e Propedêutica).

** Professor Titular Livre do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCTI nº 36) e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia.

1. INTRODUÇÃO

Em um embate teórico que pode ser considerado um dos mais relevantes no âmbito da teoria constitucional moderna, Thomas Jefferson e James Madison disputam os termos da relação entre direito, democracia e questões intergeracionais. Jefferson, ao defender o direito de cada geração elaborar ou modificar a Constituição, sustenta a tese de que a terra pertence em usufruto aos vivos e os mortos não têm poderes ou direitos sobre ela. Utilizando o direito de propriedade como exemplo, Jefferson observou que qualquer direito que as pessoas tenham enquanto vivas cessa após a sua morte. O que o autor busca ressaltar é o direito de cada geração — a geração dos vivos — de não ser restringida em seu direito de autonomia coletiva, isto é, de não ser limitada em seu direito de elaborar as regras que irão regular sua vida em sociedade por cláusulas pétreas ou por quóruns qualificados que impeçam a alteração das normas constitucionais. Jefferson proclama, assim, o direito de cada geração de romper com as amarras legislativas do passado.

Se nessa relação entre direito, democracia e questões intergeracionais Jefferson coloca a ênfase sobre os direitos, Madison, por outro lado, chama a atenção para os deveres que cada geração tem para com as outras. Ao responder a Jefferson contestando a tese de que a terra pertence aos vivos, um dos argumentos de Madison dirigiu-se justamente à questão da responsabilidade intergeracional. Segundo ele, as melhorias feitas pelos mortos formam uma espécie de encargo para os vivos que se beneficiaram delas e, por essa razão, benefícios e encargos devem ser assumidos conjuntamente.

Nessa discussão, travada há mais de duzentos anos no contexto do início do período republicano nos Estados Unidos, o que está em questão é justamente como conciliar o direito de autodeterminação coletiva de um povo e a responsabilidade e os deveres da geração presente com o legado do passado e com as gerações futuras.

No âmbito do direito ambiental essa questão assume ainda mais relevância em razão do princípio da justiça intergeracional, que vincula as decisões coletivas ao respeito a este princípio a fim de que os recursos naturais sejam utilizados de modo a promover o desenvolvimento para a geração presente sem, contudo, comprometer o bem-estar e o acesso das gerações futuras a recursos naturais indispensáveis, tais como os mananciais de água, ou mesmo finitos, como é o caso dos hidrocarbonetos. Por outro lado, a questão que se coloca é como impedir que a geração atual se beneficie, por exemplo, das receitas econômicas provenientes da exploração dos hidrocarbonetos, as quais, uma vez revertidas em políticas públicas, podem contribuir para o desenvolvimento humano e social?

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre dois princípios basilares das sociedades democráticas contemporâneas, a saber: princípio da justiça ambiental intergeracional e o princípio da soberania popular. Isso será feito em dois momentos: primeiramente, apresenta-se o conceito de justiça intergeracional; num segundo momento, apresenta-se uma concepção de democracia que tem como objetivo conciliar a proteção aos direitos fundamentais e o princípio da soberania popular. Para tanto, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica.

2. JUSTIÇA INTERGERACIONAL E SUSTENTABILIDADE

Embora a questão intergeracional, desde o final do século XVIII, já estivesse presente na discussão acerca da relação entre direitos e deveres de uma geração para com outra, Madison e Jefferson¹ não poderiam imaginar o quanto as inovações tecnológicas, realizadas principalmente no século XX, afetariam a natureza e o meio ambiente em escala suprarregional ou global.² Questões sobre como lidar, por exemplo, com o lixo nuclear que pode deixar resíduos no planeta para muitas gerações futuras, com a poluição do ar, com o aquecimento global, com a preservação de mananciais de água doce ou, ainda, com recursos como os hidrocarbonetos³ têm se tornado centrais no âmbito do direito ambiental e, notadamente, nas discussões a respeito da justiça intergeracional.

No âmbito da discussão ambiental, considera-se que o conceito de justiça intergeracional foi apresentado pela primeira vez em 1974, pelo economista James Tobin, ao afirmar que os “administradores de instituições detentoras de patrimônio são os guardiões do futuro contra as reivindicações do

¹ A respeito do debate entre Madison e Jefferson, citado também na introdução, ver os seguintes textos: JEFFERSON, Thomas. **The Portable Thomas Jefferson**. Edited by Merrill D. Peterson, Penguin Books, 1977, p. 445; MADISON, James. **From James Madison to Thomas Jefferson, 4 February 1790**. Disponível em: <<http://founders.archives.gov/documents/Madison/01-13-02-0020>> Acesso em: 16 set. 2015.

² A potencial irreversibilidade do impacto das novas tecnologias é um dos principais pontos discutidos pelo filósofo Hans Jonas em seu estudo sobre a relação entre ética e tecnologia. Cf. JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Edición Herder, 1995.

³ O princípio da justiça intergeracional considerado a partir da destinação da renda de hidrocarbonetos no Brasil foi objeto de estudo da tese de doutorado de Hirdan Katarina de Medeiros Costa. Para uma análise aprofundada desse tema, ver COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação das rendas de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira**. 2012. 342f. Tese (Doutorado — Programa de Pós-Graduação em Energia) EP/FEA/IEE/IF da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-21092012-181014/pt-br.php>> Acesso em 22 set. 2015.

presente. Sua tarefa, ao administrar esse patrimônio, é preservá-lo entre gerações.”⁴ Desse modo, o economista relacionou o uso sustentável dos recursos naturais à noção de justiça entre gerações.

No universo jurídico, o princípio da justiça (ou responsabilidade) intergeracional surge a partir de Tratados, Convenções e Declarações Internacionais nos anos setenta, tendo como marco a Conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo em 1972, da qual resulta uma Declaração versando sobre direitos de “terceira geração”, entre os quais se destacam os direitos à autodeterminação dos povos, à paz e ao desenvolvimento. O grande diferencial dessa terceira geração de direitos é justamente a ampliação dos beneficiários dos direitos humanos não apenas no espaço, mas também no tempo, abrangendo além das gerações presentes também as gerações futuras. Seguiram-se à Declaração de Estocolmo uma série de Tratados ambientais, conferências e debates que erigiram a justiça intergeracional como um princípio fundamental das questões afetas ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

Os Estados passaram a afirmar esse princípio em suas Constituições, como se pode verificar no art. 225 da Constituição brasileira, que consagra o princípio da solidariedade intergeracional nos seguintes termos: “[t]odos 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.”⁵

Embora esses marcos jurídicos no âmbito internacional e nacional tenham sido mencionados, não se pretende aqui fazer uma reconstrução histórica do modo como a justiça intergeracional tem sido positivada nos ordenamentos jurídicos nacionais e em normas internacionais. Pretende-se, ao contrário, realizar uma discussão a respeito de elementos centrais do próprio conceito de justiça intergeracional. Não obstante a existência de muitas referências teóricas a partir das quais se pode abordar o tema da justiça intergeracional, a análise dessa temática será aqui realizada com base em um estudo recente do autor alemão Joerg Chet Tremmel, denominado *A theory of intergenerational justice* (Uma teoria da justiça intergeracional).⁶ Nesse texto, Tremmel utiliza-se de uma abordagem multidisciplinar, apoiando-se em debates e conceitos da Ética, da Economia, da Ciência Política e do Direito para discorrer sobre a definição e o escopo de uma teoria da justiça intergeracional. A partir desse refe-

⁴ TOBIN, J. What Is Permanent Endowment Income? In: *American Economic Review*, n. 64, May, 1974, p. 427-432.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Marcos Antonio Fernandes (Org). 20 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

⁶ Todas as traduções das obras citadas foram realizadas pelos autores deste texto, exceto quando nas referências bibliográficas for indicado distintamente.

rencial teórico serão destacados dois aspectos considerados de grande relevância para a discussão em torno da justiça intergeracional, a saber: os conceitos de justiça intergeracional e de justiça intrageracional, com ênfase para a definição do termo “geração”; e os fundamentos éticos e jurídicos dos direitos das gerações futuras.

2.1. Os Conceitos de Justiça Intergeracional e Intrageracional

Tremmel, em seu estudo sobre Justiça Geracional, esclarece que a justiça entre gerações pode ser delineada de modos distintos, dependendo da definição do termo “geração”. O conceito de geração, contudo, é bastante ambíguo, podendo abrigar três significados, a saber:

a) Geração familiar: As raízes etimológicas dessa concepção de geração remetem exatamente às gerações familiares ou genealógicas — trata-se dos membros de uma linhagem e não se refere meramente aos pais e filhos.⁷

b) Geração social: Outro sentido dado ao termo “geração” é aquele de “geração social”, que se refere a um grupo de pessoas cujas crenças, atitudes ou problemas são homogêneos, como por exemplo, “geração de 89” ou “geração 11 de setembro”. O termo sugere uma identidade entre pessoas de diferentes origens, religiões ou etnicidade e essa identidade pauta-se em um estilo comum de vida ou assuntos comuns. Na definição das gerações sociais, a idade entre os membros não é um fator decisivo para o conceito. Por exemplo, para definir um período ou uma geração no que diz respeito à influência da arte ou da literatura, pessoas com vinte anos e pessoas com cinquenta anos podem ser consideradas como pertencentes ao mesmo período.⁸

c) Geração cronológica: Analisado a partir do aspecto cronológico, o conceito de geração pode apresentar dois sentidos distintos, a saber, o cronológico-temporal e o cronológico intertemporal. O sentido cronológico-temporal refere-se à perspectiva da convivência de várias gerações contemporâneas. Cada geração refere-se a um grupo de idade (30 anos, 60 anos, por exemplo). O critério não é estabelecido pelo espaço de tempo que separa uma geração da outra, mas exatamente pela possibilidade de convivência entre elas. Já no sentido cronológico intertemporal o termo geração refere-se a todos aqueles que estão vivos em um determinado período. Ou seja, utilizado neste sentido, o termo geração considera que existe apenas uma geração de cada vez.⁹

Segundo o autor, entre esses sentidos atribuídos ao termo “geração”, o de geração social é irrelevante para teorias da justiça intergeracional, uma vez

⁷ TREMMEL, Joerg Chet. **A theory of intergenerational justice**. London: Earthscan, 2009, p. 19.

⁸ TREMMEL, 2009, p. 20.

⁹ TREMMEL, 2009, p. 20/21.

que diferentemente do sentido familiar e do cronológico, ele não permite distinguir com clareza cada geração e notadamente não dá suporte para abarcar gerações futuras.

O sentido cronológico, contudo, é aquele considerado o mais adequado para as teorias da justiça intergeracional. Tremmel: usa o termo “justiça temporal entre gerações” para a justiça entre jovens, pessoas de meia idade e idosos vivos hoje. Já o termo “justiça intertemporal é definido como “justiça entre pessoas que viveram no passado, pessoas vivas hoje e pessoas que viverão no futuro”¹⁰

Ainda no que diz respeito às definições do termo “geração”, assume principal relevância a definição das “gerações futuras”, sobretudo porque é em relação a elas que no âmbito ético e jurídico pairam mais divergências a respeito da existência ou não de direitos e deveres.

Segundo Tremmel, “as futuras gerações não devem ser definidas como gerações que não vão coincidir com o tempo de vida dos contemporâneos. É melhor definir futuras gerações como aquelas que não existem em um certo tempo t_0 .”¹¹ Nesse sentido, as futuras gerações são aquelas cujos membros ainda não estão vivos no tempo em que a referência é feita. Da perspectiva do sujeito que se refere às futuras gerações, elas são sempre aquelas que ainda não nasceram. Um bebê recém-nascido já não pode mais ser considerado como parte do conceito de “futuras gerações”. De acordo com Tremmel, a importância dessa definição reside no fato de que gerações se sobrepõem. “Uma teoria da justiça intergeracional universalmente aplicável deve incluir todas as possíveis comparações entre gerações, isto é, deve incluir gerações que não se sobrepõem, mas não deve limitar-se a elas.”¹²

Os esclarecimentos a respeito dos sentidos do termo geração tornam mais precisa a própria distinção entre justiça intergeracional e justiça intrageracional. A justiça entre gerações pode ser entendida “como justiça entre gerações presentes e futuras (gerações intertemporais)”, ou como justiça entre “jovens e idosos (gerações temporais)” e entre gerações familiares.¹³ A justiça intergeracional diz respeito à justiça entre gerações presentes e futuras. Já a justiça intrageracional diz respeito a questões de justiça entre gerações presentes e volta-se à discussão de temas como justiça social (distribuição de riqueza e renda no âmbito nacional ou internacional) e justiça de gênero e eliminação de discriminações (pautadas não apenas em gênero, mas também em religião, etnia, entre outras).

¹⁰ TREMMEL, 2009, p. 22.

¹¹ TREMMEL, 2009, p. 24.

¹² TREMMEL, 2009, p. 25.

¹³ TREMMEL, 2009, p. 4.

Ainda de acordo com Tremmel, é importante definir de que modo esse amplo conceito de justiça geracional (intergeracional e intrageracional) relaciona-se com o conceito de sustentabilidade. Segundo o autor alemão, a sustentabilidade é uma exigência tanto no âmbito da justiça intergeracional quanto no âmbito da justiça intrageracional. Contudo, enquanto as demandas por justiça intergeracional lidam com dois campos de atividades, a saber: a sustentabilidade ecológica e financeira, as demandas por justiça intrageracional focam no campo da sustentabilidade social, isto é, buscam resolver problemas ligados à justiça internacional, à justiça social e de gênero. Assim, a sustentabilidade no âmbito da justiça intrageracional tende a levar em conta, por exemplo, a necessidade de sopesamento entre os interesses dos países menos desenvolvidos e os interesses de preservação ambiental do planeta, ou, ainda, a preservação ambiental e a concretização de direitos sociais.¹⁴

A distinção entre justiça intergeracional e intrageracional chama a atenção para a possibilidade de conflito entre direitos e interesses das gerações presentes com aqueles das gerações futuras. Surge aqui então uma questão normativa relevante: é possível se atribuir, no âmbito ético e jurídico, direitos e deveres a pessoas que ainda não existem? Na seção seguinte, apresenta-se, a partir do texto de Tremmel, uma possível resposta a essas questões. Esclarece-se, contudo, que se trata de uma resposta entre as muitas ofertadas para esse tema, o qual apresenta uma série de controvérsias entre estudiosos.

2.2. Os fundamentos éticos e jurídicos dos direitos e deveres das e para com as futuras gerações

No âmbito da fundamentação de direitos e obrigações/deveres pode-se falar em duas espécies diferentes de normatividade: a ética e a jurídica. Muitos teóricos na atualidade, quando se referem a direitos, estão pensando não apenas em direitos legais, mas também em direitos em uma perspectiva ética. Tremmel sintetiza essa discussão apontando para três relações possíveis entre ética e direito. Primeiramente, há normas éticas que não são direito positivo; em segundo lugar, há um grupo de normas éticas que são ao mesmo tempo direito positivo, isto é, trata-se de valores éticos transformados em leis positivas pelo poder legislativo; em terceiro lugar, há normas jurídicas que não possuem qualquer conexão com a ética, como, por exemplo, as leis que regulavam o regime de Apartheid na África do Sul.¹⁵

Tanto na perspectiva ética quanto na jurídica é relevante recordar que os direitos devem ser considerados em sua dupla dimensão: positiva (direitos

¹⁴ TREMMEL, 2009, p. 7/8.

¹⁵ TREMMEL, 2009, p. 47.

assegurados) e negativa (liberdades — a partir das quais os portadores de direitos reivindicam a não interferência em seu legítimo direito de ação). Assim, os direitos assegurados impõem deveres aos outros, deveres de não interferência no exercício desses direitos.

A questão que se coloca, no que tange às gerações futuras, é justamente como assegurar direitos a pessoas futuras. Pessoas ainda não nascidas podem ter direitos no futuro? Quais os fundamentos éticos e jurídicos desses direitos e deveres? Os fundamentos éticos e jurídicos são distintos. Tremmel apresenta respostas distintas para a fundamentação ética e para a fundamentação jurídica. Primeiramente, o autor considera não haver nenhuma contradição lógica em se conferir direitos a membros de futuras gerações. No âmbito da ética, o fundamento desses direitos é uma convenção; no âmbito jurídico, trata-se de uma questão empírica. Os argumentos que sustentam tais conclusões serão expostos a seguir, apresentando-se os fundamentos éticos e posteriormente os jurídicos.

2.2.1. Fundamentos éticos

Com relação ao fundamento ético para os direitos das futuras gerações, a primeira resposta de Tremmel é que, a princípio, se são reconhecidos direitos às pessoas que vivem hoje, as pessoas futuras também terão direitos. O fundamento dos direitos das futuras gerações é o mesmo fundamento dos direitos da presente geração. Que fundamento é esse?

Teoria dos direitos do homem surge com o iluminismo e com a filosofia política dos séculos XVII e XVIII, notadamente, com Hobbes, Locke, Rousseau, concretiza-se com os direitos afirmados na Declaração de Independência Americana (1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789). Como afirma Benjamin Constant em seu clássico texto sobre a liberdade dos antigos e dos modernos, os direitos individuais que são a base dos direitos humanos surgem e afirmam-se com a modernidade; nas teorias anteriores, falava-se em justiça mas não a partir da gramática dos direitos.¹⁶

Tremmel quer retirar a ênfase dos direitos. Segundo ele, saber se os direitos são inventados ou descobertos (no caso de direitos naturais considera-

¹⁶ Nesse sentido é a tese de Benjamin Constant em seu clássico texto “A liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos”, segundo a qual a noção de direitos, notadamente de direitos individuais, surge com a modernidade e dá suporte para a ideia de liberdade negativa, isto é, a liberdade como não interferência do Estado e de outrem na esfera da vida privada dos indivíduos. Segundo Constant, as sociedades antigas não tinham os direitos como um valor e o conceito de liberdade dos antigos era completamente distinto daquele dos modernos, pois consistia na possibilidade de participação nos negócios de governo, na vida pública. Cf. CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia política**, Porto Alegre, L&PM, 1985.

dos evidentes) é uma questão epistemológica. Não obstante essa questão, teorias da justiça sempre existiram, mesmo antes de se começar a falar, nas teorias dos séculos XVII e XVIII, de direitos naturais e inatos.¹⁷

Para Tremmel, uma teoria da justiça intergeracional, ou qualquer outra espécie de teoria da justiça, não requer necessariamente empregar a linguagem dos direitos. A ideia de que os direitos do homem podem ser o ponto inicial para a moralidade política em geral, e teorias da justiça em particular, não é intocável. O autor ressalta que até mesmo na tradição liberal alguns filósofos insistem que os direitos podem ser levados a sério somente se eles forem entendidos com base em uma teoria anterior da moralidade política e social, tal como a do utilitarismo ou a deontologia kantiana, que baseia direitos em deveres. Assim, resta saber quem decide se há direitos. Houve um tempo em que mulheres e escravos não possuíam direitos. Na esteira dessa discussão, o autor conclui que direitos não são autoevidente, mas uma questão de convenção.¹⁸ Assim, se o fundamento ético para a atribuição de direitos às gerações presentes é uma convenção, esse mesmo fundamento aplica-se às gerações futuras.

Mesmo afirmando que o fundamento ético dos direitos é uma convenção, Tremmel indaga ainda se há critérios lógicos para a atribuição de direitos. O autor ressalta que comumente defende-se que para o reconhecimento de direitos é precedido pelo reconhecimento de um interesse. Desse modo, a base para o interesse é a necessidade. Desse modo, “um titular de direitos deve ser capaz de ser um beneficiário em sua própria pessoa, e um objeto sem necessidades é incapaz de ser prejudicado ou beneficiado.”¹⁹ A necessidade é apontada, pois, como um importante critério lógico para a atribuição de direitos.

Se há controvérsias em torno da possibilidade de reconhecimento de direitos às gerações futuras, parece haver menos discordância com relação aos deveres e obrigações das gerações presentes para com as gerações futuras. Segundo Tremmel, mesmo críticos da existência de direitos de futuras gerações reconhecem que as gerações presentes possuem obrigações para com as gerações futuras. Por que os indivíduos se sentiriam mais solidarizados com catástrofes que ocorrem no presente em locais muito distantes do seu do que com as futuras gerações? Em certo sentido, a distância no tempo lembra a distância no espaço.

Considerando o ponto de vista ético, deve-se impor o dever de cuidar do bem-estar dos indivíduos presentes e futuros, independentemente de suas identidades. O argumento da indeterminação não libera a geração presente de

¹⁷ TREMMEL, 2009, p. 50.

¹⁸ TREMMEL, 2009, p. 50.

¹⁹ TREMMEL, 2009, p. 51.

sua obrigação de levar em consideração os interesses e direitos de futuras gerações, os quais ainda serão determinados. Ou seja, o autor considera que direitos futuros podem constituir obrigações presentes²⁰

No que diz respeito à relação entre direitos e obrigações intergeracionais Tremmel sustenta a seguinte posição: “Sempre que a parte A tiver uma obrigação em relação à parte B, B tem um direito em relação a A. Sempre que a parte A tiver um direito em relação à parte B, B tem uma obrigação em relação à A.”²¹ Observa-se nessa definição uma estreita relação entre direitos e obrigações, de modo que eles se constituem como dois lados da mesma moeda.

Isso desperta duas questões: primeiramente, aqueles que não podem assumir obrigações podem ainda assim ter direitos? Segundo, ainda há direitos quando eles não podem ser assegurados? Respondendo a primeira questão, o autor considera que pessoas que não podem assumir obrigações não podem ser titulares de direitos. Nascituros, por exemplo, não possuem obrigações, mas ainda assim lhes são atribuídos direitos.

A resposta à segunda questão acaba por encontrar amparo na noção de que os direitos humanos são inerentes e inalienáveis. Recorrendo a um exemplo, Tremmel considera a seguinte situação: supondo-se que a geração atual causasse um desastre nuclear e obrigasse as gerações futuras a viver em uma atmosfera nuclear cuja duração prevista seria de aproximadamente mil anos; supondo-se ainda que a radiação reduziria a expectativa de vida para vinte ou trinta anos e que todos sofressem com doenças e deformidades. As gerações afetadas pela radiação poderiam apenas reclamar por terem sido prejudicadas ou poderiam se queixar de que o seu direito de viver uma vida melhor foi violado? De acordo com Tremmel, as gerações futuras continuam a ter um direito a viver sob condições adequadas para os seres humanos, mesmo que esse direito não possa ser assegurado.²²

2.2.2. Fundamentos jurídicos

No âmbito jurídico a fundamentação dos direitos das futuras gerações é relativamente mais simples do que no campo da ética. Isso porque a questão de saber se há direitos legais garantidos às futuras gerações é uma questão empírica. Fala-se em direitos legais e em obrigações legais se esses direitos e obrigações estão positivados.²³ Claro que, não raras vezes, a fundamentação jurídica de um direito demanda uma fundamentação ética que a precede. Mas o ponto para o qual o autor chama a atenção é que após positivados, trata-se

²⁰ TREMMEL, 2009, p. 52/53.

²¹ TREMMEL, 2009, p. 54/55.

²² TREMMEL, 2009, p. 56/57.

²³ TREMMEL, 2009, p. 57.

apenas de investigar como cada Constituição protege este direito ou conjunto de direitos.

Segundo Tremmel, as cláusulas constitucionais que reconhecem direitos e obrigações com relação a gerações futuras fazem isso a partir de três categorias, a saber: disposições gerais para proteger gerações futuras, disposições específicas para proteção das futuras gerações no campo da ecologia e disposições específicas para proteger as futuras gerações no campo econômico.

Uma análise das disposições sobre direitos, deveres e responsabilidades nas Constituições de Estados democráticos contemporâneos revela, segundo Tremmel, que algumas delas enfatizam os direitos básicos de cada cidadão, enquanto outras enfatizam as obrigações (ou objetivos) do Estado. Ou seja, essas constituições esposam duas teses opostas, a saber: a tese da harmonia e a tese da competição.

A tese da harmonia é baseada na assunção de que as condições para uma boa vida devem primariamente ser mantidas para a geração atual. Presupõe-se que se essa condição é alcançada, as gerações futuras também serão beneficiadas por ela. Assim, deve haver um direito básico individual à proteção ambiental para assegurar o direito dos cidadãos da presente geração. Esse posicionamento pode ser encontrado nas Constituições da Argentina, Brasil, Finlândia, Hungria, Portugal e África do Sul, entre outras.²⁴

A tese da competição, por outro lado, pauta-se na assunção de que existe um conflito de interesses entre as gerações presentes e futuras com relação a muitos aspectos ambientais (por exemplo, energia nuclear ou aquecimento global), de modo que as gerações atuais, a fim de beneficiar-se, podem sobrecarregar as gerações futuras. Nesse caso, as constituições ressaltam menos os direitos das gerações presentes e mais as responsabilidades e obrigações das gerações presentes para com os direitos e interesses das gerações vindouras, e fazem do Estado o guardião desses direitos e interesses. Exemplos de constituições que endossam a tese da competição são aquelas da Alemanha, República Checa, França, Grécia, Holanda, Espanha, Suíça, entre outras.²⁵

Haveria ainda um terceiro critério, além da harmonia e da competição, para analisar a proteção conferida pelas constituições nacionais às futuras gerações: esse critério seria a contraposição entre antropocentrismo e biocentrismo. Contudo, de acordo com Tremmel, dificilmente as cláusulas constitucionais baseiam-se na perspectiva biocêntrica, segundo a qual reconhece-se à natureza um valor intrínseco independente de seu uso para o ser humano. O autor ressalta ainda que entre as Constituições contemporâneas consultadas,

²⁴ TREMMEL, 2009, p. 57.

²⁵ TREMMEL, 2009, p. 58.

apenas aquelas de três países asseguram explicitamente os direitos das futuras gerações, são elas: a Constituição do Japão, a Constituição da Noruega e a Constituição da Bolívia.²⁶

Considerando-se que os direitos das futuras gerações se encontram positivados e, portanto, protegidos constitucionalmente, esse rol de direitos possui o mesmo status de outros direitos constitucionalmente assegurados, como os direitos econômicos e sociais. Os direitos das futuras gerações acabam por estar submetidos à mesma proteção e aos mesmos riscos daqueles das gerações presentes perante as possibilidades de modificação de direitos por meio do processo democrático. É exatamente desta relação que se tratará na seção seguinte.

3. JUSTIÇA INTERGERACIONAL E DEMOCRACIA

A relação entre direitos, democracia e justiça intergeracional remete ao antigo debate travado entre Jefferson e Madison. O que deve prevalecer, o direito de cada geração de criar normas para si no intuito de alcançar o máximo bem-estar, ou além do direito de autodeterminação e de soberania popular, devem ser ressaltados os deveres e obrigações para com as gerações futuras? No âmbito da democracia constitucional, esta é uma questão central. Uma saída possível para os impasses entre soberania popular e direitos fundamentais é aquela adotada pelo constitucionalismo, a qual será apresentada a seguir.²⁷

O ideal constitucionalista está relacionado à limitação do poder político. No debate contemporâneo, essa limitação dirige-se, sobretudo, à atuação legislativa, que é tomada como possível violadora de direitos fundamentais. Autores que se dedicam à história e ao conceito deste tema ressaltam seu aspecto de limitação ou restrição. Nesse sentido, McIlwain, em seu clássico estudo sobre a história do constitucionalismo, sustenta que em todas as fases do constitucionalismo o elemento que mais se destaca é a “limitação legal sobre o governo.”²⁸ Outras definições deste conceito, do mesmo modo, chamam a atenção para este elemento. Gordon sustenta que o termo constitucionalismo é

²⁶ TREMMEL, 2009, p. 58.

²⁷ Além das teses aqui apresentadas como constitucionalistas, há outras propostas de resolução da tensão entre direitos fundamentais e soberania popular que divergem das teses aqui chamadas de constitucionalistas. Ver, por exemplo, a proposta de conciliação entre soberania popular e direitos humanos de Jürgen Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. Tradução de Flávio Beno Sievewichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Ver ainda a proposta delineada por Jeremy Waldron que tece várias críticas ao modelo constitucionalista. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. Para uma avaliação das propostas constitucionalistas e das propostas mais focadas na defesa da soberania popular, ver CONSANI, Cristina Foroni. **O Paradoxo da Democracia Constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²⁸ McILWAIN, C.H. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007, p. 21.

usado “para denotar que o poder coercitivo do Estado é restringido.”²⁹ Sajó define o constitucionalismo como “um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo” e que deve servir como “um limite à democracia funcionando descontroladamente.”³⁰ Dworkin entende que o constitucionalismo é “um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem poder para anular ou comprometer.”³¹

Um dos modos que tem sido adotado para justificar a legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular é o recurso à teoria do pré-compromisso, segundo a qual as limitações constitucionais são restrições autoimpostas e, por essa razão, não há comprometimento do elemento volitivo que confere legitimidade à retirada de alguns temas do debate político.

Desde os anos de 1960, quando Hayek considerou que a constituição é um mecanismo que permite o “apelo do povo bêbado ao povo sóbrio”³², a ideia do pré-compromisso constitucional tem sido utilizada para indicar a harmonização desses dois ideais. No final dos anos de 1970 e durante as duas décadas seguintes, a ideia de pré-compromisso voltou ao centro do debate da filosofia constitucional com a comparação que se estabeleceu entre o pré-compromisso e o mito de Ulisses, retomada de Spinoza³³ por Elster³⁴ e também por Holmes.³⁵

Tal como o mito é narrado por Homero, Ulisses, em sua viagem de retorno para Ítaca, queria ouvir o canto das sereias. Mas tinha consciência de sua falibilidade ao ouvir a melodia, então, deu ordens bastante precisas à sua tripulação (que deveria estar com os ouvidos tapados) para atá-lo ao mastro de seu navio e não o soltar, nem mesmo se ele reformulasse sua intenção original e desse novas ordens, deveria permanecer atado ao mastro até que se afastassem do perigo. Do mesmo modo, usa-se a figura de uma pessoa sóbria que, antes de começar a beber entrega a chave do carro para um amigo por saber

²⁹ GORDON, Scott. **Controlling the state** : constitutionalism from ancient Athens to today. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1999, p. 5.

³⁰ SAJÓ, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999, p. xiv.

³¹ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. **European Journal of Philosophy**. 3:1, 1995, p. 2.

³² HAYEK, F.A. **The Constitution of Liberty: the definitive edition**. Edited by Ronald Hamowy, Chicago: Chicago. University Press, 2011, p. 68.

³³ Cf. SPINOZA, Benedictus (Baruch) de. **Tratado Político**. Trad. N. de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

³⁴ Cf. ELSTER, Jon. **Ulises y las Sirenas**: Estudios sobre la racionalidad e irracionalidad. Traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica: México, 1989.

³⁵ HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 195-240.

que ao final da noite não terá discernimento para tomar a decisão mais prudente. Os exemplos de Ulisses e do bêbado aproximam-se do ideal defendido pelo constitucionalismo quando estabelece que as normas constitucionais que protegem direitos, tendo sido estabelecidas por meio de decisões racionais, devem permanecer de fora da discussão política eventualmente realizada em momentos de comoção social ou falta de racionalidade.

Segundo Elster, “a estratégia de Ulisses consiste em comprometer as gerações posteriores estabelecendo uma constituição que inclua cláusulas que lhes impeçam de alterá-la facilmente.”³⁶ Ao se analisar essa estratégia, percebe-se que ela reforça o caráter restritivo da constituição em termos de uma auto-limitação para afirmar que a tensão entre constituição e democracia, reconhecida por autores do constitucionalismo moderno como Jefferson e Madison, na realidade não existe, pois a constituição é uma limitação colocada pelo povo sobre si mesmo, cujas restrições são necessárias para assegurar o exercício da liberdade (dos antigos) e das liberdades (dos modernos).

Holmes, ao prefaciar o livro de Sajó, define as Constituições como “ordens de restrições gigantescas motivadas por uma paixão pela prevenção. Elas são impelidas pelo desejo de escapar de resultados políticos perigosos e desagradáveis.”³⁷ Alguns anos antes, Holmes já havia assumido o posicionamento segundo o qual a Constituição é um mecanismo que limita o poder, mas que também o cria e organiza as regras de seu funcionamento. Nesse sentido, o estabelecimento de um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais e procedimentais, é necessário para proteger o próprio processo de participação política.³⁸ O autor insere a discussão a respeito das limitações constitucionais na perspectiva intergeracional e busca justificar porque as gerações passadas têm o direito de criar normas para as gerações futuras, ou seja, ele apresenta argumentos favoráveis ao modelo do pré-compromisso constitucional.

A teoria do pré-compromisso é uma tentativa de resposta ao que Elster definiu como o paradoxo da democracia (constitucional), a saber, “cada geração deseja ser livre para obrigar seus sucessores, mas não quer ser obrigada pelos seus predecessores.”³⁹ No entendimento de Holmes, as normas herdadas do passado, ou o pré-compromisso constitucional, não devem ser entendidas como um fardo, haja vista possuírem também um aspecto positivo e constitutivo. A posição de Holmes é sustentada a partir de três principais argumentos.

Primeiramente, ele defende que o pré-compromisso constitucional permite a “divisão intergeracional do trabalho”, proporcionando vantagens tais

³⁶ ELSTER, 1989, p.160.

³⁷ SAJÓ, 1999, p. x.

³⁸ HOLMES, 1988, p. 215-218.

³⁹ ELSTER, 1989, p.159.

como a organização da vida política para as futuras gerações ao criar instituições e procedimentos que nortearão o exercício do poder político em sociedade. Sendo assim, uma estrutura política herdada pode fortalecer e estabilizar a democracia ao liberar a geração presente de ter que se ocupar constantemente com a fundação de uma estrutura básica para a vida política. Nesse sentido, haveria uma dependência da soberania popular presente com o pré-compromisso do passado. Para Holmes, a crítica formulada por Jefferson contra as obrigações (constituições) impostas a uma geração pela predecessora, a qual ele considera “intoxicada pela garantia do progresso”, falha justamente por não entender a importância do papel organizacional desempenhado pela Constituição, que pode desincumbir as gerações futuras. Assim, a herança do passado não é vista como um fardo, mas como algo que desobriga a geração atual da tarefa de se dedicar constantemente a uma nova fundação.⁴⁰

Um segundo argumento é apresentado por Holmes em face da dessemelhança apontada por Elster entre a ação política dos fundadores (poder constituinte) e a ação política das gerações subsequentes (poder constituído).⁴¹ Holmes tende a diminuir a diferença entre essas duas formas de exercício do poder político invocando um certo *ethos* intergeracional. Segundo ele, mesmo o poder constituinte nunca está completamente isento de influências passadas, mas ao contrário sempre reconhece e faz uso de conhecimentos e experiências dos antecessores. Ele usa como exemplo os *Framers* da Constituição norte-americana, que se apoiaram nas teorias políticas de autores como Harrington, Locke e Montesquieu, entre outros, além de na experiência da prática política inglesa e também nas constituições estaduais pré-existentes. Diz ele: “o influenciador deve ser influenciado: este é um axioma central da teoria realista do poder.”⁴² Ou seja, aqueles que fundam uma constituição hoje fazem isso com base na influência do passado e, futuramente, exercerão influência sobre as novas gerações. Ademais, ele relembra que apesar da constituição figurar como um pré-compromisso estabelecido no passado, sempre há espaço para inovações introduzidas por meio de reformas.⁴³

⁴⁰ HOLMES, 1988, p. 222-223.

⁴¹ Essa distinção apontada por Elster é identificada também por outra teoria que busca justificar a legitimidade das restrições constitucionais à soberania popular, a saber, a teoria da democracia dualista de Bruce Ackerman. Segundo este autor, o processo político pode ser compreendido de dois modos distintos: a partir da **política constitucional** — que consiste nos momentos raros em que o povo é chamado a decidir questões políticas consideradas fundamentais, como ocorreu na elaboração das emendas constitucionais após a guerra civil norte-americana ou no *New Deal*; e a partir da **política normal** — aquela feita corriqueiramente pelo Congresso. Cf. ACKERMAN, Bruce. **We The People**: Vol. 1: Foundations. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1991, p. 03-33.

⁴² HOLMES, 1988, p. 223.

⁴³ HOLMES, 1988, p. 224-225.

O terceiro argumento sustenta que o pré-compromisso constitucional tem um aspecto predominantemente constitutivo na medida em que preserva algumas possibilidades que poderiam estar indisponíveis para as gerações futuras caso não houvesse nenhuma restrição. O exemplo invocado por Holmes é a proibição da escravidão, quando “por meio de uma constituição, a geração *a* pode ajudar a geração *c* a proteger-se de ser vendida como escrava pela geração *b*.”⁴⁴ Sendo assim, para assegurar o poder de decisão das maiorias futuras, é preciso limitar constitucionalmente o poder de cada maioria. Holmes equipara as regras constitucionais àquelas da gramática ou de um jogo: “[e]nquanto *regras regulativas* (por exemplo, ‘proibido fumar’) governam atividades preexistentes, *regras constitutivas* (por exemplo, ‘bispos se movem na diagonal’) tornam uma prática possível pela primeira vez.”⁴⁵ Assim, o elemento essencial aqui é que a rigidez constitucional pode criar espaço para a flexibilidade. Isso ocorre, por exemplo, quando essas normas estabelecem a estrutura de governo, garantem a participação popular no processo político, regulam o modo como os poderes são empregados, asseguram a igualdade de tratamento. Desse modo, no entendimento de Holmes, as normas constitucionais possibilitam ao invés de incapacitar a democracia. Por essa razão, o autor considera insatisfatória a identificação do constitucionalismo unicamente com a limitação do poder. Nesse sentido, o modelo de pré-compromisso de Ulisses não pode ser tomado como análogo ao ato de criar e ratificar constituições, exatamente por centrar-se nos aspectos restritivos e não abarcar o aspecto criativo e organizacional inerente às constituições.

Como resultado, tem-se que embora Holmes sustente que o constitucionalismo tem como uma de suas funções precípua o estabelecimento de limites à democracia a fim de preservar os direitos fundamentais, esse não é seu único papel, haja vista que a própria constituição é compreendida como um mecanismo capaz fortalecer a democracia na medida em que cria as instituições nas quais se realizarão as práticas democráticas. Por essa razão, pode-se dizer que ele nega a existência da tensão entre constituição e democracia.⁴⁶

⁴⁴ HOLMES, 1988, p. 226.

⁴⁵ HOLMES, 1988, p. 227.

⁴⁶ Nesse sentido também é o posicionamento de Dworkin. De acordo com o autor, para saber se a democracia prevalece em um país deve ser perguntado o que suas leis dizem e não quem, como e quando estas leis são feitas. As leis básicas devem prevenir o uso opressivo do poder do Estado, assim como discriminações legais arbitrárias, devem respeitar a liberdade de pensamento, de expressão, de associação e, devem ainda assegurar a independência moral e intelectual de cada cidadão. Assim sendo, Dworkin entende que o conflito entre direitos individuais e autogoverno do povo não ocorre, pois a liberdade depende da relação entre o governo e todo o conjunto de cidadãos considerados em sua coletividade e não do governo e cada indivíduo. Por isso, a liberdade positiva é aquela que vigora quando o povo controla aqueles que governam, e não o contrário; e é esta liberdade que se afirma quando se impede que a maioria faça valer a sua vontade. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32/33.

A partir da perspectiva constitucionalista, não há conflito entre Constituição e democracia, ou entre direitos fundamentais e soberania popular. Nesse caso, se o princípio da justiça ou da equidade intergeracional é entendido como um princípio protegido constitucionalmente, ele passa a figurar como um limite para as decisões das gerações atuais.

4. CONCLUSÃO

O propósito deste artigo foi analisar, a partir da perspectiva da Filosofia do Direito e da Filosofia Constitucional, a relação que se estabelece entre as exigências de proteção ambiental, o princípio da justiça intergeracional e a democracia.

Na primeira seção, a partir de um estudo recente e multidisciplinar do autor alemão Joerg Chet Tremmel a respeito da justiça intergeracional, foram apresentados os conceitos de justiça intergeracional e de justiça intrageracional, assim como o escopo de cada um desses conceitos. Ressaltou-se que enquanto o conceito de justiça intergeracional diz respeito à justiça entre gerações presentes e futuras, o conceito de justiça intrageracional refere-se a questões de justiça entre gerações presentes e volta-se à discussão de temas como justiça social (distribuição de riqueza e renda no âmbito nacional ou internacional) e justiça de gênero e eliminação de discriminações (pautadas não apenas em gênero, mas também em religião, etnia, entre outras).

Ainda na primeira seção esse texto apresentou alguns argumentos a respeito da fundamentação ética e jurídica de direitos e deveres atribuídos às gerações futuras. No que diz respeito à fundamentação ética, embora haja bastante divergência a respeito da fundamentação de direitos de futuras gerações, a posição ora apresentada sustenta que o fundamento para direitos de pessoas futuras é primeiramente convencional, isto é, decide-se atribuir esses direitos a gerações futuras do mesmo modo que se decide atribuir direitos a indivíduos das gerações atuais. Contudo, Tremmel vincula, em última instância, essa decisão de atribuir direitos à existência de interesses e os interesses, por sua vez, surgem de necessidades. No que diz respeito à fundamentação jurídica de direitos das gerações futuras, embora reconhecidamente em alguns casos os fundamentos legais de direitos repousam sobre a fundamentação moral desses mesmos direitos, de acordo com Tremmel, o reconhecimento de direitos legais para as futuras gerações é uma questão empírica, ou seja, trata-se de verificar como esses direitos são protegidos por normas nacionais e internacionais.

Na segunda seção analisou-se a relação entre justiça intergeracional e democracia. Essa relação guarda em si uma possibilidade de tensão, haja vista que os interesses das gerações atuais podem conflitar com aqueles de futuras gerações. Um exemplo disso é a exploração de recursos naturais finitos, como

os hidrocarbonetos, que podem ser revertidos em aumento da renda e do desenvolvimento econômico e social das gerações atuais, porém, se a exploração for realizada sem o devido planejamento e investimento, tais recursos naturais podem simplesmente se esgotar sem deixar nenhum benefício para as gerações futuras.

A relação entre justiça intergeracional e democracia foi analisada a partir da perspectiva da democracia constitucional, notadamente a partir das teses do pré-compromisso constitucional segundo as quais a Constituição de um país, assim como os direitos fundamentais por ela resguardados, devem ser compreendidos como um limite que o povo coloca à sua própria atuação no exercício da soberania. Logo, não haveria conflito ou tensão entre o princípio da soberania popular e o princípio da justiça intergeracional, pois sendo a justiça intergeracional um princípio assegurado constitucionalmente, ele passa a figurar como um limite legítimo às decisões das gerações atuais.

Essa resposta oferecida pelas teorias da democracia constitucional para a relação entre justiça intergeracional e democracia parece ser mais convincente no âmbito dos Estados nacionais do que no âmbito da esfera internacional. Contudo, tratando-se de questões ambientais, a solução nacional ou local nunca dará uma resposta suficientemente adequada, pois problemas ambientais ultrapassam os limites territoriais dos Estados (contaminação de mananciais, poluição do ar, desmatamento, danos causados por resíduos nucleares, por exemplo).

Embora algumas teorias da justiça já estejam apontando para a necessidade de se pensar em instituições democráticas globais, como o faz, por exemplo, Amartya Sen em seu livro *A Ideia de Justiça*⁴⁷, essa parece ser uma questão ainda muito aberta para o debate, não obstante sua extrema relevância.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Vol. 1: Foundations**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Marcos Antonio Fernandes (Org). 20 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

CONSANI, Cristina Foroni. **O Paradoxo da Democracia Constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia política**, Porto Alegre, L&PM, 1985.

⁴⁷ SEN, Amartya. **A Ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação das rendas de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira.** 2012. 342f. Tese (Doutorado — Programa de Pós-Graduação em Energia) EP/FEA/IEE/IF da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-21092012-181014/pt-br.php>> Acesso em 22 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. **European Journal of Philosophy.** 3:1, 1995, pp. 2-11.

_____. **O Direito da Liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELSTER, Jon. **Ulises y las Sirenas:** estudios sobre la racionalidad e irracionalidad. Traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica: México, 1989, p.159.

GEORGE, C. J. **Justiça Intergeracional:** satisfazendo necessidades ao invés da ganância. Disponível em: <http://www.socialwatch.org/sites/default/files/justicaIntergeracional2012_bra.pdf> Acesso em 23 set. 2015.

GORDON, Scott. **Controlling the state:** constitutionalism from ancient Athens to today. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Volume I e II. Tradução de Flávio Beno Sievenerichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAYEK, F.A. **The Constitution of Liberty:** the definitive edition. Edited by Ronald Hamowy, Chicago: Chicago University Press, 2011.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), **Constitutionalism and Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

JEFFERSON, Thomas. **The Portable Thomas Jefferson.** Edited by Merrill D. Peterson, Penguin Books, 1977.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad:** ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

MADISON, James. **From James Madison to Thomas Jefferson, 4 February 1790.** Disponível em: <<http://founders.archives.gov/documents/Madison/01-13-02-0020>> Acesso em 16 set. 2015.

McILWAIN, C.H. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

SAJÓ, András. **Limiting Government: an introduction to constitutionalism**. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999.

SEN, Amartya. **A Ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SPINOZA, Benedictus (Baruch) de. **Tratado Político**. Trad. N. de Paula Lima. São Pulo: Ícone, 1994.

TOBIN, J. What Is Permanent Endowment Income? In: **American Economic Review**, n. 64, May, 1974, pp. 427-432.

TREMMELE, Joerg Chet. **A theory of intergenerational justice**. London: Earthscan, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

* Recebido em 03 abr. 2016.



DOS LIMITES À INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: REFLEXÕES ACERCA DO PERCURSO GERATIVO DE SENTIDO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

*Fernanda Macedo Pacobahyba**

Resumo

A partir do movimento intitulado “giro linguístico”, que ressignificou as bases da filosofia moderna, enfatiza-se a linguagem como criadora das realidades, e não meramente como descritora de fenômenos naturais e sociais. Representa uma reviravolta nos fundamentos da filosofia e, portanto, da forma como o homem traduz a realidade. A partir de tal movimento, a linguagem passa, de objeto da reflexão filosófica, para a “esfera dos fundamentos” de todo pensar, e a filosofia da linguagem levanta a pretensão de ser a filosofia primeira, à altura do nível de consciência crítica dos dias atuais. Com base nessa mudança de paradigma, é edificada a Escola do Constructivismo lógico-semântico, a partir da doutrina de Lourival Vilanova e de Paulo de Barros Carvalho. Tal escola tem, como um dos pilares, o positivismo kelseniano, que já propunha uma “moldura” interpretativa. A seguir, Carvalho idealizou o percurso gerativo de sentido, que se trata de estrutura complexa e que cria a visualização da intrigante operação mental de interpretação. Nesse contexto, propõe-se uma estrutura dimensional ao modelo do percurso, ampliando a ideia de planos, e re-desenhando a estrutura, a partir de uma conexão com modelos da Física Moderna. Compreende-se que a estrutura dimensional proposta reflete com maior profundidade a idealização de Paulo de Barros Carvalho, em atenção aos primados da Teoria geral do Direito, da Teoria do conhecimento e da Neurociência. Conclui-se, assim, que a idealização do modelo interpretativo do Constructivismo lógico-semântico pode ser ampliado qualitativamente, a partir da utilização do espaço pluridimensional.

Palavras-chave

Interpretação. Constructivismo lógico-semântico. Percurso gerador de sentido. Estrutura. Espaço pluridimensional.

ON THE LIMITS TO LEGAL INTERPRETATION: REFLECTIONS ON THE SENSE GENERATIVE PATH IN THE LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM

Abstract

From the movement called "linguistic turn", which re-signified the foundations of modern philosophy, it emphasizes the language as creator of realities, not merely as a descriptor of natural and social phenomena. It is a turnaround in the fundamentals of philosophy and therefore the way the man reflects reality. From such a move, the language goes, the object of philosophical reflection for the "sphere of fundamentals" of all thinking, and philosophy of language raises the

* Doutoranda em Direito Tributário pela PUC-SP.

claim to be the first philosophy, up to the level of critical awareness days current. Based on this paradigm shift, it is built the school of logical-semantic Constructivism, from the doctrine of Lourival Vilanova and Paulo de Barros Carvalho. This school has, as one of the pillars, the kelsenian positivism, which has proposed a "frame" interpretive. Then Carvalho designed the generative course of meaning, that its complex structure and establishing a preview of intriguing mental operation of interpretation. In this context, it proposes a dimensional structure to the path model, expanding the idea plans, and redesigning the structure, from a connection with models of modern physics. It is understood that the proposal dimensional structure reflects more deeply the idealization of Paulo de Barros Carvalho, in consideration of the primates of the general Theory of Law, Theory of knowledge and Neuroscience. We conclude, therefore, that the idealization of the interpretation model of logical-semantic Constructivism can be qualitatively expanded from the use of multidimensional space.

Keywords

Interpretation. Constructivism logical-semantic. Generation direction. Structure. Multidimensional space.

1. INTRODUÇÃO

Ao se estudar o movimento intitulado "giro linguístico", percebe-se que o mesmo representou a ressignificação das bases da filosofia moderna, notadamente a partir dos escritos de Ludwig Wittgenstein. Nesse ponto, tal mudança de paradigmas enfatiza a linguagem como criadora das realidades, e não meramente como descritora de fenômenos naturais e sociais. Representa uma reviravolta nos fundamentos da filosofia e, portanto, da forma como o homem traduz a realidade.

Em assim sendo, a linguagem passa, de objeto da reflexão filosófica, para a "esfera dos fundamentos" de todo pensar, e a filosofia da linguagem levanta a pretensão de ser a filosofia primeira, à altura do nível de consciência crítica dos dias atuais. Isso significa dizer que as condições de possibilidade do conhecimento que caracterizaram toda a filosofia moderna, transformaram-se na pergunta acerca das condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo.

Nesse cenário, especialmente ao se aprofundar temas relativos à Teoria Geral do Direito e à Teoria do Conhecimento, o Direito passa a ser encarado como o conjunto de normas que regem a vida em sociedade, o que ultima para a compreensão desse fenômeno à luz dos textos. Dessa forma, desponta a doutrina de uma Escola que possibilita o acesso ao Direito, tomado este como linguagem e, em assim sendo, como texto: trata-se do Constructivismo Lógico-Semântico, cujos maiores expoentes são Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho.

Trata-se de uma forma de abordagem do direito que parte de um viés analítico, construindo-se, a seguir, o sentido e o alcance da norma jurídica. Nesse ponto, tendo em vista que os signos são permeados de valores, estes são

incorporados desde a edição do texto normativo, passando a alcançar um momento diferenciado na construção hermenêutica.

Dito isso, o presente estudo visa a identificar dois modelos positivistas que se tornaram bastante conhecidos entre os estudiosos: primeiramente, a “moldura” de Kelsen, estrutura dentro da qual hão de caber todas as interpretações possíveis. A seguir, no Constructivismo lógico-semântico, Paulo de Barros Carvalho idealiza o percurso gerativo de sentido, ampliando qualitativamente a idealização kelseniana.

Neste estudo, intenta-se justamente explorar o percurso gerativo, enquanto parte do processo que compreende a incidência e a aplicação do direito. Assim, a partir de uma concatenação com o aspecto dimensional, tão explorados pela Física clássica e pela Física moderna, buscar-se-á identificar se as projeções de estruturas kelseniana e do Constructivismo lógico-semântico podem também ser conectadas à evolução dos modelos físicos.

Com tudo isso, o objetivo geral deste trabalho é analisar o percurso gerativo de sentido, identificando as possibilidades na doutrina de Paulo de Barros Carvalho que permitam construir o processo interpretativo a partir de estruturas pluridimensionais. Tais estruturas acompanham as próprias idealizações ocorridas na Física, pós-Teoria da Relatividade, refletindo uma alteração extremamente complexa na forma de se enxergar o universo. A metodologia utilizada é bibliográfica, descritiva e exploratória, a partir da premissa fundamental do direito como linguagem, o que, em si, já amplia consideravelmente as possibilidades interpretativas.

2. A ESCOLA DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO UM OLHAR DIFERENCIADO SOBRE O DIREITO

Antes de se fazer qualquer inferência acerca do Constructivismo Lógico-Semântico, que a partir de agora poderá ser identificado também pela sigla CLS, partir-se-á para uma apresentação das premissas que este método, como diriam uns, ou que esta Escola, como afirmam outros¹, tem por pressupostas.

Ao ser pensado como método, proporia o CLS o caminho a ser trilhado, a fim de se alcançar determinado fim: enquanto método científico, tal método se perfaria no fim da ciência. Dessa forma, pensar-se na natureza do método

¹ Essas formas diferenciadas de enxergar o mesmo fenômeno já foram reportadas por Aurora Tomazini de Carvalho (2014, p. 14-15), ao assim se manifestar: “A expressão ‘Constructivismo Lógico-Semântico’ é empregada em dois sentidos: (i) para se reportar à Escola Epistemológica do Direito da qual sou adepta, fundada nas lições dos professores Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova e que vem, a cada dia, ganhando mais e mais seguidores no âmbito jurídico; (ii) e ao método utilizado por esta Escola, que pode ser empregado no conhecimento de qualquer objeto”.

científico está conectada ao fim da ciência (ABRANTES, 2014, p. 15). Não se deve, contudo, confundir método com técnica: uma ciência² dispõe de um único método, podendo contar com diversas técnicas (FERRAZ JR, 2014, p. 4).

A primeira delas é a de que, no CLS, o direito se apresenta como um sistema normativo que tem por objetivo regular a conduta humana. Até aqui, nada que se diferencie de outras escolas positivistas, tomando-se como referencialidade a obra de Hans Kelsen, especificamente a partir da dogmática construída por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, dentre outros autores.

Uma outra premissa é a de que há de se adotar uma postura analítica, tendo em vista que a natureza humana impõe limites para a própria percepção, recortando-se a realidade a ser estudada e, depois, recompondo-a, em uma construção que visa a possibilitar, o quanto possível, uma noção do todo, superando as dificuldades que o veículo físico ao homem oferece (TOMÉ, 2014, p. 325). Nesse ponto, conforme atenta Pontes de Miranda, o “cindir é desde o início”.

Nesse ponto, podem ser identificados dois planos, os quais representam uma dualidade no enxergar o mesmo fenômeno: (i) direito como conjunto de normas; e (ii) Direito como asserções sobre o Direito tomado como conjunto de normas (IVO, 2014, p. 17). Em assim sendo, com o fito de regular condutas humanas, o direito empreende tal tarefa por meio da linguagem^{3 4}, entendida

² Ao tratar da problemática da ciência, sempre volta à lume a questão de se definir os limites da ciência: afinal, o que se encontra dentro da “moldura” da ciência (parafrazeando Kelsen, como se verá a seguir), e o que fora dela se encontra. Esta temática faz apontar para outra, extremamente interessante, e pertinente ao papel das crenças na formação das teorias jurídicas. Apesar de tal tema ser transversal ao objeto deste trabalho, que compreende mais especificamente o fenômeno da interpretação, não se pode deixar de registrar que se comunga do entendimento de Rogério Lima Silva (2014), para quem “a crença surge como algo imprescindível, indissociável da natureza humana, na construção de qualquer conhecimento científico. Por isso, pode-se afirmar, na linha do que pensou Montaigne em sua reflexão céptica sobre os *poderes divinos* da razão: **a ciência inventa coisas (cria ficções) a partir de suas crenças**”.

³ Vale citar importante abordagem de Raimundo Bezerra Falcão, ao discorrer acerca do sentido, linguagem e direito: “Em outros enfoques, as relações entre linguagem, sentido e Direito continuam evidentes. [...] Sem linguagem, a vida social e, por extensão, a vida político-jurídica tornar-se-iam impossíveis. Aristóteles já o assinalara, dizendo que o homem é um animal cuja vida se desenrola na comunidade política. E, se é em comunidade, tem de haver comunicação. Mas, para haver comunicação, a linguagem é imprescindível”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

⁴ Conforme pontua Manfredo A. de Oliveira, “o escrito mais tardio que a Tradição nos legou em nossa cultura ocidental como reflexão sobre a linguagem ou, para usar uma expressão de hoje, como crítica da linguagem é precisamente o *Crátilo* de Platão, escrito presumivelmente no ano 388 a. C. De antemão, é necessário considerar dois aspectos muito importantes: em primeiro lugar, Platão toma aqui posição em relação a uma pergunta que realmente surge no início de qualquer consideração sobre a significação linguística, que é: por meio de que uma expressão adquire sua significação? Em segundo lugar, respondendo a esta pergunta, Platão toma posição a respeito da *essência da linguagem humana*, que se tornou a concepção fundamental da linguagem no Ocidente, da qual hoje, com muito esforço, estamos libertando. Ela se tornou mesmo a

esta como “uma faculdade humana abstrata, ou seja, uma capacidade: isto é, aquela capacidade que o humano tem de comunicar-se com os semelhantes por meio de signos mediante mecanismos de natureza psicofisiológica” (BASTOS, CONDIOTTO, 2007, p. 15). Assim, tal linguagem do direito dirige-se ao mundo social, buscando cristalizar fatos a partir de meras ocorrências de eventos, e registrando as provas necessárias a que surjam os fatos jurídicos.

Voltando às premissas, adotar-se-á uma posição normativista do direito, o que faz configurar que este deva ser entendido como o conjunto de normas válidas em um determinado país. Em concatenação com a primeira premissa, admitindo-se que o direito é linguagem, então as normas jurídicas são, antes de qualquer outra inferência, uma manifestação da linguagem: onde houver normas, há linguagem, o que, no Brasil, aponta necessariamente para uma linguagem escrita.

A seguir, outra premissa subjaz importante de se referenciar: o direito é finalístico, sendo criado para disciplinar condutas intersubjetivas (MC NAUGHTON, 2011, p. 34), canalizando-as em direção aos valores eleitos pela sociedade. É, reconhecidamente, um produto cultural (CARVALHO, A. T., 2013, p. 19). Ademais disso, pode se configurar como objeto cultural (CARVALHO, 2013; FALCÃO, 2010; VILANOVA, 2003a; VILANOVA, 2003b; BELCHIOR, 2011), que se caracteriza por existir no tempo e no espaço, estando na experiência do sensível e que deve ser captado pela compreensão: aqui se situa também a norma jurídica como objeto cultural, posto que, com ela, o homem altera a sua própria conduta, limitando a liberdade inerente à natureza humana (FALCÃO, 2010, p. 16-17).

Tal natureza afigura-se também aproximada à moderna física quântica, para a qual “o ato de medir afeta o que está sendo medido” (GLEISER, 2014, p. 231). Nesse ponto, tem-se uma visão mais extremada ainda com os físicos Heisenberg e Born para quem as observações não apenas interfeririam no que estivesse sendo medido, mas produziriam o que está sendo medido (GLEISER, 2014, p. 231). Nesse ponto, então, demonstra muita semelhança a física moderna (pós-teoria da relatividade) com o Constructivismo lógico-semântico, para o qual a linguagem cria o direito, cria a realidade (CARVALHO, 2015; ROBLES, 2005).

Para o que interessa ao CLS, defende-se que “o objeto do conhecimento é sempre *criado* por meio de um procedimento de *corte* ao qual poderíamos acrescentar o adjetivo de *gnosiológico*” (BRITTO, 2014, p. 2). Trata-se de uma das consequências trazidas pelo movimento intitulado “Giro Linguístico”, a qual

concepção de linguagem do “senso comum” do homem ocidental, legitimado pelos diferentes sistemas filosóficos”. OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 17-18.

altera profundamente o panorama estabelecido pela hermenêutica tradicional, e que tem como um dos seus maiores expoentes, Ludwig Wittgenstein^{5 6}.

Nesse ponto, tal movimento representou

um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a “esfera dos fundamentos” de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser “a filosofia primeira” à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. Isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo (OLIVEIRA, 2006, p. 12-13).

Tomar a linguagem como o meio necessário ao conhecimento não significa que não existam objetos físicos: do contrário, a filosofia da linguagem⁷ proposta por de Ludwig Wittgenstein quer apenas mostrar que é apenas pela linguagem que a realidade social é construída, propiciando a sua compreensão, a partir da realidade objetiva do ser cognoscente (TOMÉ, 2011b, p. 104).

Contudo, tendo em vista que o assunto que se pretende abordar traz facetas que desbordam do jurídico, passar-se-á a inserir a temática a partir de vieses que evidenciam a complexidade do tema, sem que, com isso, deixe de fundamentar-se normativamente, dando especial atenção às questões jurídico-tributárias que envolvem a matéria. Parte-se do princípio de que o universo social é uma multiplicidade contínua, e não homogênea, sendo que as interações sociais não são reflexivas (VILANOVA, 1989, p. 11).

⁵ Dentre todas as contribuições de Wittgenstein, deve-se enaltecer a característica de tratar a linguagem como um jogo, daí se empregando a expressão jogos de linguagem. Dessa forma, este filósofo propõe as seguintes indagações, desde logo respondidas: “Quantas espécies de frases existem? Afirmação, pergunta e comando, talvez? — Há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de ‘signo’, ‘palavras’, ‘frases’. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, nascem e outros envelhecem e são esquecidos. (Uma imagem aproximada disto pode nos dar as modificações da matemática). O termo ‘jogo de linguagem’ deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 35).

⁶ Não se deve olvidar, contudo, a extrema contribuição para o novo olhar da filosofia promovido a partir da fenomenologia de Edmund Husserl, “cujo cerne era a subjetividade anônima constituidora do mundo objetivo, enquanto mundo do sentido” (PISCITELLI, 2007, p. 32). Sob tal ótica, ainda, enaltecem-se as obras de Heidegger e de Gadamer, as quais gravam raízes profundas no CLS, especialmente no tocante a este filósofo.

⁷ Fabiana Del Padre Tomé (2011a, p. 1), em outra obra, delimita a publicação da obra “*Tractatus logico-philosophicus*”, de Wittgenstein, como marco inicial da filosofia da linguagem, a qual rompe com a “tradicional forma de conceber a relação entre linguagem e conhecimento, entendendo que a própria compreensão das coisas dá-se pela preexistência da linguagem, deixando esta de ser concebida como mero instrumento que liga o sujeito ao objeto do conhecimento”.

Por se tratar de um trabalho cujo foco é a interpretação jurídica, faz-se necessário evidenciar o conteúdo da incidência e da aplicação no CLS, tendo em vista que são os campos, por excelência, e que se faz presente com mais intensidade o processo interpretativo. Sabe-se que “é só na relação com o interpretante que o signo completa sua ação como signo” (SANTAELLA, 2012a, p. 37). Dessa forma, buscar a potencialidade do signo, com foco na norma jurídica, é o que se visa aqui.

2.1. Incidência e aplicação no Constructivismo Lógico-Semântico: reconstrução do conceito de “intérprete autêntico” em Hans Kelsen

Ao se falar em incidência e aplicação no direito, aponta-se especificamente para os fenômenos que tornam possível a construção do “mundo” jurídico, ou, por assim dizer, da realidade jurídica. Isso porque, diferentemente do que entende o senso comum, o plano do direito não coincide com o plano social: representam realidades que se expressam por meio de círculos sociais distintos, componentes de um sistema global, em relações causais infra e intersistêmicas (VILANOVA, 1989, p. 11). Apesar de tal entendimento, não se pode olvidar que os sistemas jurídicos são, antes de tudo, sistemas lógicos, que capturam situações da vida por meio de proposições (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. IX).

O ser social impõe uma lógica de funcionamento que se caracteriza pela heterogeneidade e por uma complexa trama de interações sociais. Contudo, para o que interessa ao sistema jurídico, nenhuma norma ou valor pode se objetivar ou, indo além de Vilanova, pode sequer ser idealizada, fora da estrutura causal do universo social, o qual contém o mundo físico com sua estrutura também ordenada. Apesar do caos aparente da realidade social, a harmonia se estrutura a partir das regras que compõem cada um dos subsistemas, tais como o direito, a moral, a religião, a ciência, a política, a arte, em um ritmo incessante que promove fluxos e refluxos (VILANOVA, 1989, p. 12).

Para que o interessa ao presente trabalho, importa tentar construir o sentido de incidência e de aplicação, sob a ótica do Constructivismo Lógico-Semântico. Isso porque, a depender do sistema de referências que se adote, pode-se contar com conteúdos diversos daqueles pretendidos aqui⁸, sem que

⁸ Ao se tratar de incidência, não se pode olvidar jamais de Pontes de Miranda (1983, p. 4), amplamente acompanhado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. Conforme este autor, a incidência se daria de forma automática e infalível, tendo em vista que tal pressuposto representa a condição para que se ordene a vida em sociedade, sob a ótica do direito. Fixadas tais premissas, ainda que não seja este o referencial que se adota neste trabalho, vale a transcrição de importante excerto, no qual o autor esclarece a lógica de sua defesa: “3. *Incidência e aplicação*. Das considerações acima temos de tirar: (a) que é falsa qualquer teoria que considere apenas *provável* ou *suscetível de não ocorrer* a incidência das regras jurídicas (o homem não organizou a vida social

se visualize diferenças essencialmente qualitativas: representam, apenas, formas diferenciadas de enxergar um mesmo fenômeno⁹.

Com tudo isso, é Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 33) quem propicia uma aproximação bastante elucidativa acerca do tema, visualizando a incidência tributária¹⁰ a partir de duas operações formais: na primeira delas, denominada de subsunção, também chamada de inclusão de classes, o **olhar** se volta para as ocorrências no mundo fenomênicos, individualizáveis no espaço e no tempo, e que se ajustam perfeitamente às “teses fracas”¹¹ indicadas em normas gerais e abstratas¹². A seguir, processa-se a operação de implicação, que nada mais representa do que o conteúdo lógico do dever-ser, o que se chamaria de

deixando margem à não-incidência, porque teria sido o ordenamento alógico, em sistema de regras jurídicas em que essas poderiam *não ser*), e.g., as teorias que afirmam que algumas regras jurídicas não se aplicam e, pois, *não são* (confusão entre *incidência* e *aplicação*); (b) que é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, e) o fato jurídico, que daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos”.

⁹ É partindo-se deste pressuposto que se entende que a observação referida na nota de rodapé anterior pode se revelar inadequada. Tendo em vista que o direito constrói suas próprias realidades, mediado pela linguagem, isso significa que premissas distintas podem ser estruturadas, dentro da lógica contida em cada expressão dessa “realidade” que é o direito. Ora, que é o direito, além de uma estrutura lógica de pensamento? Em assim sendo, sabe-se que tal sistema não teria criados regras para não incidirem. Contudo, o que é incidência? A depender desta resposta, pode-se ter o malferimento de premissas lógicas ou não. O adotar-se a postura e os conceitos do Constructivismo lógico-semântico, como se verá, não implica propalar ou falsa teoria, mas desenvolver um conjunto de realidades sob um foco distinto do tradicionalmente aceito. Tudo se encerra no conteúdo que se dê ao signo, diante da vagueza e da ambiguidade inerentes a qualquer palavra (ROSS, 2007).

¹⁰ Gabriel Ivo (2006, p. 42-43), já na ótica do Constructivismo lógico-semântico, identifica a incidência com o aspecto dinâmico do direito: “da atuação da norma jurídica válida, norma que mantém relação de pertinencialidade com o sistema jurídico, surgem relações jurídicas ou outras normas jurídicas. Trata-se da fenomenologia da *incidência*”. Aqui, ousamos discordar do autor apenas no resultado da fenomenologia da incidência: da incidência, que pressupõe ou se confunde com um processo interpretativo, visto que ambos se dão na mente do intérprete ou aplicador do direito, não surgem relações jurídicas ou outras normas jurídicas: surge única e exclusivamente o resultado desta interpretação, carecendo da aplicação, isto é, de versão na linguagem competente, para fazerem surgir novas relações e normas jurídicas.

¹¹ “Teses fracas” fazendo coincidir com o significado da palavra “hipótese”, ao se referir às hipóteses de incidência descritas nas normas jurídicas, em especial, as tributárias.

¹² Aqui se destaca uma identidade, e ao mesmo tempo, contradição, com um dos maiores especialistas na obra de Pontes do Miranda, o jurista alagoano Marcos Bernardes de Mello. A identidade com o conceito de incidência aqui defendido se identifica quando este autor assume que “a incidência, no entanto, não se nos dá no mundo sensível, porque suas conseqüências se passam no mundo da psiquê. [...] Por isso mesmo, **por ser fato do mundo de nossos pensamentos**, é que ela ocorre fatalmente à simples concreção do suporte fático” (MELLO, 1994, p. 56). Em sendo assim, admite Mello que a incidência há de ser mediada pelo ser humano, “**por ser fato do mundo de nossos pensamentos**”. Contudo, a contrariedade parece residir na dicotomia da automação da incidência *versus* a necessária mediação do humano, pelo seu pensar. Deve-se deixar esclarecido, apenas, que não se está aqui fazendo-se uma apologia a qual das aproximações do fenômeno jurídico seria a mais correta: ambas são adequadas, a depender das premissas que se adote.

causalidade: dado o antecedente, deve-ser a tese, isto é, dada a ocorrência de determinado fato, deve-ser a instauração de um vínculo relacional entre dois ou mais sujeitos de direito (CARVALHO, 2012, p. 33).

No parágrafo acima, fez-se questão de destacar uma palavra que permite identificar-se um dos sentidos humanos, fazendo-se a conexão necessária com a atividade humana (SANTAELLA, 2012b, p. 1), que há de existir, para que se tenha incidência jurídica. Ora, como se definiu acima, subentende-se que o subsistema do direito não representa a realidade em si, mas representa uma parte dela, que tangencia a heterogeneidade fática.

Dessa forma, para que se dê o “ingresso” no subsistema jurídico, necessária se faz a intercessão do homem, utilizando-se de conteúdo racional previamente estabelecido a fim de promover a criação de novas fontes desse subsistema. Nada aqui ingressa sem que a atividade humana presencie e ateste tal ocorrência. Ainda que se trate de um evento subsumível a uma determinada norma, sem que se verta na linguagem competente exigida pelo direito, não passará de mero fato da vida, não adquirindo o qualificativo de “jurídico”. Não se acredita que o direito esteja no mundo “natural”: por entendê-lo como linguagem, ou como texto, o que não comporta em si um reducionismo (ROBLES, 2005, p. 20-21), importa perceber que a incidência jurídica não se dá como um fenômeno físico, à semelhança de um raio.

Diante disso, pode-se perguntar: que seria do direito sem a mediação humana? Pode-se compreender o homem fora do conteúdo da sociedade? Existe homem completo fora da intersubjetividade? O direito, assim, seria um não ser, um absoluto sem-sentido, tendo em vista que se trata de construção intelectual que visa a conformar a vida em sociedade, as necessárias inter-relações, ou mesmo de tratando de condição necessária à existência daquela: *ubi societas, ibi jus* (ULPIANO). Tais perguntas, com marcante conteúdo sociológico, apenas visam a explicitar a necessidade de construção de um sistema lógico, mediado pela inteligência humana, como forma de compreender que a incidência faz parte desse processo, também devendo passar por atos intelectivos para que ocorra.

Tal é importante pois, conforme se tratou acima, entender o direito como linguagem tem, como uma dentre as várias consequências possíveis, aquela de que só será reconhecido no universo jurídico aquele evento ou fato que tenha previamente experimentado a sua inclusão nas classes normativas previamente dispostas, não se devendo aceitar, diante dessa premissa, que a incidência ocorra automática e infalivelmente, sem ter sido mediada pela linguagem exarada pelo sujeito competente, através do procedimento gemelar denominado de aplicação.

Conforme afirmou Gabriel Ivo (2006, p. 61), a aplicação representa a “concreção da incidência”, justificando o entendimento de que ambos são resultados da atividade intelectual humana e, portanto, frutos da interpretação. Isto posto, não há razões para se enxergar a incidência a partir de uma autonomia que esta não ostenta a priori: por se tratar de atividade humana, resultado do labor daquele que se dedica a explorar a norma a fim de expedir outra norma, ou mesmo, intenta construir a Ciência do Direito, os eventos não são coletados ao léu por uma “mente sobre-humana”. Como se defende, a incidência ocorre sempre que alguém se posta perante normas, fazendo juízos de valor que confluem para a captação dos fenômenos pertencentes ao universo social.

Em assim sendo, a norma é tanto incidida quanto aplicada, em uma operação de inclusão no subsistema jurídico que definirá a densidade da relação que se instaura entre dois ou mais sujeitos, por conta de um dever-ser não modalizado: aqui, há de se verificar a implicação que decorrerá a partir de uma proposição-antecedente, que descreve fato de possível ocorrência, e uma proposição-consequente, de caráter prescritivo e modalizado deonticamente (VILANOVA, 2010, p. 59).

Chegando-se a Hans Kelsen, e já se aproximando para o conteúdo que aqui se deseja fixar, deve-se ter em mente que este jurista compreende a interpretação como sendo “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2011, p. 387). Tal citação se faz absolutamente necessária para que se viabilize a identificação da interpretação com o próprio conteúdo da incidência: incidência representa processo mental, e não sobre-humano, tendo em vista que representa o primeiro passo na construção de direito novo (direito positivo), podendo ainda a interpretação ser levada a cabo descrição de direito posto (Ciência do Direito).

Diante do afirmado, segue-se, para Kelsen (2011, p. 387-388), a estruturação das seguintes classes:

Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas também uma **interpretação da Constituição**, na medida em que de igual modo se trate de **aplicar esta — no processo legislativo**, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos — a um escalão inferior; e **uma interpretação dos tratados internacionais** ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando **estas e aqueles têm de ser aplicados**, num caso concreto, **por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional**. E

há igualmente uma **interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas. Mas também os indivíduos, que têm — não de aplicar, mas — de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, determinar o sentido** das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas. (destacado)

Com isso, percebe-se que Kelsen cria a seguinte estrutura para sua teoria, em se tratando de interpretação e aplicação das normas jurídicas: inicialmente, compreendida a interpretação como processo mental que acompanha o processo de aplicação, como transcrito acima, aponta, já neste excerto, casos em que pode se dar a interpretação, sem que ocorra a correlata aplicação.

E isso se deduz facilmente ao se tratar da Ciência do Direito, que visa apenas a interpretar, sendo em-si a atividade que a identifica funcionalmente. Com isso, ajustando-se o conceito inicial firmado pelo autor, nem sempre a interpretação acompanhará o processo de aplicação do Direito, o que é reconhecido pelo jurista em trecho seguinte, ao afirmar que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva dos sentidos das normas jurídicas” (KELSEN, 2011, p. 395). Aqui se situariam os casos da chamada interpretação “não-autêntica” para Kelsen, enquanto se idealiza um universo por exclusão deste, composto pelos intérpretes autênticos, identificado com os órgãos jurídicos.

Contudo, ao se precisar a chamada “interpretação autêntica” kelseniana¹³, percebe-se que a mesma tem um conteúdo que envolve a aplicação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, e pelos demais órgãos aplicadores do direito, que criam Direito: seja a criação de norma de caráter geral, quando se “cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais”, seja no casos de normas de caráter concreto, “quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção” (KELSEN, 2011, p. 394).

¹³ Ao se buscar o significado da expressão “interpretação autêntica”, no Dicionário Jurídico, de Maria Helena Diniz (2005a, p. 971), a autora oferece o seguinte conteúdo: “Teoria geral do direito. É do órgão aplicador do direito que, mediante norma geral, que lhe está dirigida, escolhe uma entre as várias possibilidades interpretativas que lhe oferece aquela norma. Na aplicação do direito por um órgão jurídico competente, a interpretação cognoscitiva da norma geral a aplicar combina-se com um ato de vontade pelo qual aquele órgão efetua uma escolha entre as múltiplas possibilidades reveladas, produzindo uma norma individual ou inferior. Só esta interpretação da autoridade competente é autêntica, porque cria direito (Kelsen). É também chamada ‘interpretação pública’”.

Aqui, situa-se o nó górdio das premissas deste subcapítulo, que visa a refutar o conceito de “intérprete autêntico” kelseniano, à luz do CLS. Isto porque, conforme defende Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 60), a regra-matriz de incidência tributária, que é considerada uma norma jurídica em sentido estrito, atinge condutas intersubjetivas por meio do lançamento administrativo (ato privativo de autoridade), mas também por meio de ato do particular, identificado com o sujeito passivo da obrigação tributária, quando ambos introduzem normas individuais e concretas no ordenamento jurídico.

Com isso, “criar Direito” não é prerrogativa apenas de órgãos oficiais, nem a perpetuação das relações jurídicas contidas em normas individuais e concretas postas pelo próprio contribuinte resvala para o absurdo: imagine-se o “processo de positivação do direito” levado a cabo pelo contribuinte, ao realizar um ato que constitui o crédito de um tributo sujeito a lançamento “por homologação”. Findo o prazo de cinco anos para que a autoridade homologue esse ato, e o respectivo pagamento, sobrevém a decadência, que fulmina o próprio direito material da Administração tributária, fazendo subsistir, *ad aeternum*, a norma posta pelo contribuinte, que se cristaliza.

Como se negar que houve interpretação e aplicação do direito, ainda que realizada pelo contribuinte? Como renunciar à existência de direito novo? Dessa forma, a se manter a classificação bipartida proposta por Kelsen, quanto às categorias de intérpretes, uma medida há de ser adotada, considerando-se as premissas do Construtivismo lógico-semântico: o conceito de intérprete autêntico há de ser alargado, a fim de se considerar todo aquele que promova a enunciação, enquanto fonte do direito, mantendo-se o nicho de intérprete não-autênticos àqueles indivíduos que produzem Ciência do Direito, com conteúdo meramente descritivo, em nível de sobrelinguagem, considerando-se o objeto “direito positivo”.

A estruturação dessa premissa se faz importante a fim de que se saiba cada um dos papéis que podem ser executados no percurso gerador de sentido, o qual pode ser levado a cabo tanto pelo chamado intérprete “autêntico”, quanto pelo “não autêntico”. Contudo, o resultado de ambas as atividades intelectuais é que gera a diferença: um resulta em renovação do direito positivo; ou outro, configura a própria ciência do direito.

2.2. A construção da moldura, de Hans Kelsen, como um primeiro passo do processo interpretativo, sob a ótica positivista

Partilhou-se acima o entendimento de que Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, não olvidou da essência da interpretação, enquanto operação mental que aparece atrelada à aplicação do direito. Contudo, a partir de agora, o foco do desenvolvimento do trabalho centrar-se-á especificamente na forma

como se configura tal operação mental, questionando-se, ao final, se haveria limites à interpretação.

Partir-se-á do pressuposto de que tal interpretação, nos moldes de Kelsen, mas com a ampliação que se fez no conteúdo do conceito de “intérprete autêntico”, pode ser identificado como o início de um percurso evolutivo que passa, no Constructivismo lógico-semântico, a ser potencializado pelo modelo de construção de sentido proposto por Paulo de Barros Carvalho, em um avançar incessante na compreensão do fenômeno interpretativo.

Isto posto, pode-se identificar, em Kelsen (2011, p. 390), o direito a interpretar como sendo uma “moldura” dentro da qual ressoariam várias possibilidades de aplicação, julgando-se a conformidade da aplicação a partir da sua permanência nos estritos limites desta moldura, desde que esta seja preenchida em qualquer sentido possível:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — [...] (KELSEN, 2011, p. 390-391).

Contudo, não se pode esquecer que tal “moldura” há de ser construída, inteiramente, considerando-se o modelo de pureza kelseniano. Tal pureza, que visa a evitar o sincretismo metodológico, intenta observar exclusivamente o objeto científico, que é o direito positivo por excelência, excluindo deste os aspectos valorativos. Com isso, conforme pontua Mario G. Losano, na introdução à edição italiana de “O problema da justiça” (KELSEN, 1996, p. XIV), para Kelsen o jurista não deve valorar o direito, limitando-se a descrevê-lo, em uma atitude de indiferença, de neutralidade, frente aos valores, não significando, contudo, que os desconheça ou negue sua existência.

Ora, o arquétipo da “moldura” pode ser visto, assim, sob dois vieses: no sentido interno, orienta o intérprete para cingir-se dentro dos limites do texto normativo, aprisionando-se aos contornos ali dispostos; do sentido externo, indicando a zona que necessariamente encontra-se fora dos limites desse texto, pela delimitação residual e muito mais abrangente do conteúdo que há de ser “eliminado” na construção mental. Fora da “moldura”, então, inserem-se os valores.

Com isso, ao idealizar a noção de limite espacial, tão assemelhada à obsessão latina do mesmo gênero¹⁴, Kelsen visa a conferir segurança a seu modelo, criando um objeto que representa uma construção, em linguagem do intérprete, que reduz as características do que se toma do universo físico-social (CARVALHO, 2007, p. 451), aqui identificado com o próprio texto normativo.

Contudo, Gabriel Ivo (2014, p. 77) pontua a dúvida que vem sendo posta sob a “moldura” kelseniana, e que se coaduna com a defesa do ponto central desse trabalho: não se admite norma sem disposição, embora se saiba que o sentido não é construído, apenas, a partir dele. Mas, não se pode olvidar que se trata de traço diferenciador do direito e que este sempre retorna ao plano da expressão.

Ora, a se pensar a partir da “moldura”, o pensamento kelseniano cria apenas um ponto de partida para o percurso gerador de sentido: algo que teria um conteúdo ôntico. Tal idealização desconsidera o movimento, o *continuum* (já se inserindo um caractere da física relativista) que caracteriza a interpretação, vista enquanto processo, o que não foi olvidado por Paulo de Barros Carvalho ao optar por um panorama ontológico (sob o sentido heiddegeriano) da interpretação, ampliando as possibilidades de quem põe a norma diante de si para construir os sentidos.

2.3. A dimensionalidade no “Percurso Gerativo de Sentido”, de Paulo de Barros Carvalho: progressão qualitativa da “moldura” kelseniana

Ao tratar de aspectos à interpretação do direito, Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 105) deixa esclarecido que “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos”. Em assim sendo, o direito se justifica enquanto sistema que se utiliza da linguagem para falar de seu objeto, que também se verte em linguagem, em um movimento de autorreferencialidade. Nesse movimento, inserem-se os valores como dados inexoráveis, em virtude de que fazem parte do conteúdo da linguagem, resultando o direito em um objeto cultural por excelência (CARVALHO, 2012, p. 105).

¹⁴ Umberto Eco (1993, p. 32-33), ao tratar da interpretação e da possibilidade de uma superinterpretação, apresenta um dado histórico-cultural bastante interessante sobre a cultura latina, na qual se insere o Brasil: “A obsessão latina por limites espaciais remonta diretamente à lenda da fundação de Roma: Rômulo traça uma linha de fronteira e mata seu irmão por ele não a respeitar. Se as fronteiras não são reconhecidas, então não pode haver *civitas*. Horácio torna-se um herói porque consegue manter o inimigo na fronteira — uma ponte abandonada entre os romanos e os outros. As pontes são sacrílegas por que transpõem o *sulcus*, o fosso de água que delinea as fronteiras da cidade; por esta razão só podem ser construídas sob o controle estrito e ritual do Pontífice. [...]. Na realidade, há limites também no tempo. O que foi feito nunca pode ser apagado. O tempo é irreversível. Este princípio governaria a sintaxe latina. A direção e a seqüência de tempos verbais, que é linearidade cosmológica, torna-se um sistema de subordinações lógicas na *consecutivo temporum*”.

Importa ressaltar que o direito permite sempre que seu objeto, que é linguagem, seja desvendado a partir dos mesmos signos, em um movimento incessante de utilização dos signos. Conforme apregoa Bakhtin (2014, p. 34),

[...] compreender um signo consiste em aproximar o signo apreendido de outros signos já conhecidos; em outros termos, a compreensão é uma resposta a um signo por meio de signos. E essa cadeia de criatividade e de compreensão ideológicas, deslocando-se de signo em signo para um novo signo, é única e contínua: de um elo de natureza semiótica (e, portanto, também de natureza material) passamos sem interrupção para um outro elo de natureza estritamente idêntica. Em nenhum ponto a cadeia se quebra, em nenhum ponto ela penetra a existência interior, de natureza não causal e não corporificada em signos.

Assim, interessa a partir desta abordagem evocar o sentido do termo “interpretação”, a fim de se compreender, com a maior aproximação possível, a idealização de Carvalho quanto a um caminho, a um percurso a ser trilhado nesse processo interpretativo. Preliminarmente, serão enfatizadas algumas abordagens acerca dos signos “interpretação” e, a seguir, “sentido” e “alcance”, com vistas a se culminar com a abordagem do percurso gerativo de sentido.

2.3.1. A amplitude do signo interpretação

Ao se tratar de diminuir os âmbitos de vagueza e de ambiguidade (ROSS, 2007, p. 143), comum a todos os signos, uma das primeiras providências intelectivas passa pela explicitação do conteúdo de significação permitido pelo termo, fazendo-se necessária uma incursão aos dicionários.

Antes disso, porém, pode-se estabelecer que o signo “interpretação” não há de ser referido propriamente aos fenômenos físicos ou naturais, bem como às explicações ou definições de concepções subjetivas da vida e do mundo, normalmente identificáveis com as reflexões feitas pelos filósofos, ou a forma particular de identificar a realidade, composta por meio da poesia (MIRANDA, 1989, p. 87).

Conforme manifesta Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 109), a proposta de interpretação do direito passa por uma investigação de seus três planos fundamentais: a sintaxe, a qual se ocupa do relacionamento que os signos têm entre si; a semântica, que liga os signos aos objetos significados; e a pragmática, que compreende a forma de uso dessa linguagem na comunidade do discurso e na comunidade social.

O conteúdo da “interpretação” aqui aduzida aponta a um objeto próprio, no caso o direito positivo, com o fito de aplicar esse direito, ou mesmo de

estabelecer conteúdos dogmáticos: em um, mantém-se o caráter da prescricionalidade; no outro, uma atitude essencialmente descritiva. Em sendo assim, Eduardo Marcial Ferreira Jardim (1995, p. 88) predica que a interpretação essencialmente jurídica é o

Mister supremo do bacharel em direito, seja advogado, professor, delegado, agente fiscal, procurador, magistrado etc. Consubstancia-se no **desvendamento do direito, buscando compreendê-lo em seus contornos e estruturas, com o desígnio de aquilatar o verdadeiro significado de uma norma ou princípio** e o seu traço de harmonia ou desarmonia com os vetores magnos do sistema jurídico. O Código Tributário incorreu no lamentável equívoco de estatuir regras de interpretação, o que representa um paradoxo, porquanto tais regras devem ser interpretadas, gerando, assim, uma falácia circular. (destacado)

Já em Maria Helena Diniz (2005a, p. 970-971), o significado do vocábulo interpretação, tomado também sob o aspecto jurídico, encerra duas fases distintas: sob a toada do direito autoral, identifica-se com a “maneira como atores ou músicos desempenham sua arte; b) tradução”. Já no que tange à Teoria Geral do Direito, mais aproximativa do que aqui se espera, tem-se a “descoberta do *sentido e alcance da norma jurídica*, procurando a significação dos conceitos jurídicos” (destacado).

Ora, ao se falar em que a interpretação visa a **descobrir** o “*sentido e alcance da norma jurídica*”, deve-se desde já indicar que não se concorda que exista algo a ser descoberto (CARVALHO, 2015, p. 111), especificamente pelo fato de não se acreditar que exista algo escondido na norma jurídica, como se o intérprete, ao final de sua atividade, gritasse: - Eureka! Acredita-se, sim, que haja algo a ser construído: nesse ponto, utilizando-se de um exemplo que facilite a visualização do fenômeno interpretativo, considere-se uma analogia entre a construção do sentido de uma norma e a construção de uma casa. Imagine-se que, em ambos os casos, receba-se em quantidades específicas tudo o que se precisa para construir o sentido e para se erguer uma casa.

Observando-se o fenômeno de edificação de imóvel, suponha-se que o engenheiro receba quantidades estritas de cada item a ser empregado: vários milhares de tijolos, sacas de cimento, uma quantidade exata de portas, dentre outras. No momento da construção, o engenheiro pode construir uma casa de um pavimento, de dois ou até de três: contudo, tem de usar estritamente aquele material ofertado. A priori, nem mais nem menos. O modelo, a forma, a funcionalidade da casa serão definidos de acordo com sua criatividade. Entretanto, essa criatividade é, de certa forma, limitada, pelo material oferecido.

Dessa forma, esquematicamente, tem-se o sentido da interpretação da norma jurídica: tomando-se o direito é como linguagem, e admitindo-se o di-

reito positivo como objeto, utilizar-se-ão os signos para construir outros signos, em um sem cessar de expressões. Nesse ponto, interpretação e construção se confundem, enquanto processo. Ressalva-se apenas que na construção intelectual, tendo em vista que os “materiais” empregados, quais sejam, os signos são impregnados de valores, não há como se admitir um limite em-si.

Com isso, propõe-se que, ao invés de se compreender a interpretação como a “descoberta do sentido e alcance da norma jurídica”, tenha-se a substituição do primeiro termo: interpretação como *construção* “do sentido e alcance da norma jurídica”. Porém, ainda se precisa refletir acerca do conteúdo entre aspas, o que se fará a partir de agora.

2.3.2. A amplitude dos signos sentido e alcance

Continuando-se o processo de tentativa de diminuição dos âmbitos de vagueza e de ambiguidade (ROSS, 2007, p. 143) comum a todos os signos, e tendo-se ultrapassado a uma primeira aproximação a partir do signo “interpretação”, passa-se, agora, a buscar qualificar os signos “sentido” e “alcance”, dando-se especial relevo ao primeiro.

Isso porque, ao assim se proceder, movimenta-se o mecanismo semelhante àquele que realiza o próprio percurso de geração de sentido, que será explorado a seguir, tendo em conta que, o que aqui se faz, nada mais é do que se construir as significações possíveis para cada palavra e para cada expressão, sempre se voltando à meta de construção de sentido da norma jurídica.

Tem-se assim que uma análise do termo “sentido” pode ser empreendida à luz de diversas abordagens: uma primeira, mais abrangente, busca seu conteúdo nas situações corriqueiras da vida, dispostas assim no Dicionário Houaiss (2009, p. 1730):

sentido. [...] **5** FISL faculdade de perceber uma modalidade específica de sensações, que correspondem a órgãos determinados [São cinco os sentidos: tato, visão, audição paladar e olfato] **6** faculdade de sentir ou perceber, de compreender; senso **7** faculdade de julgar; bom senso, tino [...] **10** encadeamento coerente de coisas ou fatos; cabimento [...] **12** concentração da atividade mental; atenção, pensamento [...] **15** FIL faculdade de captar determinada classe ou grupo de sensações, estabelecendo um contato intuitivo e imediato com a realidade, e assentando desta maneira os fundamentos empíricos do processo cognitivo [...] **17** LING LÓG aquilo que uma palavra ou frase podem significar num contexto determinado; **significado** [...]. (destacado)

Contudo, “sentido”, para a análise que aqui se empreende, pode trazer significados intensamente conectados à psicologia, que amplia sobremaneira

o olhar sobre a complexidade do termo. Isso faz lembrar o exemplo dado por Vilém Flusser (2007), costumeiramente relatado por Paulo de Barros Carvalho em suas conferências, ao elucidar o significado da palavra neve para o esquimó, cuja língua é classificada como aglutinante¹⁵: diferentemente do senso comum, o esquimó identifica várias “realidades” distintas para um elemento que, em uma língua flexional, teria apenas um significado.

Em assim sendo, ao se buscar um dicionário de psicologia, a palavra “sentido” é apenas o termo inicial de outras expressões que se distinguem da primeira, guardando cada uma delas um conteúdo distinto. Com isso, o professor de psicologia da Universidade de Princeton, Howard C. Warren (1960, p. 329-330), elenca os seguintes “sentidos”, todos distintos entre si, e que sobrevêm da complexidade do signo “sentido”: sentido, sentido comum, sentido comum crítico, sentido contíguo, sentido cutâneo, sentido da reação, sentido de apoio, sentido de dor, sentido de frio, sentido de intervalo, sentido de peso, sentido de tempo, sentido dérmico, sentido distante, sentido elétrico, sentido estático, sentido ético, sentido externo, sentido interno, sentido labiríntico, sentido motor, sentido muscular, sentido orgânico, sentido químico, sentido somestésico, sentido telestético, sentido visceral, sentidos especiais e *sentidum*.

Longe de querer elencar cada um deles, entende-se importante transcrever apenas o significado de sentido tomado em sua expressão mais simples:

¹⁵ Conforme Vilém Flusser (2009, p. 68-75), existem basicamente três tipos de línguas: as flexionais, as aglutinantes e as isolantes. As primeiras, identificáveis na civilização ocidental, inclusive a islâmica e a indiana, consistem de elementos (palavras) que se agrupam em situações (frases = pensamentos). Haveria, aqui, a preservação da identidade do elemento ao entrar em relação com outros elementos, formando-se as frases e os pensamentos. Disso decorre que, para Paulo de Barros Carvalho, a partir do plano da literalidade (S1), o intérprete inicia a construção das significações, levando-se em conta o conteúdo de cada um dos signos que o compõem. Valendo-se de um exemplo que simplifica a compreensão das línguas flexionais, tem-se uma receita culinária: ao se juntar diversas frutas distintas e leite (elementos), batendo-se em um liquidificador, tem-se uma realidade distinta, que é a vitamina, enquanto conjunto (frase e pensamento), a qual, contudo, pode ser identificável a partir de suas singularidades: vitamina de banana, maçã e banana. Neste momento, apesar de serem fisicamente inseparáveis, o elemento conserva sua identidade no todo formado: “o mundo das línguas flexionais é um mundo dinâmico, consistente de elementos plásticos mas constantes, e obedecendo a regras redutíveis à lógica. É uma cadeia de situações organizadas”. Dessa forma, o esquema lógico-semântico, enaltecido por Lourival Vilanova, só consegue se revelar em virtude da possibilidade da língua portuguesa, que é flexional. Já nas línguas aglutinantes, como é o caso da do esquimó, aqui citado como exemplo, tem-se as “superpalavras”, identificáveis por pensamentos. Aqueles corresponderiam, a partir da compreensão do mundo sob o olhar de uma intelectualidade moldada por uma língua flexional, parecidas com o significado de uma frase. Trata-se da complexidade latente, pois não existem unidades fundamentais individualizáveis, à semelhança dos elementos das línguas flexionais. Por fim, as línguas isolantes, “consistem de uns poucos elementos (sílabas) sem significado determinado, que são usadas como pedras de um mosaico para formar conjuntos de significado (pensamentos)”. Nelas, uma única sílaba pode ter significados absolutamente distintos. Correspondem, na atualidade, ao tibetano, ao burmês, ao assâmico, ao thai, ao anâmico e ao chinês.

“la esfera de la sensación, a diferencia de las experiencias mentales (ideacionales) o afectivas. 2. **significado**” (destacado) (HOWARD, 1960, p. 329). Dessa forma, psicologicamente, trata-se a construção de sentido de uma experiência mental ou afetiva, em que se visa a construir o significado das coisas.

Já no que tange ao vocábulo “alcance”, o Dicionário Houaiss (2009, p. 85) assim o descreve:

alcance. [...] ato ou efeito de alcançar **1** distância máxima a que chega a vista, um som, voz, um tiro de arma de fogo etc. **2** possibilidade de tocar, atingir, ou chegar a algo [...] **6 significado**, intenção, objetivo [...] **8 FÍS** distância máxima para a qual um sistema físico é capaz de sentir os efeitos de uma força **9 FÍS NUC** espessura mínima de um meio capaz de absorver totalmente um feixe de partículas de uma dada energia [...]. (destacado)

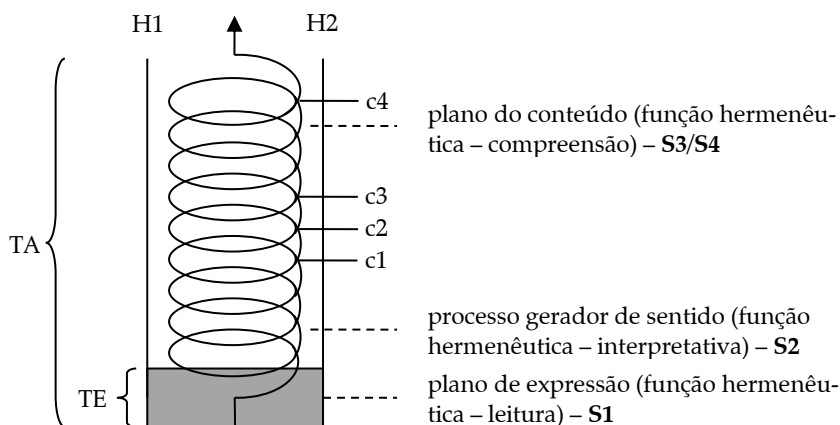
Observando-se os três excertos extraídos de dicionários, dois que correspondem a “sentido” e um que corresponde a “alcance”, percebe-se que, em comum, ambos os signos trazem por conteúdo outro signo: significado. Voltando-se então à expressão de Maria Helena Diniz (2005a, p. 970-971), para quem o significado do vocábulo interpretação corresponderia à “descoberta do *sentido e alcance da norma jurídica*, procurando a significação dos conceitos jurídicos”, tem-se que o mesmo pode ser assim vertido, em consonância com o Constructivismo lógico-semântico: a interpretação corresponde à construção de sentido da norma jurídica.

Tal conteúdo evidencia aquele descrito por Carvalho, em suas diversas obras, ao tratar do tema da interpretação. Daí a escolha, pelo CLS, de um modelo constructivista, que visa a edificar a norma jurídica, encontrando-a na unidade mínima e irreduzível de significação do deontico, com sentido completo. A não-referência ao alcance não se dá por desleixo: pelo contrário, ao enaltecer o sentido, tem-se por inserido o conteúdo do “alcance”, pois ambos visam ao limite que a norma jurídica há de apresentar.

2.3.3. O “percurso gerativo de sentido” e o aspecto dimensível em Paulo de Barros Carvalho

Crendo-se firmemente que a imagem gráfica pode auxiliar a compreensão do conteúdo textual, em determinadas situações, iniciar-se a abordagem acerca do modelo de percurso gerativo de sentido, ou processo de construção normativa, idealizado por Paulo de Barros Carvalho (2012; 2015), a partir de apresentação da imagem deste esquema:

Figura 1 — Percurso gerativo de sentido



Onde:

TA = texto em sentido amplo;

TE = texto em sentido estrito;

H1 e H2 = horizontes da nossa cultura.

Fonte: CARVALHO, 2012, p. 128.

Observando-se a Figura 1, pode-se explicitar o conteúdo desenvolvido pelo autor. Todo o percurso começa na base do desenho, a partir do chamado “Plano S1”, o qual representa o primeiro contato que qualquer pessoa, aqui chamado especificamente de intérprete, terá com o texto legislado. Tal plano é representado pelas marcas de tinta no papel, pela própria materialidade de qualquer expressão. Conforme enuncia Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 107), é “a partir do contacto com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação” (destacado).

Trata-se, assim, da forma como os sentidos humanos são acionados e aguçados, notadamente a visão ou a audição, sendo o passo inicial para que a compreensão possa ocorrer de modo satisfatório (SANTAELLA, 2012b, p. 1-4). A única ressalva que aqui se faz, no tocante a esse plano, diante de tantas observações que poderiam ser feitas, refere-se à chamada interpretação *literal*, que não se coaduna com o movimento do “giro linguístico”, pois parte de um conteúdo de base que seja ínsito a qualquer termo e que praticamente uniformizaria o resultado do processo interpretativo.

Diferentemente disso, não se apregoa aqui, em hipótese alguma, que a literalidade do texto seja satisfativa do processo que culminará com a compreensão do texto legislado. Isso porque, a significação é construída pelo intérprete, de forma absolutamente individualizada e conectada às suas crenças e aos seus valores.

Trata-se o Plano S1 do conteúdo objetivado fornecido ao intérprete: quer se trate daquele que busque construir esse percurso para, ao cabo, inserir nova norma no sistema, de caráter prescritivo, quer se trate do cientista, o qual busca esse processo de construção com o fito de compreender o sistema, tendo o cuidado de simplesmente descrevê-lo. Para ambos, vale a analogia apresentada no subcapítulo acima: ambos receberão o mesmo material para construir suas casas. E tal material representa os signos dos textos normativos.

Independentemente de quem realize a interpretação, e desconsiderando o para quê de tal atividade, todos partirão dos mesmos signos, o que em nada representará, ao final, que todos deitarão igualmente no “Leito de Procusto”¹⁶. Dessa forma, conforme segue o raciocínio de Paulo de Barros Carvalho, outros planos se seguirão, margeados pelos horizontes da cultura do intérprete, isto é, sua pré-compreensão.

A seguir, partindo-se para o Plano S2, este representa a construção dos conteúdos significativos dos enunciados prescritivos apresentados no Plano S1, sendo detalhado por Aurora Tomazini de Carvalho (2013, p. 249) ao indicar que o mesmo representa a entrada no campo semântico, “onde reside toda a

¹⁶ Conforme notícia o historiador André Rodrigues, “Procusto, segundo a mitologia dos gregos antigos, era um malfeitor que morava numa floresta na região de Elêusis (península da Ática, Grécia). Ele tinha mandado fazer uma cama que tinha exatamente as medidas do seu próprio corpo, nem um milímetro a menos. Quando capturava uma pessoa na estrada, Procusto amarrava-na naquela cama. Se a pessoa fosse maior do que a cama, ele simplesmente cortava fora o que sobrava. Se fosse menor, ele a espichava e esticava até caber naquela medida. A simbologia por trás desse mito representa a intolerância diante do outro, do diferente, do desconhecido. Representa uma visão de mundo totalitária daquele sujeito que quer modelar todos os seres a sua própria imagem e semelhança. É a recusa da multiplicidade, da diversidade, da criatividade, da originalidade. Procusto ou ‘as cegueiras do conhecimento’ esteve presente, por exemplo, na consciência dos juízes de Sócrates, quando condenaram-no a morte por ter “corrompido” a juventude ateniense; esteve presente também no imaginário dos soldados romanos que perseguiram e matavam cristãos por seguir uma religião que se opunha ao paganismo e a figura sagrada do Imperador; continuou presente no Tribunal da ‘Santa’ Inquisição que condenou à fogueira todos àqueles que eram contrários aos seus dogmas: Giordano Bruno, Galileu Galilei (foi poupado por ter negado suas teorias científicas) e até Joana D’Arc; esteve presente também na consciência dos reis absolutistas; nas revoluções burguesas; no processo de escravidão mercantil; na formação dos partidos nazifascistas; no extermínio de milhões de judeus nos campos de concentração, de trabalho e também nas Guerras Mundiais... (só para citar alguns poucos exemplos...)”. Com tudo isso, o que se defende aqui é que a interpretação, apesar de partir do mesmo substrato físico, jamais almeja engessar a construção final: esta pode ser de uma diversidade múltipla. Até porque, como se verá, o Plano S1 apenas inicia o raciocínio, passando pelos próprios horizontes culturais daquele que interpreta, o que gera modelos que podem ser bem distintos. Contudo, o que se defende é a existência de um limite de partida, investigando-se se, assim, ter-se-á um limite para a chegada. Disponível em: <http://www.historiadigital.org/artigos/procusto-e-as-cegueiras-do-conhecimento/>. Acesso em 25 jun. 2015.

problemática que envolve o contexto jurídico. Seu trabalho volta-se à construção de sentidos prescritivos, que implementam diretivos à regulação de condutas intersubjetivas”.

Tem-se, no Plano S2, o “ingresso do plano do conteúdo” (CARVALHO, 2012, p. 114). A partir daqui, pode-se apontar, *didaticamente*, que os valores vão ingressando *dinamicamente* na construção, compondo o sentido que o intérprete há de atribuir. A ressalva quanto ao *didaticamente* se faz pois se sabe que, na prática, o próprio lançar de olhos sob o Plano S1 já faz reluzir, automaticamente, a instância de valores de cada um daqueles que se arvoram em sua leitura.

Já o destaque no signo *dinamicamente* é feito pois, ao se adotar o pressuposto de que o direito é linguagem, e que esta encontra-se carregada de conteúdo valorativo, deve-se admitir que os valores se fazem presentes no Plano S1, sendo revelados pelas opções de signos ali constantes. Contudo, apresentam-se em um formato estático, o qual nada diz em si: um livro só apresenta conteúdo a quem lhe lança o olhar. Caso isso não seja feito, é apenas um objeto que não revela os valores a partir dos quais foi estruturado.

Quanto a esse plano, parece não haver consenso quanto à forma de construção desses significados: para Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 114), “os enunciados haverão de ser compreendidos isoladamente, no primeiro ímpeto, para depois serem confrontados com outros enunciados, de superior e do mesmo *status*”. Contudo, para Alf Ross (2007, p. 145), para quem o contexto parece ter força mais expressiva, “é importante entender que o significado de uma expressão não é construído como um mosaico com o significado das palavras individuais que a compõem”. Em qualquer dos casos, sabe-se que ambas as correntes prestigiam o contexto¹⁷; entretanto, para a segunda, parece que o contexto ganha relevância ao ser comparado com a individualidade das significações dos enunciados.

Em um momento posterior, chega-se ao Plano S3, saltando-se para o sistema em que é construída a mensagem jurídica, por meio da associação das proposições elaboradas no Plano S2 sob a forma hipotético-condicional (H→C): dada uma hipótese, deve-ser o consequente. Aqui se introduz o conceito de norma jurídica enquanto “entidades mínimas dotada de sentido deôntico completo” (CARVALHO, 2012, p. 67), com a finalidade de outorgar “unidade ideológica à conjunção de regras que, por imposição dos próprios

¹⁷ Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 117) ressalta muitas vezes que “é a interpretação que faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto, mas sempre impulsionada pelas fórmulas literais do direito documentalmente objetivado. Sim, porque já foi dito e redito que não há texto sem contexto ou, de outro modo, não há plano de expressão sem plano de conteúdo e vice-versa”.

fins regulatórios que o direito se propõe implantar, organizam os setores mais variados da convivência social” (CARVALHO, 2012, p. 120).

Ora, aqui se deve fazer uma pausa para um esclarecimento: quando se trata de construir a norma jurídica em sentido estrito, atrelando-se a esse conteúdo o caráter da completude do sentido, não se quer deixar ao arbítrio do intérprete o dar-se por satisfeito na leitura dos enunciados e na construção de significações. Não se defende um subjetivismo quanto ao que seria um enunciado completo: o que se poderia alegar completo para um intérprete, poderia ser visto por outro como incompletude. Não...

Diferentemente disso, apregoa-se que o senso de completude é obtido a partir do encaixe na estrutura lógica (VILANOVA, 2010), a qual prevê que estejam identificadas e consideradas as significações de enunciados que realizam o antecedente da norma jurídica, isto é, o conjunto de fatos jurídicos, seguindo-se das significações dos enunciados que prescrevem condutas intersubjetivas, a partir do estrito laço relacional, contidas no consequente (CARVALHO, 2015, p. 134). Dessa forma, o Plano S3 dá-se por alcançado ao serem apontados todos esses aspectos.

Por fim, ao ingressar no Plano S4, tem-se o modelo de estruturação, por coordenação e subordinação das normas sistematicamente organizadas. Trata-se de um campo especulativo muito rico, “pois é nele que o interessado estabelece as relações horizontais e as graduações hierárquicas das significações normativas construídas no Plano S3, cotejando a legitimidade das derivações e fundamentações produzidas” (CARVALHO, A. T., 2013, p. 256).

Neste plano, ainda, por investigar as relações de subordinação e de coordenação, notadamente apontando para a Constituição Federal como o texto sobranceiro do ordenamento, é que são verificados eventuais vícios nas normas produzidas em que estejam em contrariedade com o diploma maior ou mesmo com leis que sejam hierarquicamente superiores. Deve-se ressaltar que seus elementos são “proposições preenchedoras do critério de pertinência”, a partir daí desenhando-se as relações recíprocas de subordinação e coordenação (MOUSSALLEM, 2011, p. 135).

Além disso, no Plano S4, há de se destacar a importância das chamadas “regras de estrutura”, as quais visam a presidir o trabalho de composição hierárquica das normas. Tais regras são em número finito, contudo, geram infinitas normas. Ainda mais, estas regras são da mesma espécie daquelas constantes do Plano S3, com a “particularidade de participarem na composição do sistema jurídico-normativo como conjunto autorreferencial, ou seja, como um domínio que se autoconstitui em um processo dialético interno” (CARVALHO, 2012, p. 121).

Quanto a essa estruturação em planos, há de se destacar de que não se trata de processo estanque e que siga, invariavelmente, a ordem seguida acima: definitivamente não. Isto porque, como a interpretação é inesgotável, tantas vezes quantas entender necessárias, deve o intérprete perpassar os planos, até que se dê por satisfeito na construção do sentido (CARVALHO, 2015, p. 135).

Ademais, tempos após ter encontrado a resposta que melhor satisfazia ao seu entendimento, diante de modificações em seu próprio contexto cultural, pode o mesmo intérprete retomar o procedimento, cogitando reanalisar cada um dos planos e apontar para uma compreensão completamente distinta. Isso porque o “contexto situacional” no qual se insere a ação pode ter se modificado, alterando-se o discurso comunicacional ao qual pertença (ROBLES, 2005, p. 36).

Tal se dá pois, para a corrente filosófica que pela qual aqui se optou, na linha de Wittgenstein, a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que aquela não pode ser separada do agir humano, nem este pode ignorar a linguagem, pois, conforme Manfredo Araújo de Oliveira (2006, p. 138): “essa atividade se realiza sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida”.

Visto o aspecto estrutural e de conteúdo disposto do processo de construção normativa, idealizado por Paulo de Barros Carvalho, passa-se à seguinte indagação: podem os “planos”, do percurso gerativo de sentido, serem compreendidos como dimensões distintas, atribuindo-se não uma bidimensionalidade ao modelo mas, diferentemente, uma pluridimensionalidade?

A partir desta indagação, passar-se-á a defender que o modelo gráfico desenvolvido por Paulo de Barros Carvalho altera qualitativamente a chamada “moldura” de Kelsen e que pode ter seu sentido potencializado ao ser identificado com uma estrutura pluridimensional. Isso porque, diferentemente de uma estrutura mais simples, adequada à física newtoniana, resplan-deceria, no fenômeno interpretativo, que se realiza mentalmente, uma pluralidade de dimensões a partir do texto, mas que envolve um fluxo infinito de realização de sentido. Em assim sendo, buscar-se-á idealizar ao menos uma parte desse fluxo, ampliando o gráfico existente no Constructivismo lógico-semântico, em busca de sua conexão com a física moderna, a partir do conceito de pluridimensões.

3. HÁ LIMITES À INTERPRETAÇÃO? CONSIDERAÇÕES EMBRIONÁRIAS SOBRE UMA “PLURIDIMENSÃO” HERMENÊUTICA

Diante de tudo o que foi exposto acerca da interpretação e aplicação do direito, passando-se pelo fenômeno da incidência, passar-se-á neste momento,

a relacionar os pontos expostos a partir de um olhar diferenciado, o qual visa a ampliar o universo dedutivo de compreensão do universo jurídico. Isso porque, utilizando-se de comparações com modelos utilizados na Física clássica e, especialmente, na Física moderna, idealizar-se-á o percurso gerador de sentido conectado ao modelo complexo de “pluridimensão”, sendo os planos do percurso gerativo de sentido, de Paulo de Barros Carvalho, dispostos em termos de dimensões distintas nas quais se dá a operação mental de construção do sistema jurídico.

Mas de poderia perguntar (e certamente deve-se estar perguntando): por que uma conexão do Direito com a Física? Afinal, diriam alguns, trata-se de conteúdos científicos absolutamente diferenciados, com objetos e métodos que em nada se aproximam. Contudo, a conexão que se faz é meramente para assentar semelhanças na evolução de cada uma dessas ciências, a partir da comparação do modelo da dimensão do universo com o modelo do percurso interpretativo.

Isto se faz apropriado considerando-se o quanto exposto por Lourival Vilanova (1989, p. 2), que já aproximou estas duas ciências (e incluindo outras) a partir do conceito de causalidade:

Só obtemos a causalidade, como um gênero de terminação que articula o domínio do fático, mediante a abstração generalizadora. Temos de pôr entre parênteses o que é diferencial do fato físico, do fato biológico, do fato psíquico, do fato sócio-histórico, *isolando a causalidade como relação*, cujos termos são fornecidos por subáreas ou por subdomínio dos fatos. Os fatos de cada subdomínio especificam a causalidade, que não perde, por isso, suas propriedades abstratas, as que a elevam ao nível da lei geral de causalidade. A causalidade física, a causalidade biológica, a causalidade psicológica, a causalidade sócio-histórica (que abrange a causalidade sociológica e a causalidade histórica) são irreduzíveis entre si, como espécies, mas confluem como subtipos de uma lei universal de determinação. Universal que dizer com validade para todo um universo-de-objetos. Ou, ainda, que especifica a relação de um conjunto de entidades. Estas — objetos, fatos — pertencem ao conjunto-universo porque articulam-se com a relação causa/efeito. É por assim dizer, a propriedade definiente (em rigor, *relação*, não *propriedade*) da pertinência de n-objetos ao conjunto universal.

Com isso, inspirando-se no mestre pernambucano, e fixados os modelos de interpretação jurídica, quais sejam, a “moldura”, de Kelsen, e o “percurso gerador de sentido”, de Paulo de Barros Carvalho, buscar-se-á tecer conside-

rações, ainda que incipientes, de uma nova forma de enxergar este último esquema, a partir da similitude com o conceito de dimensões, ou de pluridimensões, que ora se estuda na física¹⁸.

3.1 Um pouco de Física clássica e de Física moderna: formas diferenciadas de ver o mundo

Ao se idealizar a física clássica, sob o viés que aqui se permite, três pensadores foram extremamente importantes: Galileu Galilei, Johannes Kepler e Isaac Newton. Quanto aos dois primeiros, estes já haviam concebido a ideia de uma **lei** natural, enquanto algo que irremediavelmente mostraria a sua eficácia, nos casos práticos, mas só a aplicaram em poucos fenômenos particulares (GLEISER, 2014, p. 77-83).

Em assim sendo, Newton supera o pensamento de Galilei e de Kepler ao ocupar o lugar de grande unificador: o homem que conectou a física da Terra (de Galileu) com a física dos céus (de Kepler), criando o modelo da **lei** universal da gravitação. Tal modelo descreveu que a queda dos objetos (da Terra) e as órbitas planetárias (dos céus) são expressão da mesma física, e que resultam da atração gravitacional entre dois corpos (GLEISER, 2014, p. 80).

Em seu *Principia*, Isaac Newton (1996, p. 31) enuncia os axiomas ou **leis** do movimento:

Lei I: todo corpo permanece em seu estado de repouso ou de movimento uniforme em linha reta, a menos que seja obrigado a mudar seu estado por forças impressas nele.

Lei II: A mudança do movimento é proporcional à força motriz impressa, e se faz segundo a linha reta pela qual se imprime essa força.

Lei III: A uma ação sempre se opõe uma reação igual, ou seja, as ações de dois corpos um sobre o outro sempre são iguais e se dirigem a partes contrárias.

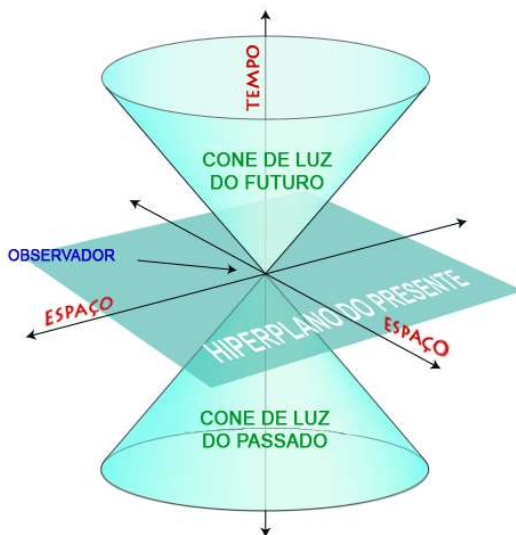
¹⁸ Pensou-se, ao início, em se idealizar um modelo de “teoria do tudo” para a interpretação jurídica. Tal teoria, na física moderna, visa a criar um único modelo teórico-matemático, integrando os fenômenos físicos à luz da mecânica quântica e da relatividade geral. Trata-se de estrutura bastante controversa e que ainda está longe de romper a barreira empírica própria das chamadas “ciências naturais”. Almejar-se-ia, assim, propor um modelo que integrasse todos os “tipos” de interpretação jurídicas, a partir de um olhar que envolvesse os quatro planos descritos por Carvalho, além da infinitude que representa o contexto e os horizontes culturais do intérprete. Acredita-se firmemente que, da mesma forma que o universo, a operação mental de interpretação também tende ao infinito, considerando-se toda a complexidade de dimensões aqui descritas, o que propicia a aproximação entre a física e o direito. A construção de uma descrição completa do universo sempre foi uma aspiração humana, exacerbando-se no fim do século XIX, quando se imaginava que o espaço fosse preenchido por um meio contínuo denominado “éter” (HAWKING, 2002, p. 4).

Ora, a se pensar sob o viés da física newtoniana, tem-se a descrição de um plano tridimensional, em que as estruturas se limitam em um único espaço-tempo. Trata-se de um modelo teórico “que afirma que a força de atração entre dois corpos é proporcional ao produto de suas massas e inversamente proporcional à sua separação” (HAWKING, 2002, p. 208). Tal conteúdo é plenamente refletido a partir de um gráfico com três coordenadas (x, y, z), utilizando-se da geometria analítica tridimensional.

Contudo, a seguir, com as teorias da relatividade geral e restrita, de Albert Einstein, combinou-se “o tempo real e as três dimensões do espaço em um espaço-tempo quadridimensional” (HAWKING, 2002, p. 60). A partir daí, o universo torna-se deformável, elástico, a depender da quantidade de matéria ou de energia que existe em certa região. Além disso, espaço e tempo não são mais entidades rígidas, como via Newton, passando a existir o contínuo do “espaço-tempo”, em que ambas se entrelaçam (GLEISER, 2014, p. 92).

A partir da teoria da relatividade, então, estrutura-se um espaço quadridimensional, que pode ser chamado de pluridimensional, que pode ser assim idealizado aproximadamente:

Figura 2 — Modelo de espaço quadridimensional



Disponível em: www.misteriosdouniverso.net. Acesso em 27 jun. 2015.

Com tudo isso, percebe-se que houve uma ampliação qualitativa do espaço conhecido, o que gera uma revolução na ciência. Sabe-se, contudo, que o modelo relativista não representa o modelo mais avançado para explicar o universo como hoje se conhece. Dessa forma, a chamada teoria das cordas, bem

como a teoria-M, em que nesta o espaço-tempo parece ter onze dimensões distintas, representariam modelos bem mais complexos (HAWKING, 2002, p. 208).

Contudo, para o propósito de lançar o olhar sobre a “moldura” de Kelsen e sobre o percurso gerador de sentido, do Constructivismo lógico-semântico, o modelo einsteiniano apresenta dimensões bem razoáveis, o que não significa que se encerre a questão. Como se sabe, novos estudos vêm sendo compreendidos, a nível de neurociência¹⁹, que podem mudar substancialmente a forma como o homem compreende o processo intelectual, alterando-se o panorama atualmente existente de forma radical, o que passa pela própria ideia de pensamento. Trata-se de resposta que só o tempo trará: “o templo da ciência apresenta-se como um edifício de mil formas” (EINSTEIN, 1981, p. 137).

Utilizar-se-á, então, dessas estruturas físicas, a fim de qualificar a “moldura” de Kelsen, à semelhança do que Paulo de Barros Carvalho já fizera, ao apresentar um “desenho” para seu percurso gerativo de sentido. Quanto a este, mostrar-se-á o quanto o conteúdo desenvolvido pelo seu autor supera o desenho que lhe foi atribuído, podendo o mesmo ser visto a partir de uma estrutura mais arrojada.

3.2 Um novo olhar sobre o “percurso gerativo de sentido”: a pluridimensionalidade no processo hermenêutico

Findou-se o subtítulo 2.3.3 ao se apresentar a seguinte indagação, que se reveste na temática-problema apresentada neste trabalho: podem os “planos” do percurso gerativo de sentido serem compreendidos como dimensões distintas, atribuindo-se não uma bidimensionalidade ao modelo mas, diferentemente, uma pluridimensionalidade? É o que se proporá a partir de agora, com a conexão do modelo dimensional da física moderna.

Antes de partir para o CLS, passar-se-á por uma breve constatação acerca do modelo kelseniano hermenêutico (se é que o mesmo pode ser observado com tamanha complexidade), identificando o percurso gerador de sentido como uma evolução da ideia de Kelsen, estando o Constructivismo lógico-semântico mais conectado com modelos físicos mais avançados.

¹⁹ Dentre todos os importantes estudiosos dessa área, cite-se o brasileiro Miguel Nicolelis (2011, p. 359) cujas ideias absolutamente inovadoras consolidaram sua posição de cientista respeitável na esfera internacional. Em um de seus *insights*, aventou a possibilidade de criar uma interface cérebro-cérebro, conectando dois indivíduos. Nesse ponto, imagine-se as complexidade de se desenvolver um modelo para o percurso gerador de sentido, considerando-se que se trata de duas pessoas, com horizontes culturais absolutamente distintos e que conjugariam inteligência para se chegar a uma interpretação única, um sentido singular.

3.2.1 A bidimensionalidade da “moldura” de Kelsen

Inicialmente, voltando-se ao terreno “seguro” do direito, lembre-se que, para o CLS, uma de suas características essenciais é a de que se apresenta como objeto cultural, vertido em linguagem e permeado de valores. Nesse ponto, identificado o direito com o texto, como é a proposta do CLS, a linguagem se apresentará sempre que se promover a união do plano do conteúdo com o plano da expressão, isto é, ao “*manifestar* um sentido firmado no suporte empírico objetivado, que é o plano expressional” (CARVALHO, 2012, p. 105).

Fixadas essas premissas, e partindo-se para a idealização promovida por Hans Kelsen, compreende-se que o mesmo não se propôs a descrever a interpretação enquanto processo, o que representaria a sua continuidade, mas se limitou a fixar um modelo plano, bidimensional, que representaria os limites na aplicação do direito. Nesse modelo, não se adentrou ao conteúdo da moldura: a noção premente era de limite. Tal idealização muito se assemelha à descrição geométrica da mecânica clássica, em que se criam sistemas simples para descrever a velocidade, a partir dos planos espaço e tempo.

Contudo, por não agregar valores e por encontrar um limite natural que é o signo, Kelsen não provoca a intenção de atribuir uma infinitude ao resultado do processo interpretativo: longe disso, aponta sempre que poderiam ser construídas “várias possibilidades” dentro da moldura, configurando-se em ato de conhecimento do próprio direito (KELSEN, 2011, p. 392). Além do que, ao buscar a neutralidade, por meio da desconsideração dos valores como integrantes do seu objeto de estudo, qual seja, o direito positivo, o autor parecer inserir um complicador natural, tendo em vista que as palavras, em si, estão carregadas de carga valorativa.

A seguir, ao tomar a interpretação como ato de vontade, Kelsen defende que a questão de escolher qual das interpretações possíveis será eleita não se reveste de conhecimento dirigido ao direito positivo, mas é, antes de tudo, um problema da política do direito (KELSEN, 2011, p. 393). Antes de tudo, eleger na moldura “a” interpretação, foge ao conteúdo do direito positivo.

Conforme se viu em sua *teoria pura*, Kelsen pretende assegurar-se do purismo a partir da não inserção dos valores no processo de criação do direito, o que culmina com um desenho plano, à semelhança de um retângulo, dentro do qual caberiam as interpretações possíveis. Isto posto, defende-se que o modelo proposto por Kelsen, o qual aparece como uma representação gráfica que não leva em conta o conceito de dimensões, limita-se a estabelecer um conteúdo dentro dos limites do texto.

Nesse ponto, fazendo-se a conexão com os modelos físicos propostos ao início desse capítulo, assemelha-se a “moldura” kelseniana a um modelo bidimensional, tão comum na física clássica. Sabe-se que, a depender do sistema

que se adote, tais modelos ainda explicam satisfatoriamente os fenômenos que lhe são ofertados. Contudo, sabe-se também, que não se pode olvidar os novos conteúdos que vêm a apresentar um olhar mais apurado sobre a realidade-objeto (jurídica e física).

3.2.2 A pluridimensionalidade do percurso gerador de sentido, de Paulo de Barros Carvalho: uma proposta de desenho para o modelo interpretativo

Por tudo o que já se viu até aqui, sabe-se que não basta o reconhecimento de que o direito é texto, visto que isso corresponde apenas ao acesso ao mundo jurídico: assim, interessa com mais atenção se definir como ocorrerá o processo de interpretação dos signos, ou seja, como se dará a interpretação e construção das normas jurídicas. Tudo o que foi exposto assume importância fulcral posto que, em última análise, conhecer o direito é compreendê-lo e interpretá-lo, construindo o conteúdo e conferindo o sentido e o alcance que a comunicação legislativa pretendeu oferecer.

E para configurar esse processo interpretativo, facilitando sua idealização, Paulo de Barros Carvalho estruturou o “percurso gerador de sentido”, chegando à conclusão de que há dificuldades em se construir a norma enquanto unidade mínima e irreduzível de significação do deôntico, com sentido completo (CARVALHO, A. T., 2013), bem como em se estabelecer as relações de coordenação e de subordinação que envolvem a construção de todo o sistema jurídico, tratando-se um empreendimento intelectual e emocional que requer muita energia de quem se dispõe a executá-lo (CARVALHO, 2015, p. 134).

Em assim sendo, o texto legislado, ou os suportes físicos, são apenas a “porta de entrada” para que se possa, ao final, alcançar a integralidade do sistema jurídico normativo. Contudo, concebido o texto como plano da expressão, este representa o único e exclusivo dado objetivo da comunicação (CARVALHO, 2012, p. 111). Sabe-se que as palavras, as quais se configuram nos suportes físicos, são signos arbitrários que se convertem em signos convencionais desde que sejam adotados pelos usuários da linguagem (HOSPERS, 1980, p. 17).

No que tange ao processo interpretativo, Lourival Vilanova (2003, p. 15) aduz que “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos”. Isto porque, as palavras não têm um significado ontológico, dado que é a própria linguagem que “cria” o objeto (CARVALHO, A.T., 2013, p. 224).

Com isso, o ser humano é fundamental para que se dê a compreensão e a interpretação do direito, visto que este se trata, por excelência, de um objeto cultural, completamente aberto a valorações, estando o sentido presente em todas as dimensões em que se enxerga o jurídico (seja como norma, seja como

relação) (FALCÃO, 2010, p. 16-17). Além dos quatro planos propostos pelo CLS, são necessários ao processo hermenêutico uma pré-compreensão, que o antecede e possibilita o seu desenvolvimento (CARVALHO, 2015, p. 135), o que se faz a partir dos horizontes culturais do intérprete, o que pressupõe um momento que envolve o tempo passado.

A seguir, partindo-se para a análise do desenho proposto para o modelo do percurso gerativo de sentido (Figura 1), no CLS, tem-se um trajeto representado por uma infinita reta em formato espiral que tem por base o suporte físico (texto escrito, Plano S1) e, em estrita conexão com os horizontes culturais do intérprete, alcança níveis de compreensão diferenciados, aqui representados pelos S2 (conjunto dos conteúdos de significação), S3 (sistema das normas jurídicas em sentido estrito) e S4 (plano da sistematização) (CARVALHO, 2012, p. 105-123).

Além dos planos de linguagem estabelecidos por Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 181), o jurista adverte sobre outras dificuldades a serem enfrentadas pelo intérprete ao se deparar com a aplicação do direito: a todo instante, o exegeta se vê obrigado a lançar um olhar retrospectivo, recuperando noções fundamentais, tendo em vista que o direito se configura em objeto cultural, o que define a dinamicidade do modelo (CARVALHO, 2013, p. 181). Aqui, a pré-compreensão aparece como algo extremamente relevante no processo hermenêutico.

Nesse ponto, interessa construir um modelo de interpretação no CLS que esteja mais adequado ao conteúdo expresso por Paulo de Barros Carvalho. Isso porque, diferentemente do gráfico apontado na Figura 1, deste trabalho, relatado em formato bidimensional, acredita-se que o mesmo não acompanha a arrojada idealização feita pelo autor.

A uma, porque como o próprio Carvalho reconhece, o processo hermenêutico requer uma pré-compreensão de quem se lança à atividade interpretativa que o faz verter, recorrentemente, um olhar sobre o passado: contudo, o que existe além do presente? Absolutamente nada. O tempo passado faz parte da memória, idealização do conteúdo de verdade individual, e acessá-lo parece ultrajar as leis físicas, encontrando, contudo, reverberação a partir da teoria da relatividade de Einstein²⁰.

²⁰ O físico Stephen Hawking (2002, p. 142) afirma ser possível uma viagem no tempo, “em uma região do espaço-tempo onde há anéis de tempo, trajetórias que se movem abaixo da velocidade da luz, mas que, mesmo assim, conseguem retornar ao local e tempo iniciais por causa da deformação do espaço-tempo”. Contudo, imaginando-se situações corriqueiras, a mente humana torna possível acessar o passado por meio das emoções, como ao se sentir um cheiro ou um gosto que lembre a infância, ou uma música que lembre um grande amor. Trata-se de empreendimento absolutamente fantástico e que pode ser “sentido” pelo intérprete em seu percurso

Em assim sendo, o modelo idealizado no percurso gerador de sentido para esclarecer acerca dos horizontes da cultura, enquanto linhas retas e paralelas que tendem ao infinito, parece expressar muito menos do que quis o autor: diferentemente disso, entende-se que melhor seria identificá-lo a partir de uma dimensão distinta, que se situa idealmente anterior ao momento em que o intérprete se posta diante do texto, com intuito de compreendê-lo.

Ora, se se admite uma pré-compreensão, e se esta se dá a partir de um conteúdo construído, acessando uma dimensão que não corresponde à realidade atual, como se colocar tais retas no mesmo plano do desenho, sabendo-se que a cultura, com toda a complexidade que lhe é ínsita, como demonstrou Lourival Vilanova (2003b, p. 277), é partilhada de forma extremamente abstrata no intelecto?

Assim, o fenômeno da interpretação é ínsito ao homem, que realiza esse movimento incessantemente, considerando-se como texto tudo aquilo que pode ser interpretado, o que inclui o próprio fenômeno jurídico (ROBLES, 2005). A partir daí, imaginar-se o processo hermenêutico importa romper com a realidade, tendo em vista que o pensamento humano não encontra limites físicos para alcançar o sentido que se almeja: onde estará esse sentido? Jamais se pode olvidar que a linguagem que verterá o resultado desse processo interpretativo nada mais faz do que reduzir a potencialidade do pensamento, este sim absolutamente indescritível e impossível de ser minudentemente estruturado. Veem-se apenas sombras.

Contudo, imaginar-se uma espiral bidimensional comportando os Planos S2, S3 e S4 também não comporta a largueza do pensamento de Carvalho: tendo em vista este entendimento é que propugna a utilização do signo e do modelo de “dimensão” ao invés de plano, tendo em vista que esta expressão assemelha-se a um modelo geométrico de duas dimensões, ainda que seja infinito.

Retratando o percurso gerador de sentido, de Paulo de Barros Carvalho, sob uma perspectiva pluridimensional, ter-se-ia:

gerador de sentido: cada um, de acordo com seus valores, construirá uma interpretação carregada de conteúdo emocional, justificando-se a heterogeneidade e a infinitude de possibilidades interpretativas.

Figura 3 — Percurso gerador de sentido pluridimensional



Com tudo isso, trata-se de proposta que visa a potencializar, graficamente, o processo de interpretação do Constructivismo logico-semântico, assemelhando-o aos modernos modelos físicos. Sabe-se que o percurso gerador de sentido revela uma formatação ousada e que há de acompanhar o constante influxo de novos conhecimentos obtidos a partir dos estudos da teoria do conhecimento e da neurociência.

Nesse ponto, potencializa-se a importância da pré-compreensão, ocupando uma dimensão própria e infinita no processo hermenêutico: antes do próprio texto, o intérprete já chega com seu próprio mundo, que também é infinito, permeado de seus valores e crenças, e que certamente impregnarão a sua atividade.

A partir daí, o ponto de partida que é comum a todos os aplicadores: a dimensão S1, configurando-se em um hiperplano que engloba todo o ordenamento, expressiva do texto normativo diante do qual o intérprete se postará, arraigado dos seus valores e crenças. Nesse ponto, defende-se que este se trata do único plano físico, visto que se reveste do conteúdo escrito das normas.

Trata-se de uma tentativa de objetivação da realidade, por meio da idealização de um intérprete situado em um espaço-tempo delimitado, e que tem diante de si um texto normativo. Conforme já se asseverou, a única coisa de que dispõe o homem é do tempo presente, sendo este instante o limite que separa um passado, com sua herança cultural, de um futuro em que este

mesmo ator realiza uma operação mental extremamente complexa: busca arranjar dimensões distintas (passado-futuro, cultura-interpretação), com vista à construção de sentido.

A seguir, tudo retorna à “etérea” dimensão da intelectualidade: S2, S3 e S4 nada mais são do que operações mentais e, desta forma, irrepetíveis na dimensão do conteúdo linguístico, limitando-se este a conter uma aproximação de tudo aquilo que passou na mente do intérprete. Acredita-se, assim, que são dimensões extremamente complexas, tanto mais amplas quanto maior sejam os conteúdos apriorísticos do intérprete: assim, uma dimensão cultural ou uma pré-compreensão ampla culminarão em uma dimensão alargada de interpretação.

Nesse ponto se realiza o percurso gerador de sentido propriamente em seu aspecto pós-textual: movimentam as estruturas internas a fim de construir significações, normas jurídicas em sentido estrito e permitir a idealização do próprio sistema ou ordenamento, quando então o aplicador dá a sua contribuição à hermenêutica jurídica.

Deve-se ressaltar, apenas, que a dimensão da “pré-compreensão” não se encontra isolada da dimensão que comporta S2, S3 e S4: diferentemente disso, tem-se **um ponto** de fluência ininterrupta das duas dimensões, tendo em vista que ao se construir as significações, a norma em sentido estrito e o próprio sistema, tal passará a se agregar como pré-compreensão em interpretações futuras, promovendo a potencialização do processo interpretativo ao movimentá-lo.

Acredita-se, por fim, que este modelo expressa de forma mais adequada o percurso gerador de sentido do CLS, e significando, apenas uma releitura do pensamento de Paulo de Barros Carvalho. Não se pode olvidar, contudo, que o tema da interpretação, tomado especialmente quanto a representar, afinal, um ato de vontade, conforme preconizado por Kelsen, pode ser ainda mais aprofundado, em estudos que intentem enxergar o fiel conteúdo do fenômeno mais importante e que desvenda o objeto cultural, que o Direito.

4. CONCLUSÃO

Ao se estudar o Constructivismo lógico-semântico, percebe-se que tal Escola encontra-se afinada aos resultados do movimento intitulado “giro linguístico”, o qual provocou uma ressignificação das bases da filosofia moderna, notadamente a partir dos escritos de Ludwig Wittgenstein. Nesse ponto, o CSL, conforme apresentado, enfatiza a compreensão do direito como linguagem, o que enfatiza o papel dos signos na geração do sentido.

Dessa forma, buscou-se focalizar o fenômeno da interpretação, a partir de dois modelos bastante conhecidos e que refletem os valores dos seus idealizadores: no primeiro caso, acessou-se a “moldura”, de Hans Kelsen, a qual toma lugar, de forma expressa em sua Teoria Pura do Direito. Para essa estrutura, que visa a propiciar as condições de seu purismo, interessa focar no substrato físico do direito, buscando manter o intérprete e aplicador das normas em uma posição de suposta neutralidade.

Nesse sentido, concluiu-se que tal “moldura” apresenta uma estrutura bidimensional, assemelhada às estruturas mais simples da Física clássica newtoniana, a qual conteria todas as “possibilidades” interpretativas a serem extraídas das normas. Ademais, Kelsen deixa esclarecido que apesar da interpretação, enquanto rol de possibilidades, configurar-se em um ato de conhecimento, ao final, elegendo “a” interpretação a ser aplicada, tem-se um ato estritamente político, que foge do âmbito jurídico puro.

A seguir, representando uma ampliação qualitativa do modelo kelseniano, Paulo de Barros Carvalho apresenta o percurso gerativo de sentido, o qual foi aqui tomado como o modelo de interpretação do Constructivismo lógico-semântico. Ao idealizar tal percurso, o jurista compreende o caminho a partir de planos a serem percorridos, em idas e vindas incessantes, representadas a partir de uma espiral. Esta se encontraria margeada por duas retas paralelas infinitas, as quais representariam os horizontes da cultura do intérprete, fruto de sua pré-compreensão.

Contudo, ao se observar o desenho gráfico deste percurso, comparando-o com a densidade das proposições de Carvalho, defendeu-se que o mesmo não reflete todo o conteúdo hermenêutico pretendido. Dessa forma, utilizando-se de modelos da Física moderna, desenvolvidos após a Teoria da Relatividade (a qual representa um olhar absolutamente diferenciado do universo), criou-se um espaço pluridimensional, que se entende como mais adequado para abrigar o percurso gerativo do CSL.

Isto porque, a pré-compreensão, no CSL, antecede e possibilita o desenvolvimento hermenêutico, configurando-se no denso conteúdo de que se reveste o ser humano. Nessa trilha, longe de ser algo contido na mesma dimensão em que se processa o acesso ao texto normativo, os horizontes da cultura fazem parte da construção de toda a sociedade, possuindo como seus elementos estruturadores todo um passado rico em acontecimentos e valores. Não se compõe de dados reais: é um conjunto de memórias, crenças e valores que individualizam o próprio ser, situando-se em uma determinada sociedade.

A seguir, no que se chamou de “hiperplano presente”, idealizou-se um intérprete localizado em um espaço-tempo delimitado, e que tem diante de si um texto normativo. Não se pode olvidar que a única coisa de que dispõe o

homem é do tempo presente, sendo este instante o limite que separa o passado, com sua herança cultural, do futuro em que este mesmo ator realiza uma operação mental extremamente complexa: busca arranjar dimensões distintas (passado-futuro, cultura-interpretação), com vista à construção de sentido.

Nesse ponto, o que se quis foi ampliar qualitativamente o modelo proposto no CLS, por meio de uma estrutura pluridimensional, o que não significa que tal assunto dê-se por encerrado: diferentemente disso, acredita-se que tal modelo pode ser mais e mais incrementado, tão logo sejam idealizadas estruturas pluridimensionais mais complexas, que possam refletir com mais exatidão o complexo processo gerativo de sentido no ser humano.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Paulo C. **Método e ciência: uma abordagem filosófica**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2014.

BAKHTIN, Mikhail (V. N. Volochínov). **Marxismo e filosofia da linguagem**. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.

BASTOS, Cleverson Leite; CONDIOTTO, Kleber B.B. **Filosofia da linguagem**. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITTO, Lucas Galvão de. **O lugar e o tributo**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. O Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo lógico-semântico** — Volume I. São Paulo: Noeses, p. 13-39.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, jan./dez. 2007, p. 441-456.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** — D — I. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. **Dicionário Jurídico** — Q — Z. São Paulo: Saraiva, 2005b.

- ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2014.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. São Paulo: Annablume, 2007.
- GLEISER, Marcelo. **A ilha do conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2014.
- HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Editora ARX, 2002.
- HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Tradução de Julio César Armero San José. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- _____. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** — Volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 65-91.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Dicionário jurídico tributário**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LIMA, Rogério Silva. A ciência também crê. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Teoria do direito em debate: estudos em homenagem ao Professor Arnaldo Vasconcelos**. Florianópolis: Conceito Editorial: 2014, p. 547-562.
- MCNAUGHTON, Charles William. **Hierarquia e sistema tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2011.
- NEWTON, Isaac. **Princípios matemáticos, óptica e o peso e o equilíbrio dos fluidos**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- NICOLELIS, Miguel. **Muito além do nosso eu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latins, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** — Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- ROBLES, Gregorio. **O direito como texto** — quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.
- RODRIGUES, André. **Procusto e as cegueiras do conhecimento**. Disponível em: <<http://www.historiadigital.org/artigos/procusto-e-as-cegueiras-do-conhecimento/>>. Acesso em 25 jun. 2015.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2007.
- SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**. São Paulo: Cengage Learning, 2012a.
- _____. **Percepção: fenomenologia, ecologia, semiótica**. São Paulo: Cengage Learning, 2012b.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011a.
- _____. Teoria do fato jurídico e a importância das provas. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo lógico-semântico** — Volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 325-352.
- _____. O direito como linguagem criadora da realidade jurídica: a importância das provas no sistema comunicacional do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregorio. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011b, p. 103-119.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. **Escritos jurídicos e filosóficos** - Volume I. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003a.

_____. **Escritos jurídicos e filosóficos** - Volume II. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003b.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010.

WARREN, Howard C. **Dicionário de psicologia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1960.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

*** Recebido em 22 dez. 2015.**



O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO FACE À NEOLIBERALIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

*Fernando Hoffmann**

*Jose Luis Bolzan de Moraes***

Resumo

O presente artigo tem por objetivo desvelar os processos de invasão do Direito pela racionalidade pragmático-econômica inerente ao discurso neoliberal, e o conseqüente processo de desautonomização do Direito face aos "mandamentos" do mercado. O que, nesse plano, se opera claramente no processo civil contemporâneo, ordenado com base em uma racionalidade econômica e por vetores de eficiência, padronização e quantificação do espaço-tempo processo-decisorio. Desse modo, mostra-se evidente a necessidade de reconstrução do ambiente processo-jurisdicional, o que no presente trabalho se dá por uma mirada hermenêutica.

Palavras-chave

Hermenêutica. Processo Civil. Neoliberalismo.

THE CIVIL PROCEDURE CONTEMPORARY FACE TO NEOLIBERIZATION JUSTICE SYSTEM

Abstract

This paper aims at unveiling the invasion process of law by the pragmatic-economic rationality inherent in the neoliberal discourse, and consequent desautonomization process of law against the "commandments" of the market. What, in this plan, clearly operates in contemporary civil procedure, ordered based on a rational economic and vector efficiency, standardization and quantification of space-time-making process. Thus, it shows a clear need for environmental reconstruction process-court, which in this work is done by a glance hermeneutics.

* Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/ Campus Santiago); Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

** Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Université de Montpellier I; Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor do Programa de Pós-Graduação — Mestrado e Doutorado — da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Keywords

Hermeneutics. Civil Procedure. Neoliberalism.

“existem dois modos ou formas de pensamento: um coisificado pela rotina e por um ego empobrecido e robotizado por um acaso informativo e consumista, ou seja, um pensamento imobilizado e imobilizador, de ideias sem temporalidade; o outro é o pensamento que se desvia, o pensamento marginal, com um tom inconfundível que, quando o outro escuta, tem vontade de dizer: 'isso que está pensando é muito você', é o pensamento à margem de ideias impostas como sabedoria coletiva. Ou seja, existem diferentes modos de pensar, os impostos pela cultura e os modos de pensar que vão fluindo de nosso próprio ser. Acredito que os caminhos da autonomia precisam apostar unicamente nos segundos”.

Luis Alberto Warat em Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.

1. INTRODUÇÃO

No contexto atual, vislumbra-se claro o surgimento de um direito processual ordenado pela lógica mercadológico-neoliberal, onde as características da modernidade — liberalismo, individualismo, capitalismo de trocas, economia de mercado, etc — não são abandonadas, mas sim, potencializadas — neoliberalismo, hiperindividualismo, capitalismo de produtividade, economia de fluxo, etc — assim, a economia toma de assalto o espaço de autonomia do jurídico. Gera-se assim, um espaço-tempo processual envolto na lógica do mercado e, preocupado com eficiência, padronização e produtividade, ou seja, com a construção de um sistema de justiça de fluxo.

Porquanto, é imprescindível a construção de um modelo processual que suplante o modelo hegemônico mercadológico-neoliberal ordenado por uma pragmaticidade-instrumental(izadora) do acontecer processo-social. É necessário construir um ambiente processual que guarde a autonomia do Direito, bem como, que zele pelo tecido vivo constitucional, que tenha por base uma jurisdição democrático-constitucionalizada. Há que se pensar um espaço-tempo processual banhado nas águas agitadas da hermenêutica — heideggeriana — que possibilitem para além de uma jurisdição de verdades eternas, uma jurisdição de constante e eterno reconstruir do social na intersubjetividade.

2. A EXPANSÃO NEOLIBERAL E A DESAUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO (PROCESSUAL)

O neoliberalismo como modelo político-econômico estrutura-se de maneira definitiva a partir do final da década de 1970 e começo da década de 1980 tanto nos EUA, quanto na Inglaterra, respectivamente com os governos Reagan e Thatcher. Nesse momento a derrocada do modelo keynesiano gera uma

crise econômica nesses países, sobretudo, na Inglaterra e o natural esvaziamento do Estado Social.

Em maio de 1979, Margareth Thatcher aceita que a saída para a crise é o abandono do keynesianismo e, a adoção das ideias monetaristas como essenciais para acabar com a estagflação. A partir daí, “todas as formas de solidariedade social tinham de ser dissolvidas em favor do individualismo, da propriedade privada, da responsabilidade individual e dos valores familiares”.¹

No início dos anos 1980, a vitória de Reagan dá a base sólida de apoio que faltava a neoliberalização completa da economia norte-americana. Iniciada já em 1979 a partir das ideias monetaristas de Paul Volcker, então presidente do Federal Reserve Bank no governo Carter, não teve guarida por completo na desintegração da união Estado Democrático Liberal e princípios do *New Deal*. Reagan dá o apoio político que faltava, promovendo um ambiente de mais desregulação ainda, estendendo-o à regulação ambiental, empresas aéreas, telecomunicações, sistema financeiro etc.²

Nesse caminho, o direito processual enquanto campo de tomada de decisões, bem como, espaço-tempo jurídico mais afeito às idas e vindas da sociedade não fica imune às modificações paradigmáticas operadas na pós-modernidade. Ainda sob o signo do racionalismo moderno, engloba à sua já deficiente racionalidade — face à complexidade da sociedade contemporânea — marcada pelo apego ao positivismo, à técnica e ao paradigma da filosofia da consciência, os parâmetros economicistas, sobretudo, assentados na concepção neoliberal de o que seria um processo eficiente para o mercado.

Nestes termos, um processo jurisdição eficiente para o mercado, deve possibilitar uma célere, segura e duradoura decisão. Nesse viés, se desenvolve um paradigma processo-temporal calcado na velocidade e nas certezas da decisão, quanto ao que foi decidido e, quanto ao modo como se decide. A estabilidade do sistema jurídico deve estar a favor da estabilidade do sistema financeiro, propiciando o seu amplo e seguro desenvolvimento. Há uma clara tendência à funcionalização do processo, bem como, à padronização da decisão. Mas quando se fala em decisão, fala-se em uma decisão adstrita às lógicas do mercado e, logo, efêmera, pragmática e eficiente. Constrói-se uma prática ju-

¹ HARVEY, David. **O Neoliberalismo**: história e implicações. Tradução: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Loyola, 2008, p.31-32.

² HARVEY, David. **O Neoliberalismo**: história e implicações. Tradução: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Loyola, 2008, p.33-34.

rídico-processo-decisória significativamente deficiente, entre um sujeito deficitário de mundo apegado à filosofia da consciência e um sujeito pragmático-economicista que é aprisionado em um mundo sem mundaneidade³.

Nesse passo, ganham importante papel instituições paraestatais de fomento econômico, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional — FMI —, etc. tais instituições passam a interferir diretamente no funcionamento das estruturas estatais. Para o presente trabalho, será analisado com mais profundidade o papel do Banco Mundial na reorganização do sistema jurídico-processual brasileiro e, o que se pretende do processo civil inserido na ótica neoliberal.

O Documento Técnico 319 S de 1996, recomenda um remodelamento da estrutura e, do agir judiciário dos países latino-americanos e do caribe. As “recomendações” indicam a necessária construção de um judiciário que decida previsivelmente, ordenado pela eficiência⁴ — do ponto de vista empresarial-economicista — que proteja a propriedade privada e faça valer os contratos. Nesse caminha, eficiência guarda o significado de velocidade, baixo custo e resposta/decisão segura, a prestação jurisdicional deve ser rápida e segura, atendendo ao movimento também acelerado do mercado.⁵

Nesse contexto, desenvolve-se uma ode à eficiência, alçada a condição de meta-valor supremo a ser alcançado pelo Poder Judiciário em processo. A preocupação da hora — ou da moda — é com o tempo de duração dos processos e, com a sua necessária redução em termos de lapso temporal e de quantidade material. Desse modo, constrói-se no sistema processual brasileiro um

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

⁴ A eficiência é sem sombra de dúvidas a mola mestra de todo o aparato procedimental neoliberal na invasão do mundo da vida e, nesse caminho do Direito, pela racionalidade econômico-mercadorológica. Embora, ela relacione-se dialética e proximamente com a produtividade e o fluxo, de certa forma, é a eficiência que guia o aparelho processo-jurisdicional no caminho da produtividade de decisões à alimentar o fluxo constante do mercado — jurídico. Dessa forma, genericamente, o conceito de eficiência guarda relação com o nível de efetividade dos meios empregados em um determinado processo para que se alcance determinado resultado/objetivo. No entanto, inserido na lógica capitalista o conceito transmuta-se significativamente, pois, a eficiência econômico-capitalista preocupa-se tão somente em otimizar a relação custo-benefício buscando lograr a maximização da riqueza. “A eficiência capitalista não considera, senão utilitariamente, benefícios sociais gerados pela ação econômica, tais como postos de trabalho, valorização do ser humano, preservação do ambiente natural e qualidade de vida” (GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: GAIGER, Luiz Inácio; et al (Org). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 169-174). Tais considerações demarcam de maneira decisiva o porque do desprezo neoliberal pelo aparato estatal, pelo Direito e pelos sistemas de justiça, o que coloca o processo e nesse meio os Juizados Especiais Federais a serviço do mercado a partir da adoção de critérios quantitativos de eficiência.

⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** — n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75-100.

aparato agigantado para a redução do espaço-tempo processual, seja qual for o caso. O que importa, é que o processo deve andar mais rápido, não levando-se em conta o(s) direito(s) que está/estão em jogo.⁶

Há um verdadeiro processo de erosão jurídico-normativo deslegitimador da lei enquanto portadora de um conteúdo humano-democrático-constitucional, sobrando apenas um estado geral de deslegitimação dos espaços jurídico-normativos substanciais e, desregulamentação a favor da ordem mercadológica global. Forja-se uma temporalidade regulada meramente pela produção de velocidade, na estruturação do mercado neoliberal e na desestruturação da ordem jurídica substancial⁷.

Edifica-se uma compreensão de efetividade eficientista, no sentido de que a eficiência mercadológico-neoliberal deve ser efetiva na conformação da racionalidade jurídica, bem como, da prática processo jurisdicional, com a racionalidade econômico-pragmático-tecnicista. A efetividade do sistema — Efetividade sistêmico-economicista — deve se sobrepor à efetividade da Constituição — Efetividade substantivo-constitucional⁸. Institui-se uma processualidade e um processualismo banhado no caldo de cultura da sociedade de consumo e, que assim sendo, passa a consumir — tanto no sentido de consumir um produto, quanto no sentido de consumi-lo estruturalmente enquanto instituição político-social — também o Direito. Erige-se um paradigma de banalização da jurisdicionalidade atrelada á infantilização do ser humano, dessubstancializado enquanto sujeito jurídico-social e, transformado em sujeito-consumidor — e consumido⁹.

Assim, o espaço processo-decisório obedece à razão cínica mercadológica, qual seja, produzir mais decisões — mercadorias — em menos tempo — com menos custo. Assim o mercado jurídico-processual cria demandas — celeridade, eficiência, segurança, etc. — para necessariamente, criar mecanismos que possibilitem o atendimento dessas demandas e a manutenção do fluxo mercadológico-decisório. Busca-se incessantemente produzir mais — decisões —

⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Direito e Psicanálise: intersecções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Artigo disponibilizado pela autora, p.1-8.

⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. O (Re)Pensar da Crise Jurisdicional Diante do Engodo Eficientista: o direito e a economia em discussão. In: SPERGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org). **Os (Des)Caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 43-63.

⁹ HOFFMAM, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Pós-Modernidade Processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, n^o. 26, p. 136-159, jan-mar. 2014.

com menos custo — temporal¹⁰. Assim, ao tratar-se de processo — civil — se tem como mirrada aumentar a capacidade de produção — processo/procedimental-decisória — mediante a otimização dos recursos disponíveis ao judiciário. Utilizando-se de técnicas econômico-empresariais inovadoras no âmbito da administração da Justiça¹¹ — enquanto poder.¹²

Nesse sentido, a decisão jurídica deve vir adstrita ao melhor interesse do mercado, não há que se pensar uma decisão jurídica conteudisticamente ligada ao caso concreto e, assim, ligando-o a Constituição, mas sim, pensada para a otimização do lucro e da produção.¹³ Instrumentaliza-se a prática processual ainda no seio de uma metafísica-objetificante moderna, consolidando o aparato necessário às posturas pragmático-econômico-tecnicistas que alicerçam o modelo neoliberal de processo¹⁴.

¹⁰ DUFOR, 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. 82. Como produto central desse mercado jurídico-processual que busca a velocidade e a eficiência, surgem as súmulas — vinculantes ou não — como o principal produto. Em *terrae brasilis* cria-se um falso “parentesco” entre súmulas e precedentes, no entanto, súmulas e precedentes não guardam sequer proximidade. As súmulas — como concebidas pela cultura jurídica brasileira — roubam os sentidos dos casos concretos, transformando a decisão jurídica em produtos a serem consumidos *ad eternum*, e transformando os tribunais em linhas de produção institucionalizadas pelo modelo neoliberal. É o *self service* jurídico-decisório, cada julgador-intérprete escolhe o seu coágulo de sentido, a sua nesga de linguagem e a reproduza contrafaticamente aos casos futuros que forem tidos como idênticos — de mesmo DNA fático, e isso existe?. Os precedentes trazem em si um DNA, não são desprezidos do caso que os gerou e, não vinculam de maneira universal a sua aplicação por parte do intérprete no futuro. Não há abstração e generalidade — nem desejo de — na construção de um precedente, diferentemente das sumulas que surgem como enunciados gerais e abstratos para contentar qualquer consumidor. Sobre o assunto, consultar: (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O Que É Isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes ?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013).

¹¹ Essas práticas no que tange à administração da justiça devem ser inseridas no âmbito de um espectro maior de modificações que se dá desde a administração pública como um todo. Tais alterações acontecem a partir da penetração do tema da eficácia na esfera pública. Insere-se a administração pública na lógica produtivista da empresa privada, ambas estariam expostas ao mesmo tipo de contingências, tais como: amplitude e rapidez das evoluções tecnológicas, necessidade de aumento da produtividade para otimizar os recursos disponíveis, exigências maiores da clientela — note-se a mutação do sujeito de direitos em consumidor face ao Estado —, concorrência mais agressiva, etc. Inaugura-se uma nova etapa no gerenciamento público, dirigida à um aumento permanente de produtividade, com menor esforço — custo. É a administração pública e, por consequência judiciária, adentrando a era da economia de mercado e do produtivismo (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84-85).

¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos Com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 66.

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos Com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 44.

¹⁴ 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. 92-94.

Há, para além da redução dos corpos — tomados numa primeira fase do capitalismo pelo universo da fábrica, do trabalho¹⁵ — uma redução dos espíritos, o que provoca um encurtamento no/do horizonte de sentido do interprete em relação ao que seria importante para a consecução de uma decisão jurídica ordenada pelos ditames constitucionais materiais. Parafraseando Dufour, é a arte de reduzir o Direito — e com ele a decisão jurídica — à lógica estrita do mercado neoliberal, convencionando uma decisão mercantilizada — decisão Nissin-Miojo —, vista como produto pronto a ser consumido, pois instantânea.¹⁶

Um processualismo de/dos desejos exsurge na prática jurídica brasileira, um processualismo caracterizado na lógica da construção de um sentido comum de apatia e novidade, um sentido de busca pelos sentidos nas coisas — nos objetos do mercado — e não das coisas elas mesmas. A partir do sujeito consumidor, produz-se um processo-jurisdicional mercantilizado e calçado na produção rápida e desresponsabilizada de verdades — as verdades do mercado, da sociedade de consumo. A sociedade de consumo funda um Direito de consumo, para o consumo acelerado dos sujeitos jurídico-(a)sociais neutralizados em seus desejos humano-existenciais.¹⁷

O paradigma processo-decisório adere á produção de sentidos dominante imposta pelo mercado e por uma nova temporalidade social que impregna o Direito e o processo, pois, atende por completo à lógica da sociedade hipermoderna-acelerada, estando adstrito aos convencionalismos da aceleração social¹⁸. A hipermodernidade assume assim, um objetivo de presentificação das coisas do mundo, há a necessidade latente de tornar o instante eterno, o que, em se tratando de decisão jurídica é possibilitado pelas súmulas e pelo movimento de abstrativização decisória¹⁹.

Instaura-se uma racionalidade autonômica em relação ao Direito e ao caso concreto que aposta na construção de respostas antes mesmo de ouvir as perguntas, ou seja, em respostas totalmente descontextualizadas e vazias de sentido. Há um frenesi por ementas e súmulas que trazem em si um sentido pronto para ser acoplado aos casos. As súmulas sejam elas vinculantes ou não,

¹⁵ Ver: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A Subjetividade do Tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁶ 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. 10.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para o Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 41.

¹⁸ HOFFMAM, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Pós-Modernidade Processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, nº. 26, p. 136-159, jan./mar. 2014.

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Viela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Passim.

— pelo menos no Brasil —, surgem para responder a todas as perguntas futuras, mas nem sabem quais serão as perguntas formuladas pelo caso — mas sabem quais são as perguntas formuladas pelo mercado e as respostas que o mesmo quer.²⁰

O processualismo *delivery* ao qual está submetida a prática jurisdicional atual, em que o controle de qualidade das decisões se dá *a posteriori* com base em parâmetros de produtividade e máxima quantificação decisória, deve ser revisto a partir de uma mirada hermenêutico-constitucional de confluência da decisão com a complexidade do caso concreto²¹. Esse novo processo-jurisdicional deve ser encarado enquanto situação hermenêutica, enquanto possibilidade de desvelamento do ser process(ual)o — ser de um ente — enquanto ser-no-mundo — Heidegger — possibilitando o encontro hermenêutico do intérprete com a facticidade do/no caso concreto em meio à um espaço-tempo processual visto como horizonte — hermenêutico — de compreensão do ser — processo-constitucional(izado)²². É o que se expõe na sequencia.

3. DO PROCESSUALISMO NEOLIBERAL (HIPERMODERNO) AO PROCESSUALISMO ANTIMODERNO *DASEIN*

Nessa maré, processo é ciência de fatos — fatos da vida — que buscam ser compreendidos no interior do processo/procedimento. Esta compreensão ao contrário do que nos foi legado pela modernidade não se dá mecanicamente, metodologicamente, mas sim, acontece a partir de algo que nos é dado — não plenipotenciariamente — *ex ante*. O agir processo-jurisdicional é um agir hermenêutico-circular, que não deve ser tomado a partir de pré-compreensões inautênticas a respeito do que levar em conta ao decidir — ao desvelar o significado dos fatos na *applicatio*. Um processo consubstanciado da produtividade baseia-se em pré-compreensões inautênticas, pois, ordenado pela máxima do mercado e, não de um Direito autônomo, embora, cooriginário à política e à moral. A pré-compreensão autêntica delinea um processualismo centrado no caso concreto e na substancialidade da Constituição enquanto *Dasein*.²³

O *Dasein* na relação hermenêutico-circular é sempre possibilidade de ser, o *é/ser* que pergunta existencialmente pelo ser de si próprio — ente que

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto — decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos Com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 96-97.

²² 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. 206-207.

²³ 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. 212-213.

se questiona pelo ser. Assim, “a presença é a possibilidade de ser livre para o poder ser mais próprio”. O Dasein como possibilidade sempre já foi — é/sendo — o ente que questiona pelo ser — seu ser. Assim, o Dasein na medida em que é/sendo já se compreendeu e se compreenderá a partir das possibilidades, pois, na circularidade hermenêutica o Dasein quando é/sendo já “sabe” — já se compreende como o ente que questiona pelo ser.

Nesse passo, o que se propõe a partir de agora é a construção de um Processualismo *dasein*²⁴, concebendo-o em uma “dupla estrutura”. Por um lado, pensa-se um processo que a partir do intérprete *dasein* — do intérprete ser-no-mundo —, é questionado pelo seu ser — constitucional-democrático — na busca pela substancialidade processo-jurisdicional num caminho hermenêutico de desvelamento do seu “ser” processo constitucional-democrático. De outra banda, considera-se o processo ele mesmo Dasein, erigindo um processualismo *dasein* que se questiona pela facticidade do caso concreto como possibilidade hermenêutica de desvelamento — do ser do ente — na resposta correta.

Logo, o horizonte de sentido só pode ser-nos dado pela compreensão que temos de algo, não há compreensão a partir de um certo dado, — as súmulas por exemplo — subsistente no mundo — no tempo — e duradouro, que já vem nos oferecendo enquanto Dasein significados prontos, pois o intérprete — Dasein — já pré-compreende algo quando se pré-compreende como Dasein. O Dasein é hermenêutico, pois, reside numa pré-compreensão que nele

²⁴ Aqui primeiramente, cabe referir que para efeitos do presente trabalho, a partir desse momento, quando se fizer referência ao “termo” *Dasein*, utilizando a grafia com “D” maiúsculos, se estará falando do *Dasein* como categoria/existencial heideggeriano, do *Dasein* enquanto ente que se questiona pelo ser, de outra banda, quando for utilizada a grafia com “d” minúsculo, estar-se-á utilizando o termo como um qualificador de algo, como um adjetivo de qualidade. Passada essa questão preliminar, quando aqui se fala em processualismo *dasein*, de certa forma fala-se metaforicamente, pois, *Dasein* é o ente que se questiona pelo ser — é o ser humano, é o homem —, todo o ser tem um ente e todo o ente só é no seu ser. Até a modernidade — metafísica clássica e moderna — o ser esteve encoberto pelo ente, pois a tradição metafísica tratava o ser por ente. O sentido de “ser” está sempre desvelado na compreensão cotidiana do que ele seria, mas este “estar desvelado” é o que vela o sentido de “ser” enquanto “ser” de um ente que se desvela sempre no já compreendido — não como um dado *a priori* — no (re)compreender. Sempre nos movemos numa compreensão de ser, quando a pergunta pelo ser é feita, já se conhece o “é” do ser, já se está inserido em um momento compreensivo anterior que adianta o sentido do “ser” no “é” sem desvelá-lo por completo. Ou seja, o questionado da questão a ser elaborada na busca pelo sentido de ser é o próprio ser que é questionado pelo ente — *Dasein*. Questionar-se nesse sentido, constitui tornar transparente o ente que questiona em seu ser — que se questiona pelo ser, ou seja, tornar transparente o *Dasein* — e, que, assim, como modo de ser de um ente, faz o questionar dessa questão ser determinado pelo ser — pois é o que nela, é questionado pelo *Dasein*. Como ser constitui o questionado e ser diz sempre o ser de um ente, o que resulta como interrogado na questão do ser é o próprio ente. Este é como que interrogado em seu ser. Mas para poder apreender sem falsificações os caracteres de seu ser, o ente já deve se ter feito acessível antes, tal como é em si mesmo” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 37-52).

reside, pois ele só é porque se compreende. Não há como acessar a decisão jurídica por meio de algo dado como um processo-jurisdicional metodológico-instrumentalizado pelo mercado, mas sim, somente, a partir de um caminho, de um “ir” até ela²⁵. No seio do paradigma hermenêutico não há que questionar-se como pretendia Kant pela ponte que (inter)liga consciência e mundo, pois, hermeneuticamente esta “ponte” desde-já-sempre está construída. Como dirá Stein, enquanto Dasein — intérprete dasein — já sempre acessamos a ponte entre ser e mundo, pois, o Dasein, é ser-no-mundo, quando o Dasein se compreende enquanto ser-no-mundo ele já cruzou a ponte, ela já existe, pois, o Dasein é/sendo já no mundo²⁶.

Desse modo, é possível afirmar que o pensamento de Heidegger procurou desvelar²⁷ aquilo que ficou impensado durante toda a tradição metafísica: o sentido do ser. Para superar esse ocultamento, a fenomenologia heideggeriana se apresentou como antípoda 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 facticidade, 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.

Há um deslocamento da fundamentação da consciência do ser, para o ser-no-mundo. E, é ao deslocar-se o lugar da fundamentação do sujeito e da — sua — consciência para a ideia de mundo, de ser-no-mundo que, torna-se possível ao intérprete lidar com a “coisa mesma”. Nesse momento, o intérprete

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 193-195.

²⁶ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 72-73.

²⁷ Esse desvelamento dá-se a partir do “método” fenomenológico hermenêutico, que em verdade, não é método — e por isso, faz-se diferenciação utilizando-se a palavra método entre aspas, ao tratar-se do “método” fenomenológico hermenêutico e, sem as aspas ao trata-se do método como concebido na modernidade — mas sim, modo de ser-no-mundo. A hermenêutica heideggeriana não pode ser vista como método na trilha das antigas hermenêuticas. Há uma crucial ruptura entre o paradigma hermenêutico heideggeriano e os anteriores. A partir do “método” fenomenológico-hermenêutico — não como método, mas como modo de ser-no-mundo — Heidegger desentranha a pergunta pelo “como” — do método —, ou seja, mesmo a partir do uso de um método, há uma “pergunta” — um questionar-se — que desde-já-sempre questiona o próprio método em seu caminho — em sua metódica — que, desse modo, perde a veste de certeza, visto que, interpelado pelo “como” anterior a si mesmo método. O método deixa de ser um “algo simplesmente dado” que leva a um fim adiantado nele próprio enquanto método/formula universal(izável) e, passa a ser “acontecimento” de um “acontecer” que vem compreendido mesmo anteriormente ao método. O “método” fenomenológico-hermenêutico não é meio de acessibilidade, mas sim, desvelamento de ser-no-mundo em suas possibilidades, desvelamento do acessível em sua própria acessibilidade anterior a si mesmo. O “método” fenomenológico-hermenêutico é um “eterno”/“contínuo” reprojeter das possibilidades de ser-no-mundo, é um sempre angustiar-se (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36-42).

já compreendeu a “coisa mesma”, pois, no mundo para explicitar enunciativamente o que fora compreendido já-no-mundo.²⁸ Em processo, passa-se — ou se deveria passar — a lidar com a concretude fática do acontecer-humanexistencial, o que, é condição de possibilidade para a manutenção da autonomia do Direito. A partir do “movimento migratório” da fundamentação, não está dado ao intérprete instrumentalizar pragmático-funcionalmente o processo de maneira subjetiva para atender às demandas que, não as mundano-existenciais, como, as demandas do mercado²⁹.

A ordem mercadológico-neoliberal toma de assalto o Direito e, nessa tripla, o processo-jurisdicional, a partir da subjetividade de um intérprete que construindo sentidos na sua consciência constrói os sentidos que o mercado deseja. O neoliberalismo convencionou uma facticidade mercadológica da ordem da relação custo/benefício, onde o(s) custo(s) passa(m) a ser o(s) Direito(s), e o benefício é o engessamento da jurisdição na busca pela concretização da Constituição.³⁰

Ao contrário, no que se pretende a partir de um processualismo *dasein*, o intérprete responde pelo *é do ser*, pois, estrutura-se como o ente que compreendendo o ser — sendo — pode desvelar o sentido de ser-no-mundo. A problemática ontológico-fundamental, é a estrutura de acesso ao sentido do ser, pois, permite a compreensão do ente que, existindo enquanto *Dasein* compreende o ser. “*Dasein* existe porque compreende o ser e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo”.³¹

O *Dasein* já está sempre no mundo, já é ser-no-mundo, pois, desde-já-sempre-no-mundo se compreende, compreende o ser e, compreende o mundo em sua mundaneidade. O intérprete — aqui *Dasein*, pois, compreende o caso concreto compreendendo-se e compreendendo a sua condição de ser-no-mundo e, compreende o processo democrático-constitucionalmente — está desde-já-sempre jogado no mundo que o circunda e, assim, impossibilitado hermenêuticamente de acessar solipsisticamente significados inautênti-

²⁸ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 57.

²⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

³⁰ 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. 75-100.

³¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 143.

cos, pois, os pré-compreende como inautênticos, negando-lhes acesso à estrutura hermenêutica compreensiva desenvolvida no ambiente processo-jurisdicional.³²

O processualismo *dasein* deverá exsurgir da/na historicidade do caso concreto, temporalmente compreendido como elemento necessário a desvelar a resposta correta — hermenêuticamente adequada — àquele caso, naquele tempo. Passa a existir — na sua existencialidade — um processo jurisdicional ser-no-mundo, ser-no-tempo, caracterizado pela pré-compreensão do momento — caso concreto — na pré-compreensão desde-já-sempre “construída” pelo intérprete *dasein*, enquanto ser pré-ontológico que, só compreende ao se pré-compreender. Assim, a construção decisória será construção hermenêutico-factual, jogada no mundo e, por tal motivo, tornando possível a tarefa interpretativo-compreensiva enquanto categoria hermenêutica — como um existencial³³.

O intérprete (homem) compreendido enquanto *Dasein* é fora de si mesmo, define-se como existência, opostamente ao sujeito moderno fechado em si, o *Dasein* está aberto ao mundo, a sua existencialidade. Assim, a temporalidade do *Dasein* deve ser compreendida com uma dimensão que compreende cooriginariamente passado, presente e futuro, onde o futuro, enquanto antecipação da morte permite ao *Dasein* compreender-se como ser finito, que existe no tempo³⁴. Nasce um espaço-tempo processual que se consubstancia na “mundaneidade do mundo”, no que dispõe de real no imaginário criado pelas manifestações do mercado em busca de eficiência. O processualismo contemporâneo está alicerçado nos materiais substanciais que lhe pertencem enquanto *locus* eminentemente hermenêutico, ou seja, baseia-se na percepção do “intérprete *dasein*”, a respeito do caso concreto como horizonte de compreensão democrático-constitucional, num espaço hermenêutico que desvela o Estado Democrático de Direito em toda a sua potencialidade transformadora e emancipatória.

Assim, o espaço-tempo processual — da decisão jurídica — é um ambiente humano-existencial que se desdobra no tempo — temporalidade —, é um ambiente temporalizado, que assume para si a sua condição de horizonte de sentido do ser que só pode ser compreendido no tempo — temporalidade. O direito processual é uma “ciência” histórica que bebe nas fontes da historicidade e da tradição, condição primeira para um Direito (processual) ser-no-mundo que se manifesta no caso concreto, não em um enunciado linguístico

³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 190-192.

³³ STEIN, Ernildo. Sensibilidade e Inteligibilidade: a perspectiva de dois paradigmas. In. STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 27-41.

³⁴ DASTUR, Françoise. **Heidegger e a Questão do Tempo**. Tradução: João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. Passim.

congelado no tempo e vazio de significado, mas sim, que se manifesta no caso concreto como manifestação do ser — ser-Direito, ser-intérprete, Dasein.

Esse novo ambiente processual dasein que se dá enquanto fenômeno hermenêutico-existencial, pergunta-se pelo caso concreto já estando sempre no mundo, por meio desse espaço processo-jurisdicional modificado, “intérprete dasein” e facticidade estão jogados no mundo, atribuindo significados e algo significando, não havendo assim, como construir uma decisão jurídica eterna, imodificável, imune à precariedade da vida mundana que, reordena-se a todo o momento, pois “é” no mundo. O homem é um ser histórico, a decisão jurídica é assim, uma construção histórica “operada” pelo intérprete dasein desde a sua situação hermenêutica, bem como, desde o horizonte hermenêutico-mundano do espaço processual dasein.

O homem é dotado de historicidade desde sempre e é impossível separar este atributo do todo da existência humana. Nós tentamos qualquer coisa para fazê-lo e sempre batemos contra as paredes da historicidade. Não há nada “de fora” da historicidade. Há o sentido que já está construído, e sou nascido para dentro dele [...].³⁵

Nesse caminho de ruptura com o paradigma metafísico moderno, as categorias filosófico-metafísicas, são substituídas em Heidegger pelos existenciais hermenêutico-mundanos. Há uma existencialidade das “coisas do mundo”, não há mais lugar para a entificação e a confusão do ser-aí/*dasein*, com os demais entes intramundanos. Em meio à analítica existencial os existenciais surgem na filosofia hermenêutica³⁶ como condição de possibilidade

³⁵ STEIN, Ernildo. Sensibilidade e Inteligibilidade: a perspectiva de dois paradigmas. In. STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 27-41

³⁶ Cabe aqui, algumas considerações quanto à hermenêutica heideggeriana — filosofia hermenêutica — e à hermenêutica gadameriana — hermenêutica filosófica. A hermenêutica como tratada a partir de Heidegger traz ares novos ao âmbito filosófico. Estes novos ares propiciam uma crítica contundente aos paradigmas filosóficos modernos, quais sejam, a subjetividade, o fundamento, e razão absoluta e, para além dessa crítica, tem por consequência trazer novas formas de expor os pressupostos filosóficos da modernidade, reordenando a ordem das coisas. A partir daí, e da fenomenologia hermenêutica, a hermenêutica ela mesma, não é — não pode mais ser — vista como mero método, mas sim, sendo um “já ser” histórico efetual, torna-se modo-de-ser interpretativo-compreensivo destinado a qualquer forma de conhecimento. “Com isso, a hermenêutica não significava um ataque à razão como o compreendiam os modernos, mas representava a dimensão da historicidade em que essa razão se apoiava, na medida em que sempre já se pressupunha a dimensão do compreender”. Em Heidegger a hermenêutica surge como adjetivo, que, no caso, designará a/uma filosofia hermenêutica, que, como lembra Ernildo Stein não se tem registro na história da filosofia anterior à Heidegger. Nesse caminho na obra de Heidegger não se encontrará, porém, a hermenêutica adjetivada como filosófica. O que, leva Ernildo Stein a dizer que ao mesmo tempo Gadamer recua e avança em relação à Heidegger quanto à hermenêutica. Ao mesmo tempo que recua nas pretensões heideggerianas, avança no sentido de retirar da própria filosofia — hermenêutica — o adjetivo filosófica. Assim, no que tal

para romper com o arsenal categorial metafísico-objetificante/subjetificante³⁷.

No âmbito do processualismo *dasein*, Democracia, fundamentação, caso concreto, resposta correta, Constituição, devem exsurgir como existenciais hermenêutico-processuais, como modo(s) de ser-no-mundo de um processualismo *dasein* que acontece fenomenicamente no mundo — que é/sendo — em sua mundaneidade, na existencialidade do intérprete *dasein* e na facticidade do caso concreto. Surge uma possibilidade de ruptura com o que está posto pelos modismos mercadológicos que embrutecem e desumanizam o espaço processo-jurisdicional o tornando imune a facticidade do caso concreto, pois, preocupado com a “facticidade” do consumo. O processo do consumo e, que consome a humanidade existencial(izada) embrutecendo os sujeitos jurídico-sociais através dos escárnios pragmático-economicistas do custo zero e dos direitos zero, dá lugar a uma processualidade que autonomiza o Direito face aos desmandos da economia³⁸.

Logo, o processo *dasein* que se desvela, nasce processo hermenêutico-factual, processo constitucional(izado), processo democratizado, processo concretizador de direitos, processo condição humana e, não garante do mercado. Jurisdicionalizar passa a ser efetivar jurídico-processualmente os direitos vilipendiados pelo modelo econômico neoliberal, dando aos jurisdicionalizados a segurança não de uma resposta perfeita e com o selo das verdades eternas, que está a serviço do mercado, mas sim, a segurança de uma resposta, que não será a única, nem a melhor e, sim, apenas a hermenêutico-constitucionalmente adequada ao caso concreto manifestante da existencialidade humana.

adjetivo lhe diferencia das demais hermenêuticas, também lhe confere maior amplitude. “Denominar a hermenêutica de filosófica dava a Gadamer duas liberdades. Em primeiro lugar, o autor poderia introduzir uma maneira de compreender diferente daquelas das ciências do espírito. Mas, de outro lado, Gadamer por assim dizer se libertara do uso estrito da hermenêutica, como aparecia em Heidegger, o que lhe permitia também modificar o seu conceito de compreensão”. E segue Ernildo Stein: “[...] a intenção de Heidegger era introduzir, além do nível do ente do outro nível, ligado ao ser, um terceiro nível que, através do ser-aí, conduzia a ideia da compreensão do ser. Desse modo, a fenomenologia tem, como hermenêutica da facticidade da existência, a tarefa de preparar uma nova compreensão do ser, a partir de um conceito de tempo repensado a partir da temporalidade e da historicidade [...]. Em Verdade e Método, Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixando de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da história. Portanto, se o conceito de compreensão em Heidegger visava a chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido” (STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumo da Hermenêutica. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9-25).

³⁷ STEIN, Ernildo. A Questão da Compreensão: as tentativas iniciais da Escola Histórica Alemã. In: STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 43-55.

³⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

4. CONCLUSÃO

Na contemporaneidade a ação dos sujeitos jurídico-sociais por parte do judiciário ganha um novo contorno. A partir da consolidação e implementação de paradigma político-jurídico-econômico neoliberal, o processo e a atividade jurisdicional tornam-se funcionalizados a serviço desse paradigma. O processo jurisdicional passa a ser orientado por uma racionalidade jurídica de manutenção da ordem mercadológico-neoliberal, alimentada por uma racionalidade prático-processual pragmático-econômico-tecnista voltada a decidir de acordo com os ideais do mercado, quais sejam, eficiência, produtividade — produtivismo — e padronização, operando no horizonte de um sistema de justiça de fluxo.

Assim, o que se propõe é uma reordenação paradigmático-processual a partir de uma mirada hermenêutica do processo civil contemporâneo. O processo jurisdicional em *terrae brasilis* aparece investido na função de dialogar com o mercado e não com o(s) direito(s), criando-se assim, um déficit entre o que é prometido pela Carta Constitucional e o que se concretiza na atividade processo-jurisdicional. Por meio da filosofia hermenêutica heideggeriana, propõe-se a construção de um processualismo *dasein*, que tanto ancorado na atividade interpretativo-compreensiva do intérprete *dasein*, quanto, por ele mesmo processualismo *dasein*, nasça enquanto situação hermenêutico-processo-existencial.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para o Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A Subjetividade do Tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DASTUR, Françoise. **Heidegger e a Questão do Tempo**. Tradução: João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

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.

GAIGER, Luiz Inácio; et al (Org). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009.

- GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: GAIGER, Luiz Inácio; et al (Org). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009.
- HARVEY, David. **O Neoliberalismo: história e implicações**. Tradução: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Loyola, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.
- 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.
- HOFFMAM, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Pós-Modernidade Processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, nº. 26, p. 136-159, jan-mar. 2014.
- 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.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos Com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. O (Re)Pensar da Crise Jurisdicional Diante do Engodo Eficientista: o direito e a economia em discussão. In: SPERNGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org). **Os (Des)Caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito, 2009.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Direito e Psicanálise**: intersecções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Artigo disponibilizado pela autora, p.1-8.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha. 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; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org). **Os (Des)Caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito, 2009.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: UNIJUI, 2008.

_____. A Questão da Compreensão: as tentativas iniciais da Escola Histórica Alemã. In. _____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008.

_____. Sensibilidade e Inteligibilidade: a perspectiva de dois paradigmas. In. _____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (Org). **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008.

_____. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **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.

_____; ABOUD, Georges. **O Que É Isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica n. 6**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

* Recebido em 23 jun. 2015.



PROCESSOS CONSTITUINTES E NOVAS CONDIÇÕES DO ESTADO NA AMÉRICA LATINA: UMA IDENTIDADE COMUM?

*Jose Alberto Antunes de Miranda**
*Sergio Urquhart de Cademartori***

Resumo

O presente artigo objetiva analisar o valor e o significado das reformas constitucionais empreendidas nos últimos tempos no âmbito do novo constitucionalismo latino-americano. Pretende-se observar a possibilidade de tal fenômeno caracterizar o início de uma mudança nas características de identidade dessas novas Cartas, partindo-se da premissa de que uma análise crítica do Estado em sua configuração latino-americana passa pelo resgate da autenticidade e originalidade de sua identidade cultural.

Palavras-chave

Constitucionalismo. Estado. Identidade. América Latina.

CONSTITUENT PROCESSES AND NEW CONDITIONS OF STATE IN LATIN AMERICA: A COMMON IDENTITY?

Abstract

This article aims to analyze the value and meaning of constitutional reforms undertaken in recent times in the new Latin American constitutionalism. It is intended to observe the possibility of such a phenomenon characterizing the beginning of a change in the identity characteristics of these new Charts, starting from the premise that a critical analysis of the state in its Latin American setting through the rescue of the authenticity and originality of his cultural identity.

Keywords

Constitutionalism. State. Identity. Latina America.

1. INTRODUÇÃO

A América Latina nos últimos anos sofreu um processo de transformação social e democrática com importantes avanços. Do extremo sul da América do Sul até o México movimentos sociais se mobilizaram e conquistaram, ainda

* Professor permanente do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, Canoas, Brasil.

** Professor permanente do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, Canoas. Brasil

que não plenamente, importantes vitórias. Direitos que até então eram negados às populações indígenas e a outros grupos sociais hoje são reconhecidos de forma mais articulada em toda a região.

Em meio a esses variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a esta uma forte democracia dialógica participativa (MAGALHÃES, 2009).

Os longos anos de regimes de exceção, sob forte influência de militares, não permitiu aos países Latino Americanos traçar seus destinos de forma negociada e com diálogo participativo de todos os grupos sociais.¹ Desde a constituição do Estado moderno, em grande parte dos países latino americanos a influência política do setor militar foi uma constante que se expressava em acordo tácitos militares-civis e militares-políticos. Quer dizer, ante o poder político evidenciado ao longo do século XX pelo setor castrense, não foi possível para a sociedade civil de muitos países na região lograr sua institucionalização de maneira racional e positiva.

A democratização latino-americana conviveu com crises hiperinflacionárias e as chamadas décadas perdidas de 1980 e 1990, a renúncia de presidentes eleitos questionados por fortes movimentos cidadãos (Brasil, Venezuela, Bolívia, Equador, Peru e Argentina), tentativas de golpe (Paraguai, Venezuela) e crises militares (Peru-Ecuador, Colômbia-Ecuador-Venezuela). Em todos esses processos, as soluções se pautaram pela negociação e o respeito às instituições, com o envolvimento dos países vizinhos, gerando jurisdição regional para prevenir futuras violações do estado de direito, como a Carta Democrática do Mercosul e a Carta Democrática Interamericana. Nos anos 1960-70, situações de instabilidade de menor gravidade serviram de justificativa para a intervenção das forças armadas na política, contribuindo para disseminar as teses sobre uma região em que a gestão de crises que opõem interesses profundamente arraigados na sociedade é inconciliável com a manutenção das regras do jogo institucional (O`DONNELL, 2011).

É característico na América Latina por razões históricas o papel desenvolvido pelo setor castrense no processo de formação de seus respectivos estados nacionais contemporâneos. É importante que os governos da América Latina atendam com bons resultados aspectos relacionados à coesão social, su-

¹ A América Latina historicamente possui uma cultura política e uma estrutura social que levaram à constituição de regimes personalistas em estilo e de relações de poder. Praticamente, todos os países latino-americanos, com exceção do México, experimentaram, pelo menos, um golpe militar desde 1945.

peração da corrupção, da violência social para assim evitar o risco de uma confluência entre um populismo difuso e forças armadas caracterizadas por crises profissionais de suas elites dirigentes (OLMEDA, 2005).

É sobretudo na última década dos anos noventa que o constitucionalismo na América Latina recebe novas linhas a partir da promulgação das Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Alguns autores sustentam que essas três Constituições formaram as bases do “novo constitucionalismo latino-americano”.²

Segundo Milena Melo (2010) encontramos nessa nova fase, conhecida também como “Constitucionalismo andino”, textos constitucionais elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objetos de aprovação popular por meio de *referendum*.³ Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à ‘redescoberta’ de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade nesse novo contexto da integração.

É importante destacar que em fins do século XX, no continente americano surgiram importantes modificações dentro daquilo que Raquel Yrigoyen Fajardo denomina de “horizonte pluralista”. A autora apresenta um primeiro ciclo de mudanças a partir do “constitucionalismo multicultural” (1982-1988) que introduz o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas. Canadá (1982), por exemplo, reconhece sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”. Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reco-

² Ortiz-Alvarez e Lejarza (1997) classificam as constituições latino americanas do ponto de vista cronológico em quatro períodos. No primeiro período se encontra a *Constitución Política de los Estados Mexicanos* (1917) e a *Constitución Política de Costa Rica* (1949). No segundo período, que corresponde aos anos 1960 e 1970, figuram a *Constitución de la República de Venezuela* (1961), a *Constitución de la República Dominicana* (1966), a *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1966), a *Constitución Política de Bolívia* (1967), a *Constitución Política de la República de Panamá* (1972) e a *Constitución de la República de Cuba* (1976). Um terceiro período, relativo aos anos 1980, compreende a *Constitución de Chile* (1980), a *Constitución de la República de Honduras* (1982), a *Constitución de la República de El Salvador* (1983), a *Constitución Política de la Guatemala* (1985), a *Constitución Política de la República de Nicaragua* (1987) e a *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). No quarto período, concernente à década de 90, encontra-se em gestação as modernas (1992), a *Constitución Política de Perú* (1993), e a *Constitución Política de la República de Ecuador* (1993, com reformas em 1996). tendências do constitucionalismo latino-americano, com Constituições mais progressistas, como a *Constitución Política de Colombia* (1991), a *Constitución de la República de Paraguay*, (ORTIZ; LEJARZA, 1997)

³ As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização.

nhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas”. O segundo ciclo de reformas o “constitucionalismo pluricultural” (1989-2005) marca a internalização, na maior parte do continente, da Convenção 169-OIT, que revisa a anterior Convenção 107 (de cunho assimilacionista) e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngue, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena, etc.). Um último ciclo, o “constitucionalismo plurinacional” (2006-2009), está conformado pelas Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão final e aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, fundado em dispositivos para “refundação do Estado”, reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomies e participar nos novos pactos de Estado” (FAJARDO, 2012).

É possível observar que, nos anos 80 e 90, grande parte dos países da América Latina seguiram as principais tendências do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo a partir de duas operações fundamentais: de um lado a expansão do catálogo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições (alargando os bens e os sujeitos tutelados), de outro a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo.

Diante desse quadro, é necessário perguntarmo-nos sobre o valor e o significado do que os latino americanos fizeram nesses últimos anos, com relação ao plano de reformas constitucionais no âmbito do novo constitucionalismo americano. Poderia isso caracterizar o início de uma mudança nas características de identidade das constituições da região, ou, mais precisamente, seria o reflexo do amadurecimento das instituições e da busca pela libertação em definitivo de tradições colonialistas?

É importante advertir que esta análise reconhece a capacidade limitada que, em qualquer caso pode ter uma reforma constitucional para transformar uma realidade. Devemos analisar se a América Latina fez até o momento o melhor possível dentro dos limites que nos movemos para melhorar a qualidade de nossas instituições e contribuir por uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

É importante salientarmos que região implementou reformas constitucionais movidas por objetivos de curto prazo (quase sempre em períodos de reeleição presidencial). Pelo que se observa, muitos movimentos são menos conduzidos por força de convicções do que forças inerciais. As bases teórico-ideológicas são ainda aquelas da tradição: modelos institucionais adotados no contexto europeu sob as bases do sistema representativo. As únicas exceções que observamos estão representadas nas constituições do Equador e da Bolívia aprovadas em 2008 e 2009, as quais apresentam imperfeições e inconsistências.

Ressalte-se que a Carta da Bolívia possui um maior avanço, no que diz com a integração política e social de um setor majoritário da população — os indígenas.

No caso boliviano se detecta a insistência tanto na descolonização (evidenciando-se o destaque para a própria educação como descolonizadora, art. 78.I), quanto no processo intercultural (desenvolvido de forma mais consequente no caso equatoriano) Disto se segue, também, que a “plurinacionalidade” acaba por questionar os limites do Estado constitucional e obriga a uma nova institucionalidade.⁴

Nessa fase se observa que os textos constitucionais foram elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objetos de aprovação popular por meio de *referendum*. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, mais comprometidas com os processos de descolonização. (MELO, 2010).

Conforme também aponta Antonio Wolkmer (2010, p. 244),

[...] a constituição do Equador de 2008 é a referência obrigatória em termos de avanços ecológico-ambientais, por seu giro biocêntrico ao admitir os direitos da natureza (Pachamama) e os direitos ao desenvolvimento do “buen vivir” (Sumak Kawsay). Questão de repercussão e de controvérsias, o texto constitucional equatoriano rompe com a tradição clássica ocidental que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e fundamentais, introduzindo a natureza como fonte de direitos.

Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à ‘redescoberta’ de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade nesse novo contexto da integração.

O sistema institucional latino-americano, no entanto, permanece marcado por suas características elitistas. A maioria de nossas constituições fundacionais, as que serviram de base para nossas Cartas atuais, são um produto do pacto entre elites liberais e conservadoras que organizaram uma estrutura de poder oligárquica, claramente oposta à intervenção massiva da cidadania na política.

⁴ Ver *Constituição da Bolívia*, Preâmbulo, arts. 1 a 5, art. 30, art. 145 e 178 ss. e *Constituição do Equador*, arts. 1, 56 e 57 principalmente.

O papel das forças progressistas no ambiente latino americano nos processos de reforma constitucional não tem demonstrado até o presente momento ser muito relevante, devido em grande parte à escassa formação de seus membros, aliado à sua falta de conhecimento de alternativas de instituições atrativas, ou mesmo por sua falta de convicções genuinamente igualitárias.

Os grupos mais progressistas apresentam dificuldades para articular um discurso de mudança atrativo expressado em propostas de reconstrução constitucional consistentes com ideais mais igualitários.

O resultado dos acordos entre liberais e conservadores ao longo destes anos implicou a adoção de um esquema constitucional que combina características valoradas por ambos os grupos. A maioria dos países adotou um sistema híbrido, um sistema do tipo liberal organizado a partir da ideia norte-americana de freios e contrapesos mas desbalanceado em virtude de uma autoridade executiva mais poderosa, demandada por setores mais conservadores.⁵

De outro lado, características estruturais do tipo de presidencialismo cesarista implantado por essas elites em solo latino-americano parecem ter contribuído em muito para solapar a democracia. De fato, a instabilidade constante dessa forma de governo entre nós deve-se, dentre outros fatores, a uma legitimidade ambígua dividida entre Executivo e Legislativo, a fixidez do mandato presidencial e as chefias de Estado e de governo nas mãos de uma só pessoa (LINZ, 1990, p. 55-56 e 62-63).

Este quadro leva ao que Barros e Gomes Neto denominam de hiperpresidencialismo no marco de uma tradição populista (BARROS; GOMES NETO, 2015).

O populismo, regime político marcadamente autoritário e que encontra seu epítome no fascismo italiano, apresentou-se neste subcontinente pela mão de seus dois exemplos mais conspícuos, as presidências de Juan Domingo Perón na Argentina e Getúlio Vargas no Brasil. As características mais salientes desse regime tem sido: a) o apelo ao povo, por cima dos partidos tradicionais, para implementação de reformas contrárias aos interesses do legislativo; b) o personalismo do chefe de Estado, liderança carismática; c) a criação de uma simbologia própria para representar a nação; d) ênfase em símbolos nacionais para forjar solidariedade social; e) a criação do mito de inimigos externos e internos, com o fim de unificar a sociedade solapando as divisões de classe; f) a mobilização social permanente, etc.

⁵ Se observa nos últimos anos o encaminhamento de reformas promovidas basicamente por líderes com interesse de curto prazo e preocupados por assegurar sua reeleição (ou segunda reeleição) com frequência proibida ou restringida constitucionalmente. As forças progressistas têm dificuldade muitas vezes de apresentar um programa de reformas medianamente completo e consistente para confrontar as desmedidas ambições de alguns governantes.

Apesar desse status quo, as reformas dos últimos anos trouxeram importantes oportunidades democráticas, embora conservando alguns traços autoritários; com todos os seus defeitos o constitucionalismo latino-americano recente representa um esforço nada desprezível de criatividade democrática.

Esses esforços estão cheios de tensão em seus próprios conteúdos e promessas não cumpridas por sua falta de eficácia. Apesar da presença de importantes intelectuais como o Boliviano Alvaro García Linera, observa-se um divórcio importante entre o desenvolvimento de um pensamento constitucional progressista na região e os debates constituintes. Não se observa uma teoria que permita acompanhar esses esforços de reforma constitucional e de implementação das promessas contidas nas constituições.

Configura-se assim a imperiosa necessidade de se desenvolver ainda mais no continente uma massa crítica comprometida com o aprofundamento democrático na região, que em diálogo com experiências e tradições de outras regiões do mundo acompanhe criticamente os processos constitucionais latino-americanos em curso a fim de reduzir suas tendências autocráticas e fortalecer as potencialidades democráticas desses esforços de experimentação institucional.

A expressão crítica da parte dos juristas na América Latina é necessária e o seu desenvolvimento é hoje uma realidade crescente que anuncia a permanência de um olhar distinto sobre o direito. Nesse contexto consolidam-se diversas propostas teóricas cuja elaboração e aperfeiçoamento apoiam-se em um exercício de discussão plural.

Como pano de fundo, diversas propostas epistemológicas cuja linha de pensamento convergente marca-se pela denúncia enfática do papel do direito e da ideologia jurídica na reprodução das desigualdades sociais.

Somente a partir da metade dos anos oitenta iniciaram-se processos de democratização na América Latina. Tais processos foram marcados pelo rompimento com o velho paradigma. Emergem, portanto, como resposta a uma demanda de movimentos cívicos aliados a propostas políticas adotadas pelos povos em cenários marcados por fortes conflitos sociais e políticos (DALMAU, 2008).

O paradigma do Estado nacional — ora denominado de velho paradigma, implicava a supressão das múltiplas identidades integrantes do território nacional em prol de um único modo de vivência trazido da civilização europeia. O velho paradigma conferiu uma nova feição ao status colonial e o expandiu para os campos político, social, econômico e cultural. Toda a diversidade foi sacrificada ao altar do Estado Nacional mediante rituais de marginalização e destruição de modos de vida não constituintes do conceito eurocêntrico de identidade.

Cabe destacar que o conceito de América Latina, bem como o de identidade latino-americana, são temas que por diversas décadas foram pautas de amplos debates e interpretações divergentes, concebidas de um lado, por uma literatura dominante — de origem colonizadora —, que interpretava a região negativamente e, de outro pela teoria regionalista, composta predominantemente por intelectuais deste subcontinente.⁶

Tal postura, aliada ao não reconhecimento da identidade da região pelas nações colonizadoras, era visto como um problema por parte de intelectuais nacionalistas. Este paradigma, entretanto, perdurou por várias décadas do século XIX, havendo autores que afirmam que ainda persiste na atualidade em países colonialistas; porém, assumindo proporções mais singelas em relação aos posicionamentos mais enfáticos da época. (ARAUJO, 2006)

A legitimação da Identidade de um povo, de uma nação representa entre outros significados o reconhecimento de sua cultura, modo de vida, língua, costumes entre outras especificidades inerentes ao seu grupo social. A composição da identidade latino americana também pressupõe estas prerrogativas. (BRUITI, 2005)

Entretanto, a identidade latina evoca entendimentos interessantes a partir da discussão polarizada entre a literatura de ênfase colonialista e a de perfil regionalista, que em si, buscam definir ou rotular a América Latina a sua forma de observação. Isto em função da região em questão ser composta por diversos países com particularidades e também aspectos semelhantes no que tange ao seu processo histórico político e social.

Neste contexto, a formação de uma identidade pode também se relacionar a vários fatores distintos e apresentar elementos de análise, que segundo Castells se estabelece a partir de uma identidade legitimadora ou de resistência sob a perspectiva de sociedade civil. Contudo, o autor observa que: “A construção de identidades vale-se de matéria-prima fornecida pela história, geografia, biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso” (CASTELLS, 1996).

A ausência de uma consciência latino-americana também foi para Dussel, um dos empecilhos para o progresso dos países da região. Neste contexto, enfatiza que é necessário descobrir o lugar que cabe América Latina na sua história e além disso, buscar a projeção da região como unidade devendo-se

⁶ No que se refere a origem conceitual do termo, o mesmo é tema controverso na literatura, de modo que não há apenas uma única interpretação, mas sim, diversas. Contudo, ressalta-se, num primeiro momento, que grande parte da literatura histórica estrangeira contemplava a região a partir de visão negativa e até mesmo discriminatória em relação ao seu povo, sua cultura ou aspectos geográficos. (SOUSA, 2011)

assumir a totalidade do nosso passado e penetrar na civilização universal como “nós mesmos”. (DUSSEL, 1965)

Deste modo, aceitar as diferenças e problemas comuns da região reconhecendo suas potencialidades e sua identidade na história mundial auxilia o despertar do homem latino para sua riqueza enquanto, povo, cultura e língua. E reforça seu sentido de unidade e seu reconhecimento enquanto nação.⁷

O Paradigma do Estado Plurinacional vem se distinguindo na América Latina tanto no campo teórico como no bojo das reformas políticas e constitucionais, mas o momento presente está marcado pelas crises que acompanham os processos de transição. A tensão entre as energias regulatórias e emancipatórias é ainda oscilante e os riscos ainda são desconhecidos.

Conforme aponta José Luis de Magalhães (2009),

[...] a grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O autor ainda salienta que o Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Mas é importante também observar que a emergência de um paradigma não instaura imediata transformação fática. Exige grande disposição política, cultural e intelectual para se enraizar e deixar de ser mero paradigma perfazendo-se realidade política. A transição paradigmática é meio passado e meio futuro, tornando o presente um espaço de conflito entre forças que não querem despojar-se do poder e as novas conquistas que ainda não conhecem o campo que passam a desbravar.

⁷ Na América Latina os Estados nacionais se formam a partir das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Uma característica comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população, onde não interessava para as elites econômicas e militares, que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer idéia de nacionalidade. O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais. (MAGALHÃES, 2009).

Nesse sentido, o novo constitucionalismo latino americano, chamado à integração pelos novos atores das relações internacionais e pelos novos sujeitos de direito internacional, é ainda experimental não estando ainda consolidado.

A sociedade civil nacional como espaço de cidadania — uma das preocupações centrais, por exemplo, no neoconstitucionalismo tem sido o aprofundamento da democracia e o fortalecimento a sociedade civil e a deliberação cidadã como antídotos contra o autoritarismo e o clientelismo dos sistemas políticos latino americanos. O ponto de referência desses esforços tem sido a sociedade civil nacional, entendida como uma comunidade política relativamente bem delimitada de cidadãos titulares de direitos que participam e deliberam sobre assuntos públicos.

A equivalência entre Estado e Nação — a identidade westfaliana entre Estado e nação tem sido particularmente persistente no pensamento e na prática jurídica da região. Apesar de avanços importantes em alguns ordenamentos jurídicos (como o boliviano) e algumas linhas jurisprudenciais (como as da corte constitucional colombiana), o domínio da equação Estado-nação é evidente na atenção relativamente escassa que deu o neoconstitucionalismo a certos temas que o põem em prova como os direitos diferenciais dos grupos étnicos do território e a participação.⁸

A premissa de uma unidade entre Estado, território, autoridade política e sistema jurídico se verifica contra a evidencia proveniente de múltiplos âmbitos jurídicos desde o direito constitucional até o do trabalho e o penal. Os Estados compartilham hoje a função regulatória com uma ampla gama de instituições internacionais (OMC, Corte Penal Internacional) e entidades privadas e ONGs em sistemas de monitoramento e códigos de conduta empresariais em matéria trabalhista e ambiental. O direito pós-westfaliano administra a globalização.

Para realizar a pesquisa jurídica necessitamos ter uma gama mas ampla de objetos de estudo que ocupa o pensamento jurídico latino americano. Implica em prestar mais atenção nas formas de direito brando transnacionalizado (ex. Códigos de conduta, padrão operativo do Banco Mundial sobre direito ambiental, intercambio de linhas jurisprudências entre tribunais nacionais)

⁸ O Estado, na América Latina, abrange, por conseguinte, uma estrutura de múltiplos aspectos e que, por sua complexidade, torna-se difícil fixar um único paradigma, o que tem levado a diversas interpretações de um fenômeno estudado classicamente como *Estado Oligárquico* (Torcuato Di Tella, Gino Germani, Octavio Ianni, Francisco Weffort), *Estado de Capitalismo Dependente* (Fernando H. Cardoso, Enzo Faletto, Anibal Quijano etc.), *Estado do Subdesenvolvimento Capitalista* (Theotônio dos Santos, Rui M. Marini, André Gunder Frank etc.), *Estado Pretoriano ou Militar* (Samuel Huntington, Alain Rousquié), *Estado Patrimonialista ou Burocrático-estamental* (Raymundo Faoro, Simon Schwartzman), *Estado Autoritário-Burocrático* (Guillermo O'Donnell, David Collier etc.), *Estado Corporativo* (Alfred Stepan, Howard J. Wiarda, Philippe C. Schmitter), Estado Plurinacional (Alberto Acosta, Alvaro Garcia Linera, Catherine Walsh), etc.

são determinantes para a regulação das relações sociais e econômicas da região.

A tipologia pretende mapear os espaços de incidência transnacional que resultam relevantes para aquelas correntes jurídicas que, como o neoconstitucionalismo, buscam incidir nas práticas institucionais para promover a vigência da democracia, os direitos, e a equidade social.

As formas jurídicas que, apesar de provirem de fontes transnacionais, operam como parte do direito nacional (ex. os padrões internacionais de direitos humanos ou a linhas jurisprudenciais incorporadas pela legislação ou pelos tribunais nacionais) tem recebido uma atenção consideravelmente maior do que as funcionam em escala nacional. Boa parte das contribuições de pesquisa jurídica sobre globalização, ao menos dentro do campo do neoconstitucional se deve a trabalhos notáveis sobre a incorporação de padrões internacionais ao direito nacional (GARAVITO, 2011, p.79).

A América Latina vem sofrendo um processo de transformação social democrática importante. Da Argentina ao México os movimentos sociais vêm se mobilizando e conquistando importantes vitórias eleitorais. Direitos historicamente negados às populações indígenas e a outros grupos sociais agora são reconhecidos. Em meio a estes variados processos de transformação social, percebemos que cada país, diante de suas peculiaridades históricas, vem trilhando caminhos diferentes, mas nenhum abandonou o caminho institucional da democracia representativa, somando a está uma forte democracia dialógica participativa. (MAGALHÃES, 2009)

Uma das principais características do constitucionalismo latino-americano contemporâneo é o reconhecimento jurídico e na tutela da diversidade e do pluralismo que caracteriza essas sociedades multifacetadas, mestiças e multiétnicas, que em muitos casos constituem efetivamente exemplos de Estados plurinacionais. Essa nova característica pluralista do Estado se manifesta em determinados países na previsão de um regime especial que protege os direitos das culturas ancestrais e aplica os postulados fundamentais dos direitos dos povos indígenas. Em outros países, o pluralismo das origens serve como princípio para reforçar a democracia contemporânea e, portanto, a herança cultural, nos seus aspectos materiais e intangíveis, é protegida expressamente pelo texto constitucional, tanto em relação aos povos indígenas quanto aos afrodescendentes e às diferentes raízes europeias da colonização (MELO, 2010).

O pluralismo previsto nos textos constitucionais latino-americanos envolve, portanto, novos significados se comparados ao pluralismo proclamado no constitucionalismo europeu, que é predominantemente considerado como

pluralismo de ideias e posições políticas, protegido em prol da democracia representativa, da qual se encontra excluída a maioria dos estrangeiros que vivem nos países da União Europeia e que, no entanto, representam parte significativa da população e da cadeia de produção — uma população marginalizada e que se alarga exponencialmente à medida que crescem os conflitos sociopolíticos, econômicos e ecológicos que induzem os fluxos migratórios na trilha dos processos de globalização.

A reconstrução de um novo modelo de Estado na América Latina implicará a necessidade de se reordenar, criticamente, um novo conceito de Estado (sob o viés da plurinacionalidade), adequado às particularidades socioeconômicas e político-culturais da região.⁹

Muitos dos Estados da América Latina além de incorporar a montagem patrimonialista e centralizadora do sistema de administração colonial, surgiram sem uma identidade nacional, completamente desvinculado dos objetivos de sua população de origem e da pluralidade cultural existente no corpo de sua sociedade.

Uma análise crítica do *Estado latino-americano* passa pelo resgate da autenticidade e originalidade de sua identidade cultural. Em suma, a presença do Estado na América Latina, não é só necessária como até inevitável, entretanto, não mais como criador e tutor autoritário da Sociedade Civil, mas como articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular, como autêntico mandatário da Sociedade Civil, plenamente organizada e pela participação da cidadania popular. (WOLKMER, 1990)

Destaca Fagundes e Wolkmer (2013),

a característica peculiar para este período é a mudança no paradigma da ordem jurídica, que agora passa a compreender normatividades plurais, baseado nas diferenças e no diálogo intercultural, equidistante das correlações burocráticas de poder e de concentração das decisões nas mãos de uns poucos. Certamente, não é mais uma ordem constitucional liberal do Estado racional moderno, pois projeta outro momento do Estado e do próprio constitucionalismo ocidental. O que se está assistindo presentemente

⁹ Boaventura de Sousa Santos ensina que o conceito de plurinacionalidade, do qual derivam a interculturalidade e pós-colonialidade, está presente em vários países, como Canadá, Suíça e Bélgica. O autor português destaca a existência de dois conceitos de nação: o primeiro, liberal, em que há identificação entre nação e Estado, unificando-se os conceitos — uma nação, um Estado; o segundo conceito, desenvolvido pelos índios, está ligado à autodeterminação. afirma que o conceito de plurinacionalidade obriga a refundação do Estado moderno, pois o Estado plurinacional deve congrega diferentes conceitos de nação dentro do mesmo Estado. O Estado plurinacional condensa as principais propostas do novo constitucionalismo, sendo uma resposta à ideia uniformizadora instituída pelo Estado nacional, em que o Estado e a Constituição são a representação de uma única nação, um único direito, sem diversidade de interesses, cultura e sem levar em conta a pluralidade existente na composição do povo. (SOUSA, 2007, p. 17-18)

no continente latino-americano não é ao fim de um modelo histórico político-jurídico, mas aos primeiros indícios de um novo período institucional, ainda em fase de transição paradigmática.

Entre 1987 e 2001, a maior parte dos países latino-americanos empreendeu o caminho do que Van Cott denominou de “constitucionalismo multicultural” Praticamente todos os textos constitucionais hoje vigentes incorporaram referências ao caráter multicultural ou multiétnico da “sociedade nacional”, e reconhecimentos mais ou menos amplos de direitos especiais para os integrantes dos povos indígenas. Pois bem, o reconhecimento da pluralidade não se coadunou com uma reforma da organização institucional e dos modos também pluralistas de produção jurídica, que ficaram longe de serem definitivamente superados da dissociação entre realidade formal (Estado nacional com base numa sociedade homogênea) e factual (base multicultural e existência de um pluralismo jurídico de fato) (WILHELM, 2009).

A constituição material expressa o Poder Constituinte (força singular, absoluta e ilimitada) “que dá racionalidade e forma ao Direito”. Certamente, o Poder Constituinte que tem no povo seu titular é o “sujeito de fundação da constituição material” (NEGRI, 2002).

A constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes. Para Ferdinand Lassalle, refere-se “à soma dos fatores reais de poder que regem um país”. (LASSALLE, 1985, p. 30). Por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo. (LASSALLE, 1985)

O Pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito. O Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Daí a aproximação e integração entre constituição e Pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito. De uma constituição que consagre e reafirme o Pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado Pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural. (WOLKMER, 2010)

Contrariando o senso comum que tende a ver a região latino-americana como um todo homogêneo existe considerável variação entre os países latino americanos no que diz respeito a estabilidade política. Ademais a associação entre estabilidade e fatores socioeconômicos é praticamente inexistente, sobressaindo o peso das variáveis políticas e o significativo achado de que regimes estáveis tendem a ter governos mais inclusivos, em oposição aos menos estáveis e menos inclusivos.

Em contextos de desigualdades e carências crônicas, a democracia só se consolida se é capaz de gerar ganhos sociais substantivos. Este é um dos principais desafios para os governos progressistas na região. A institucionalização da democracia não é resultado assegurado, depende de uma combinação virtuosa de instituições, memória e condições estruturais. Mais inclusão e mais participação política são condições necessárias a institucionalização da democracia.

É preciso fazer um exame minucioso da institucionalização da democracia, isto é, dos meios pelos quais o regime democrático se estabiliza, ganha adesão dos atores e densidade organizacional e procedimental gerando um dos mais importantes momentos de mudança política na região. Embora a democracia seja hegemônica na América Latina as crises institucionais continuam frequentes em muitos países.

A rotina de eleições e mudanças constitucionais de governo representa um significativo avanço da democracia na América Latina, mas sua convivência com as crises tornou o quadro político regional mais complexo do que muitos teóricos imaginavam.

A consolidação democrática e a implementação de políticas de combate à desigualdade econômica e social são pontos importantes na agenda política desses países, que têm mobilizado diferentes visões entre os setores das elites políticas, econômicas e culturais. Assim, conhecer as opiniões e atitudes dos diferentes grupos da sociedade é um passo crucial para avaliar os consensos que permitem a mobilização da vontade política para o enfrentamento desses problemas (VILLA; HOLZACKER, 2009).

Nesse sentido, os baixos índices educacionais e o alto grau de pobreza e desigualdade social são reconhecidos como os fatores que mais afetam negativamente os processos democráticos na América Latina. Mas também gera uma consequência política: os altos índices de pobreza tornam os eleitores vulneráveis aos discursos populistas.

A consolidação democrática, na visão das elites, está diretamente ligado à agenda política, como a corrupção, o clientelismo político e a incompetência dos governantes. No entanto, a ausência de tradição partidária não é vista como fator de alto impacto nos processos democráticos na região, o que revela o desgaste que os partidos tradicionais têm tido na América Latina.

Os setores empresariais tendem a apoiar o modelo representativo e formal de democracia no qual a realização de eleições periódicas e a alternância no poder são elementos essenciais, enquanto os setores políticos e sindicais apresentam uma percepção mais positiva sobre a participação popular. É importante notar que o maior número de plebiscitos e consultas diretas à população têm como críticas o aumento da fragilidade das instituições políticas e o crescimento do personalismo político, características historicamente presentes na América Latina. Os resultados sugerem, porém, que as elites latino-americanas desconsideram a dicotomia e a exclusão entre os dois modelos. A maior participação popular também pode ser percebida, nesse caso, a partir dos efeitos benéficos gerados no sistema político, ou seja, a maior pressão e o monitoramento das ações da classe política, conseqüentemente consolidando os processos democráticos formais (COUTINHO, 2008).

As crises na região latino-americana no final de século situam-se em um contexto mundial altamente complexo e, que em alguns sentidos, desfavoráveis a democracia. Dificuldades na ordem econômica e internacional, combinadas a pobreza e a desigualdade social, definiram os chamados ambientes críticos dentro dos quais operam as democracias na região durante todo esse período.

Resta nada mais que observar as respostas políticas e jurídicas que os sujeitos ausentes vêm dando às manifestações sociais produzidas por rupturas, apesar do ceticismo político dos setores conservadores, que prosseguem insistindo na matriz de fundamentação eurocêntrica, assentada em respostas elaboradas ou pré-programadas, explícita reação ao momento político de esgotamento. Tem-se presente a necessidade de repensar as formas hegemônicas de Estado (em crise), os modelos políticos tradicionais e as formas jurídicas dominantes; o que traduz a imperiosidade de um momento de catalisar as lógicas histórico-críticas descolonizadoras.

2. CONCLUSÃO

Observa-se que no âmbito de algum dos novos processos constituintes que se materializam na América Latina algumas características comuns no âmbito de um pluralismo com novas experiências de justiça informal e alternativa, principalmente na região andina, se materializam como identidades similares. A ausência de uma consciência de identidade comum latino-americana a partir de determinados valores contribui como um dos empecilhos para que essas mudanças, a partir do que se chama de novo constitucionalismo latino americano, se estabeleça de forma mais abrangente nos países que compõe a região. Neste contexto é necessário descobrir o lugar que cabe a América Latina na sua história e além disso, buscar a projeção da região como unidade devendo-se assumir a totalidade do nosso passado e penetrar na civilização

universal como latino americanos que somos. Uma identidade comum precisa ser reconhecida antes as subjetividades, experiências e ações desenvolvidas pelo Direito na região.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, MARIA. C. **Prospectos da democracia na América Latina em 2006**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.1-13.

BARROS, Ana Tereza Duarte Lima de; GOMES NETO, José Mario Wanderley. Nuevo constitucionalismo latinoamericano: una vía para la legitimación del hiperpresidencialismo en las democracias populistas. In: CONGRESO NACIONAL Y IV CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DEMOCRACIA, 11, 2014, Rosario. Congreso sobre democracia, entre el malestar y la innovación: los nuevos retos para la democracia en América Latina. Rosario: UNR, 2014.

BRUITI, Hector. A Invenção da América Latina. In: ENCONTRO DA ANPHLAC,5, 2005, Belo Horizonte. Anais Eletronicos... Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/anphlac/anais/encontro5/hector5.htm>>. Acesso em: dez 2016.

CASTELLS, Manuel. **O poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. v. 2.

COUTINHO, Marcelo. **Crises Institucionais e mudança política na América do Sul**. Rio de Janeiro: Marcelo Coutinho, 2008.

DALMAU, Rubén Martínez. Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina. **Tempo exterior**, n 17, p. 5-15. jul./dez. 2008.

DUSSEL, Enrique. América ibérica na história universal. **Revista Occidente** n. 25, Madri, p. 85-95, 1965

FAGUNDES, L; WOLKMER, A. Para um Novo Paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. **Revista NEJ**, v. 18, n.2, p.329-342, maio/ago. 2013. Disponível em <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 4 jan. 2016.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana**: de la sujeción a la descolonización. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-muticulturalismo-material-remeti-do-pelosxpositores>>. Acesso em: 01 out. 2012.

GARAVITO, César Rodriguez (Coord.). **El Derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires: Ed. Siglo Veintiuno, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** 2. ed. Porto Alegre: Kairós, 1985.

LINZ, J. The perils of democracy. **Journal of Democracy**, v. 1, n. 1, p. 51-69, 1990.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional Na América Latina**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=50&ver=257>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

MELO, Milena. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. **Revista anistia política e justiça de transição**, n.4, p. 140-154, 2010.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: Dp&A, 2002.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agencia e estado**: teoria com intenção comparativa. Sao Paulo: Paz e Terra, 2011.

OLMEDA, José. **Democracias fragiles**: las relaciones civiles militares en el mundo Iberoamericano. Valencia: Tiront lo Blanch, 2005.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A.; LEJARZA, Jacqueline. **Constituciones latinoamericanas**. Caracas: Academia de Ciencias políticas y sociales, 1997.

SOUSA, Ailton. América Latina, conceito e identidade: algumas reflexões da história. **PRACS: Revista de Humanidades do Curso de Ciencias Sociais da UNIFAP**, v. 4, n.4, p.29-39, 2011.

SOUSA, Boaventura de. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID, 2007.

VILLA, D. ; HOLZACKER, D. As visões das elites sul-americanas e mexicanas a respeito da democracia e da desigualdade social e econômica. **Análise de Conjuntura**, n.12, dez. 2009.

WILHELMÍ, Marco Aparicio. **Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008 em Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina**, Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20090918_01.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2016.

WOLKMER, Antonio C. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, 10,

2010. **Anais...**, 2010 Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> Acesso em: 15 dez 2015.

_____. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

*** Recebido em 11 mar. 2015.**



A LEGITIMAÇÃO AUTORITÁRIA DAS PRÁTICAS POLÍTICAS BRASILEIRAS PELO POSITIVISMO GAÚCHO DURANTE A PRIMEIRA REPÚBLICA

*Juliana Cristine Diniz Campos**
*Desirée Cavalcante Ferreira***

Resumo

Por meio da análise de elementos centrais do positivismo social de Auguste Comte, busca-se discorrer sobre a forma como essa teoria foi absorvida pelos agentes políticos gaúchos, durante a primeira República, e como legitimava as práticas estatais naquele contexto. O trabalho é proposto como uma contribuição para uma pesquisa mais ampla acerca do autoritarismo na formação do pensamento político brasileiro, situando-se como de fundamental importância para a compreensão de elementos históricos que, direta ou indiretamente, continuam a influenciar o ideário político nacional.

Palavras-chave

Positivismo. Autoritarismo. República. Pensamento Político Brasileiro.

THE AUTHORITARIAN LEGITIMATION OF BRAZILIAN POLITICAL PRACTICES BY GAUCHO POSITIVISM DURING THE FIRST REPUBLIC

Abstract

This paper analysis key elements of Auguste Comte's social positivism in order to discuss how this theory was accepted by the gauchó politicians during the First Republic, and how it would legitimate the public practices in that context. The work is proposed as a contribution to a broader research on authoritarianism in the formation of Brazilian political thought, which is fundamental to understand the historical elements that, directly or indirectly, keep influencing the national political ideology.

Keywords

Positivism. Authoritarianism. Republic. Brazilian Political Thought.

* Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFC. Doutora em Direito do Estado pela USP.

** Mestranda em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

1. INTRODUÇÃO

A busca da compreensão dos elementos que integram o desenvolvimento de um pensamento político se relaciona diretamente com a análise das instituições jurídicas por meio das quais eles se revelam. Considerar as tensões e as questões próprias de dada realidade é essencial para reflexões acerca das estruturas de poder vigentes. Com base nisso, por meio da pesquisa essencialmente bibliográfica e buscando estabelecer pressupostos teóricos necessários para a delimitação dos conceitos trabalhados, busca-se refletir acerca do modo como o pensamento positivista foi expressa no contexto da Primeira República no Brasil.

Essa corrente teve grande influência na formação do pensamento político brasileiro, razão pela qual a análise de sua incorporação pelos pensadores e agentes estatais é essencial para se compreender, de forma mais ampla, os elementos que compõem a teia político-ideológica nacional.

Destaque-se que o trabalho historiográfico que se pretende utilizar visa à reconstrução dos discursos produzidos acerca do tema, evitando-se, porém, incorrer em anacronismos ou sincretismos e destacando-se a necessidade de se conhecer os conceitos utilizados conforme a sua expressão pelos autores. Levando-se em consideração que tanto os conceitos jurídicos quanto os políticos são essencialmente históricos, o trabalho se concentra na forma como são interpretadas as ações dos agentes políticos em um período determinado — a Primeira República —, não se propondo, porém, a avaliar a forma como ele se propagou nos períodos subsequentes da história brasileira.

Com base nisso, o artigo busca analisar a recepção do positivismo social no Brasil, a partir do estado onde sua expressão foi mais marcante — o Rio Grande do Sul — a fim de identificar as formas pelas quais essa corrente se propagou pelo País no início do período republicano.

Para tanto, buscar-se-á, num primeiro momento, apresentar algumas ideias gerais acerca do positivismo articulado por Auguste Comte, adiantando-se que o trabalho não visa um aprofundamento no pensamento comtiano ou nas discontinuidades e modificações presentes em suas obras, mas apresentar ideias centrais que foram incorporadas pelos positivistas brasileiros.

Na segunda parte, pretende-se analisar a forma como essas ideias foram absorvidas por intelectuais e políticos de carreira no Rio Grande do Sul, chegando a estabelecer um movimento de contornos próprios autodenominado de positivismo gaúcho.

Ao final, pretende-se demonstrar a forma como a observância do positivismo era apresentada como justificação das práticas estatais da República em formação no Brasil, a partir da influência rio-grandense.

2. O POSITIVISMO SOCIAL DE AUGUSTE COMTE

A formação da corrente de pensamento social conhecida como positivismo é atribuída a Auguste Comte, considerado o primeiro a sistematizar de forma mais completa, e seguindo um método científico, os elementos empíricos característicos das organizações humanas.

A formação da filosofia positivista ocorreu no contexto de mudança de paradigma iniciada, especialmente, após as Revoluções Francesa e Industrial, quando a evolução tecnológica em ascensão acarretou uma crença compartilhada de que o ser humano teria condições de dominar a natureza e adaptá-la às suas necessidades, passando-se a valorizar, sobremaneira, o conhecimento científico. Elevada à fonte primordial de saber, o elogio da ciência enfatizou a primazia do método empírico sobre elucubrações estritamente teóricas ou metafísicas. (Sêga, 2004, p. 01)

Lenzer (2009, p. XLI) destaca que, na primeira metade do século XIX, a Europa sofreu “a mais profunda transformação em quase todos os modos de atividade humana — religiosa, intelectual, política, social e econômica”, pois a Revolução Francesa representou uma mudança radical de paradigma ao apontar que o rei era nada mais do que um homem comum; a Revolução Industrial, por sua vez, mudou as relações econômicas e a aceitação da ideia de parcela da população como meros produtores, e não usufrutuários, da riqueza. (tradução nossa)¹

A partir disso, o pensamento comtiano foi estabelecido com base na premissa de que seria possível e necessário planejar o desenvolvimento da sociedade por critérios científicos semelhantes aos aplicados às ciências naturais, de modo a sistematizar a vida humana a serviço da ordem e do progresso.

Lenzer (2009, p. XLVIII) destaca como uma premissa fundamental no pensamento de Comte a relação entre “desordem intelectual” e “desordem social”, uma vez que, para o francês, o mundo é governado — ou levado ao caos — por ideias. De tal modo, o plano de reorganização social, no pensamento comtiano, passava pelo controle de ideias e pela observância do método positivista.

Para Comte (2009, p. 110), as características que sintetizam o Positivismo seriam a ordem e o progresso. A primeira seria a condição necessária do se-

¹ *The first half of the nineteenth century in Europe saw the most profound transformations in almost all modes of human activity — religious, intellectual, political, social, and economic. The French Revolution had, in the words of Burke, torn off the decent drapery of life and demonstrated that a king was but a man; the Industrial Revolution was, by its success, threatening to dramatize the refusal of one large portion of mankind to remain much longer as merely the “hands” that produced the wealth and progress for the rest. (Lenzer, 2009, p. XLI)*

gundo e esse, por sua vez, seria sempre o objeto daquela, ou, em outros termos, “o progresso pode ser visto simplesmente como o desenvolvimento da ordem” (Comte, 2009, p. 112). Nesse contexto, foi desenvolvida a ideia segundo a qual todo o conhecimento do mundo físico decorreria de fenômenos reais (positivos), e não de abstrações, razão pela qual os únicos objetos da investigação humana deveriam ser encontrados na experiência prática.

Diferenciavam-se os estágios do desenvolvimento do pensamento humano em três: teológico — quando se compreenderia os fenômenos da natureza a partir de um caráter divino; metafísico — quando a compreensão se pautaria em explicações abstratas, pautadas em princípios suprassensíveis —; e positivista — quando se renunciava à busca das causas ou essências das coisas e se buscava organizar as relações existentes entre os fenômenos. Assim, os dois primeiros seriam caracterizados pela predominância da imaginação sobre a observação de coisas naturais para planejar as formas de organização social.

No estado teológico, o espírito humano dirige, essencialmente, as suas pesquisas à natureza íntima dos seres, às causas primeiras e finais de todos os efeitos que o atingem, em uma palavra, à direção do conhecimento absoluto, representam-se os fenômenos como produtos da ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo.

No estado metafísico, que não é no fundo mais do que uma simples modificação geral do primeiro, os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e pensadas como capazes de engendrar, por elas mesmas, todos os fenômenos observados, cuja explicação consistente, portanto, em ser atribuído para cada um a entidade correspondente.

Enfim, no estado positivo, o espírito humano reconhecesse a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia à procura da origem e da destinação do universo, para se prender unicamente à descoberta, pelo uso combinado do raciocínio e da observação, de suas leis efetivas, ou seja, de suas relações invariáveis de sucessão e similitude. A explicação dos fatos é reduzida, então, aos seus termos reais, não é mais do que a ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, os quais os progressos da ciência tendem, cada vez mais, a diminuir o número. (Comte, 1852, p. 15) (tradução nossa)²

² *Dans l'état théologique, l'esprit humain dirigeant essentiellement ses recherches vers la nature intime des êtres, les causes premières et finales de tous les effets qui le frappent, en un mot, vers les connaissances absolues, se représente les phénomènes comme produits par l'action directe et continue d'agents surnaturels plus ou moins nombreux, dont l'intervention arbitraire explique toutes les anomalies apparentes de l'univers.*

Nesse sentido, os estados teológico e metafísico postulavam formas eternas e perfeitas de organização social, desconsiderando os aspectos específicos ou a historicidade de determinada civilização. Propunham, assim, uma “panaceia universal aplicável a todos os males políticos” (Lenzer, 2001, p. XLIX).

Para o positivismo, porém, a estruturação social não deveria se pautar por modelos imaginativos, mas corresponder às tendências e ao desenvolvimento de cada Estado, pelo que seria necessária a observância científica desses fenômenos, de modo a permitir a formulação teórica de um modelo de estruturação da base social.

A interligação entre a prática e a teoria política é de essencial importância no pensamento comtiano, para o qual o esforço intelectual deve preceder qualquer ação política, de modo a possibilitar a harmonia e o progresso social. O desenvolvimento da civilização, nesse sentido, se confunde com o próprio desenvolvimento da mente humana, decorrente do aumento do controle sobre a natureza.

Ao mesmo tempo, Lenzer (2001, p. L) destaca que o pensador francês defendia que a civilização está sujeita a uma lei natural invariável que determina os estados sucessivos pelos quais o desenvolvimento humano passa e leva à tendência instintiva de aperfeiçoamento humano. Em outros termos, a busca pelo progresso é compreendida como tendência natural ao ser humano, razão pela qual o desenvolvimento dos elementos componentes da civilização (ciências, belas-artes e indústria) teria capacidade de determinação sobre as ações individuais e coletivas, produzindo a força e a organização social.

A ordem política, nesse contexto, deve refletir essa organização, de modo que as forças sociais prevaletentes devem ser detentoras do poder político e constituir as suas ações de acordo com a direção discernível do curso da civilização observada. Percebe-se, portanto, que as reformas sociais — que, para a filosofia positivista, permitiriam o alcance do progresso das sociedades — não guardavam uma relação necessária entre desenvolvimento e democracia. Ao contrário, o que se almejava era a ordenação social, alcançada, em

Dans l'état métaphysique, qui n'est au fond qu'une simple modification générale du premier, les agents surnaturels sont remplacés par des forces abstraites, véritables entités (abstractions personnifiées) inhérentes aux divers êtres du monde, et conçues comme capables d'engendrer par elles-mêmes tous les phénomènes observés, dont l'explication consiste alors à assigner pour chacun l'entité correspondante. Enfin, dans l'état positif, l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude. L'explication des faits, réduite alors à ses termes réels, n'est plus désormais que la liaison établie entre les divers phénomènes particuliers et quelques faits généraux, dont les progrès de la science tendent de plus en plus à diminuer le nombre. (Comte, 1852, p. 15)

grande medida, pela previsibilidade das ações, que é sensivelmente reduzida em um espaço onde há acentuada pluralidade de ideais e participação.

Essa linha de pensamento é um dos aspectos que justificam afirmações acerca do autoritarismo inerente à filosofia positivista, que, a despeito de buscar uma ordem política pautada no bem-estar, somente visualizava essa possibilidade na contenção de forças sociais insurgentes ou que representassem uma tensão à ordem.

No campo ético-político, preconizava um regime de benemerência pelo qual os ricos, ditos chefes industriais, zelassem, via administração pública, pelo bem-estar dos pobres, ditos proletários. Os lemas propostos vinham nesta sequência: o Amor por princípio, a Ordem por base, o Progresso por fim. (Bosi, 2004, p. 19)

O sistema positivo comtiano exercerá influência significativa no pensamento político brasileiro do final do século XIX e começo do século XX, o que foi comprovado, inclusive, pela adesão à religião da humanidade, a qual, seguindo as ideias positivistas, defendia uma reforma social profunda com vistas à fraternidade universal, mas pautada no conhecimento científico. Para tanto, tal qual ocorria com as ciências naturais, necessitar-se-ia conhecer cientificamente aquilo que é característico da sociedade, razão pela qual se defendia o usufruto do poder por sábios, capazes de — com o uso da razão — alcançar a melhor forma de organização social.

Lenzer (2001, p. XIV) aduz como a melhor definição concisa de positivismo a apresentada pelo dicionário de língua inglesa Oxford (*The English Oxford Dictionary*) nos seguintes termos:

1. Um sistema filosófico elaborado por Auguste Comte a partir de 1830, que reconhece apenas fatos positivos e fenômenos observáveis, com as suas relações objetivas e as leis que as determinam, abandonando toda investigação acerca de causas ou origens definitivas, como pertencentes aos estados teológico e metafísico do pensamento, considerado agora como superados; também um sistema religioso fundado sobre essa filosofia, na qual o objeto de adoração é a Humanidade, considerado como um único ser corporativo. (tradução nossa)³

O autor destaca, ainda, a existência de rupturas e descontinuidades no pensamento de Comte ao longo de sua vida, inclusive um aprofundamento do autoritarismo em seu pensamento, que levaria muitos de seus seguidores a

³ “1. A system of philosophy elaborated by Auguste Comte from 1830 onwards, which recognizes only positive facts and observable phenomena, with the objective relations of these and the laws that determine them, abandoning all inquiry into causes or ultimate origins, as belonging to the theological and metaphysical stages of thought, held to be now superseded; also a religious system founded upon this philosophy, in which the object of worship is Humanity considered as a single corporate being”. (Lenzer, 2001, p. XIV)

aderirem à primeira parte de sua obra, mas não ao restante, especialmente à parte referente à criação da religião positivista, que pregava a humanidade, enquanto totalidade, como a única divindade digna de culto de seres racionais.

Atrelado a isso, defendia-se que, no espaço público, dever-se-ia buscar a máxima ordenação dos indivíduos e sua conversão e integração ao regime republicano. Defendia-se, para tanto, a harmonização das classes sociais e a prática da solidariedade (altruísmo), que, para Bosi (2004, p. 18), seria a “versão leiga do amor fraterno cristão”.

O altruísmo (“*vivre pour autrui*”) seria uma oposição comtiana à lei da selva descrita pelo darwinismo social. A ordem era essencial para o progresso, razão pela qual era defendida uma ação forte do Poder Executivo, considerando que o Parlamento era a representação do dissenso e da incapacidade de adoção de medidas unificadoras.

Essas medidas, ainda que decorrentes de um poder centralizador das forças sociais, não deveriam ser arbitrárias, mas condizentes com as observações científicas da sociedade sobre as quais atuariam, sendo essa a forma de legitimação da ação estatal.

Bosi (1992, p. 282) destaca:

Um dos princípios liberais que Comte julgava particularmente funesto seria o de conceber os processos de produção, circulação e consumo de mercadorias somente em função dos interesses individuais. A absolutização do desejo de lucro, aceso egoisticamente em cada agente da vida social, tende a gerar um estado de anomia ou de violência desenfreada que tão-só uma prudente e enérgica administração pública conseguiria evitar.

Muitos traços do pensamento comtiano foram implantados no Brasil pelos adeptos do positivismo, especialmente os gaúchos, tais como medidas de austeridade financeira; nacionalização dos serviços de setores estratégicos; e mediação estatal das relações de trabalho. Não se ignora, porém, que, mesmo com a notoriedade da influência de Comte, seu sistema não representa a única forma de expressão do positivismo, tampouco foi a única vertente que chegou ao Brasil. Entretanto, entende-se que, de fato, o seu pensamento, ainda que com variações, influenciou, fortemente, o pensamento político brasileiro, especialmente por meio do Partido Republicano Rio-Grandense (PRR) e da corrente defendida por Júlio de Castilhos (castilhismo), institucionalizada na Constituição Estadual Rio-Grandense de 1891. (Schmidt, 2001, p. 115)

Bosi (1992, p. 281) afirma que “a doutrina do Partido Republicano Rio-Grandense compunha-se de algumas ideias diretamente inspiradas no credo político de Augusto Comte”, ressaltando, ainda, que isso não se tratava de uma

peculiaridade gaúcha ou brasileira, sendo possível perceber uma influência positivista, por exemplo, na Argentina e no Uruguai.

Além disso, pode ser sentida em diversas formas de expressões artísticas, culturais e, como expressão simbólica mais relevante, na bandeira nacional por meio do lema ordem e progresso.

Sobre isso, Boeira *apud* Schmidt (2001, p. 115) questiona:

Como classificar a publicação do calendário positivista ao lado do calendário gregoriano, nos almanaques do começo do século? Ou a referência ao “busto de Augusto Comte” no folclore e ao ‘tal de positivismo’ nos poemas regionalistas? O que dizer da “Farmácia da Humanidade” e da “Lavanderia Ordem e Progresso”? E das referências ao positivismo nos versos de poetas diletantes do interior e nas charges humorísticas? E do intendente inculto do interior que, falando da instrução em seu município, refere-se também à “idéia fixa do progresso” que permitirá a todos serem lutadores “no campo de honra em prol da Humanidade”?

Partindo disso, passa-se a analisar como a influência desse pensamento chegou ao Brasil e foi transplantada para os centros do poder, a partir da experiência do positivismo gaúcho.

3. O DESENVOLVIMENTO DO POSITIVISMO GAÚCHO

O desenvolvimento político do Rio Grande do Sul, durante a Primeira República, se deu de maneira peculiar se comparado a outros estados do País, especialmente aos dois politicamente hegemônicos, Minas Gerais e São Paulo.

Fonseca (1999, p. 114), ao analisar os elementos regionais que possibilitaram a tomada do poder em 1930, comandada, sobretudo, por membros da representação gaúcha, discorre sobre a aparente incompatibilidade entre o governo que conduziu, após o golpe, um processo de industrialização e diversificação agrícola na política nacional e um aparelhamento estatal muito superior ao admitido pelo liberalismo clássico, e a imagem das elites políticas gaúchas tradicionais, vistas como coronelistas, oligárquicas e atrasadas, indissociáveis da agropecuária.

Ocorre que, ao se analisar o processo de divisão política do Rio Grande do Sul desde, pelo menos, o fim do século XIX, especialmente após a Revolta de 1893 entre chimangos (republicanos) e maragatos (federalistas/monarquistas), é possível destacar influências ideológicas diversas do liberalismo — que futuramente seria associado aos maragatos por meio do Partido Libertador — as quais foram determinantes para formar, naquele estado, um modo diverso de organização político-social.

Na realidade, segundo Fonseca (1999, p. 114), Getúlio Vargas, por exemplo, jamais foi liberal, tendo sido profundamente influenciado pelo positivismo social, corrente ideológica pela qual se regia o Partido Republicano Rio-Grandense.

O autor menciona que, para Vargas, o liberalismo era associado à ideologia dos países ricos e dos grandes proprietários de terra, o que era incompatível com a realidade rio-grandense, que — apesar de agrícola — não era marcada por grandes latifúndios. De fato, a conformação da sociedade, no Rio Grande do Sul, e o nascente processo de industrialização possibilitaram a formação de uma classe média urbana que tinha interesses políticos muito diversos dos defendidos pelos grandes cafeicultores paulistas, por exemplo.

O fato é que, desde os primeiros anos de seu governo como Presidente do Rio-Grande do Sul, especificamente em 1929, quando criou um banco estatal com o objetivo de financiar a produção agrícola e apoiar a iniciativa privada, Vargas já apontava traços da política desenvolvimentista que iria marcar o seu período no governo federal.

Para Fonseca (1999, p. 115), essa foi uma demonstração da influência da filosofia positivista sobre o pensamento de Vargas, na medida em que ratificava a crença de que o “*laissez-faire, laissez passer*”, próprio do liberalismo, não passava de uma metafísica ultrapassada, de modo que caberia ao Estado atuar diretamente na sociedade para garantir o seu progresso, a partir da direção de cientistas e especialistas.

Essa adesão ao positivismo, porém, não foi a única ou a primeira a ser expressa no Rio Grande do Sul. Na realidade, as principais figuras políticas do estado, durante praticamente todo o período da primeira República — Júlio de Castilhos, Borges de Medeiros e Pinheiro Machado — já eram adeptos declarados do positivismo social, que foi herdado pela geração de Vargas.

Ressalte-se, porém, que as formas de atuação de primeira geração do positivismo gaúcho e daquela que ficou conhecida como a “geração de 1907” (Getúlio Vargas, João Neves de Fontoura, Flores da Cunha, Osvaldo Aranha e Lindolfo Collor) foram diferentes, pois as preocupações centrais eram distintas.

Como explica Fonseca (1999, p. 116), os primeiros estavam atrelados às questões de consolidação do governo federalista, tendo defendido a ditadura positivista, a diversificação da economia estadual e um orçamento equilibrado, de tal forma que os governos estaduais de Castilhos e Medeiros ficaram conhecidos como isolacionistas, por se concentrarem demais nas questões internas do estado — o que era explicado, em grande medida, pela existência de uma oposição forte —, relegando ao segundo plano a disputa pelo domínio

do governo federal. A geração mais nova, por sua vez, partia da crítica ao isolacionismo e se afastava dos dogmas positivistas em direção à consolidação de políticas desenvolvimentistas, por meio da incorporação de outras correntes de pensamento.

Sobre a relação do positivismo gaúcho com outras bandeiras ideológicas que iriam ter influência na prática institucional brasileira, tais como o trabalhismo e o nacionalismo, Fonseca (1993, p. 411), comentando o trabalho desenvolvido por Miguel Bodea, segundo o qual houve uma verdadeira disposição do governo de Borges de Medeiros, durante greves ocorridas em 1917, a atender as reivindicações dos grevistas e a fazer alianças com o operariado industrial — o que seria associado à filosofia positivista e sua ideia de progresso — discorda dessa análise e chama a atenção para a necessidade de se reconhecer a própria força do movimento.

O autor menciona que o governo gaúcho passava por um momento de duplo enfrentamento — às dissidências do PRR somadas à oposição estadual e às oligarquias exportadoras que detinha o poder federal —, de tal forma que se tornou possível uma “aliança para baixo”, isto é, os setores da classe média urbana se associaram às dissidências e às nascentes forças populares, dando grande expressão ao movimento grevista, que atingiu as principais categorias de trabalhadores e se espalhou pelo estado de forma inédita até então.

O caráter problemático da análise de Bodea revela-se principalmente ao atribuir à ideologia dos governantes — o conselho de Comte de integrar o proletariado à sociedade moderna, tão decantado nos discursos dos líderes chimangos — uma das principais razões do comportamento de Borges de Medeiros ao receber representantes dos trabalhadores em palácio, para ouvir suas reivindicações, sem jamais atribuir isso à própria força e organização dos grevistas e ao próprio vulto que tomou o movimento. (Fonseca, 1993, p. 411).

Reforçando o seu argumento, menciona que a postura do governo gaúcho de abertura ao diálogo com os grevistas não havia sido adotada antes de 1917 e, tampouco, voltou a se repetir, de tal maneira que, a seu ver, é imprecisa a utilização de uma atitude episódica do governo de Borges de Medeiros como a expressão do pensamento positivista ou mesmo trabalhista das elites gaúchas.

Outro exemplo utilizado como expressão do positivismo gaúcho é o da transferência de controle da Viação Férrea do Rio Grande do Sul (VFRGS) ao poder público, em 1920, ocorrido em razão da baixa qualidade do serviço prestado pela, então, concessionária belga *Auxiliaire de Chemins de Fer au Brésil*.

Ocorre que, se a estatização do serviço de transporte atendendo a anseios sociais representava uma concentração de poder e controle tipicamente antiliberal e positivista, pois “o positivismo nunca entendeu que o mercado

poderia, sem interferências mesmo esporádicas, levar a melhor solução para os problemas econômicos” (Fonseca, 1993, p. 412), esse caso específico, para o autor, também representou apenas um fato isolado na postura do governo gaúcho, não sendo, ao contrário do que propagado pela historiografia, o “prenúncio do nacionalismo trabalhista”.

A leitura de Fonseca (1993, p. 413) é de que a decisão de romper com a concessionária não partiu espontaneamente do Governo, não foi ele quem sensibilizou a opinião pública em prol da estatização do serviço de transportes, mas o contrário, os movimentos organizados por produtores e pela população é que pressionaram o Governo a adotar a medida.

Apesar de apresentar críticas a tais exemplos de suposta associação entre o positivismo gaúcho, o trabalhismo e o nacionalismo, o autor não desconsidera o fato de que a filosofia comtiana, pautada na sua ideia de progresso, possibilitou a emergência do desenvolvimentismo. Nesse contexto, retorna-se à ideia central do positivismo segundo a qual a ordem e o progresso não podem ser dissociados.

De fato, “o progresso dentro da ordem” supõe que haja acumulação de capital simultânea à contenção de reivindicações populares, que são tratadas como desordem, ou, em outras palavras, como sintetizado por Fonseca (1993, p. 416), “o positivismo (sem qualquer arroubo panfletário) propõe a acumulação para o capital e o bom comportamento para o trabalho”.

Novamente se destaca o traço autoritário dessa corrente, que se distanciava de ideais reformistas ou de lutas de classes, tanto na sua versão europeia quanto brasileira. Por outro lado, no pensamento comtiano, era extremamente destacada a necessidade de inclusão do operariado na sociedade como forma de contenção dessa força social. Desse modo, o Estado cumpriria um papel de mediador das relações econômicas e de trabalho, o que fora demonstrado pela expansão de direitos trabalhistas e controle estatal dos sindicatos.

Nesse contexto, Bosi (1992, p. 295) interpreta o caso da greve de 1917 de maneira distinta da realizada por Fonseca (1993, p. 411). Se para este a abertura do Governo havia sido um fato isolado, para aquele a postura de Borges de Medeiros foi o prenúncio de uma postura que, futuramente, seria chamada de paternalista, pois o líder republicano apareceu “aos olhos dos sindicatos da capital gaúcha, como seu protetor, não só por ter apoiado eficazmente as suas demandas como também por haver tabelado preços dos gêneros de primeira necessidade”.

Adiante, Fonseca (1993, p. 417) defende que o positivismo gaúcho não conseguiu ser transplantado para o governo federal após a tomada do poder em 1930, tendo havido uma confluência de diversas correntes políticas próprias da aliança que fora formada para o alcance do poder. Nesse sentido, para

o autor: “as novas ideologias emergentes nos anos 30 e no período entre guerras não podem ser confundidas com o positivismo da República Velha, embora ambas autoritárias, antiliberais e defensoras intransigentes da ordem”.

De toda forma, é cediço que as ideais gestadas pelo positivismo gaúcho não devem ter a sua relevância subestimada, pois, ainda que, posteriormente, tenham sido adaptadas e influenciadas por outras correntes, conseguiram transpor os limites do Rio Grande do Sul e alcançar o cenário de discussões políticas nacionais.

4. A LEGITIMAÇÃO POSITIVISTA DO GOVERNO REPUBLICANO

Investigando a medida que os ideais positivistas influenciaram a arqueologia da modernização brasileira por meio de um Estado centralizador, Bosi (1992, p. 275) inicia a sua análise a partir da abolição da escravidão, destacando que Comte a abominava e via o Estado Republicano como o encarregado de aboli-la.

No final do século XIX, no Brasil, já se sentia a influência de correntes do cientificismo, dentre as quais se encontra o positivismo, que defendiam a ciência e a técnica como formas de resolução dos problemas da humanidade. Para parte dos membros da elite política e intelectual nacional, o País necessitava seguir o caminho do progresso e da civilização, considerado nos moldes Europeus, sobretudo após a abolição da escravidão. (Schmidt, 2001, p. 114).

Nesse sentido também se pautava o PRR, tendo Júlio de Castilhos, em 1884, exigido o fim da escravidão como uma das bases do programa republicano. Ao mesmo tempo, a filiação positivista do castilhismo restou revelada, de forma marcante, na concentração do poder central e no controle e promoção das políticas econômicas, ainda que essa centralização não tenha significado a exclusão de uma oposição partidária, o que ficou revelado, inclusive, pelas tentativas de rebelião armada de membros do Partido Federalista em mais de uma ocasião.

Ao contrário dos liberais, os positivistas não viam no voto popular a forma essencial de legitimação da ordem estatal; compreendia-se que a legitimidade do regime se daria por razões de ordem histórica e científica, razão pela qual era defendida a necessidade de buscar o governante mais capacitado, que não necessariamente seria aquele apontado pelo voto popular, ainda que esse não tenha sido suprimido, mas quem fosse capaz de produzir maior progresso e bem-estar social. (Sêga, 2004, p. 04)

Essa forma de pensar foi marcante no governo de Júlio de Castilhos e de seus sucessores, de modo que eles permaneceram no poder estadual por quase 40 anos, a partir da inserção de normas de reeleição sucessiva na Constituição Estadual e da previsão do voto aberto. Inclusive, para Bosi (1992, p.

306), a primeira experiência brasileira de centralização estatal ocorreu a partir da Constituição rio-grandense de 1891, que tinha suporte ideológico no conselho comitiano de continuidade administrativa.

Castilho e Borges seguiam à risca as cláusulas da Constituição gaúcha de 14 de julho de 1891, redigida pelo primeiro: centralização dos poderes na figura do chefe do executivo; reeleições permitidas no caso de o candidato alcançar as três quartas partes dos votos; assembleia legislativa exclusivamente orçamentária e sem percepção de subsídios; indicação do vice pelo presidente eleito". (Bosi, 2004, p.43).

O autor destaca que os positivistas gaúchos buscavam harmonizar as forças sociais postas em movimento pela iniciativa privada, ao modo comitiano de considerar indissociável, teórica e efetivamente, a economia e a sociedade.

Garcia (2009, p. 03) denomina de "poder ditatorial" a prerrogativa constante na Constituição de 14 de julho de que o governador pudesse cancelar eleições e intervir em assuntos partidários, a fim de disciplinar os seus membros, inclusive com o uso da brigada militar para fins políticos.

O intento de se construir uma ideia de unificação do pensamento social era reproduzido pelo PRR sob o ideal de "governar acima dos interesses egoístas de cada classe". (Bosi, 1992, p. 284). Assim, a nova ordem republicana pressupunha a modificação em estruturas essenciais, tais como a separação da Igreja e do Estado, a implantação do casamento e do registro civil e a secularização dos cemitérios.

Além disso, uma das indicações urgentes para nortear as atividades da nova república, proposta pelos positivistas, foi a manutenção da "ditadura republicana em caráter definitivo". (Bosi, 2004, p. 38)

A amplitude máxima do corpo eleitoral permitiria que se confiasse maior delegação de poderes aos escolhidos pelo voto a descoberto, segundo o princípio de "viver às claras". A ditadura republicana, assim auspiciada, e aceita religiosamente pelo Partido Republicano Rio-Grandense, teria como contrapeso democrático a atuação de uma Assembleia de Representantes, também eleita diretamente, à qual caberia o papel exclusivo de discutir, emendar e votar o orçamento proposto pelo Executivo. (Bosi, 1992, p. 283).

Ao relegar ao Legislativo o papel de mero feitor das normas orçamentárias, o positivismo gaúcho demonstrou o desapego pela legitimação popular das decisões governamentais. É correto que foi defendida a ampliação do voto para mulheres, analfabetos e religiosos, a fim de se possibilitar maior participação eleitoral, no entanto, foi mantida, durante toda a Primeira República, a centralização do poder no Executivo, a quem cabia determinar os melhores

rumos para o progresso social e lidar com forças que pudessem representar uma desestabilização, de modo que a justificação autoritária do positivismo gaúcho para as práticas institucionais é identificada de maneira clara.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das ideias do positivismo comtiano aponta a relação dessa corrente filosófica com o cientificismo, na medida em que busca explicações e soluções racionais para os fenômenos reais, observáveis segundo um método rigorosamente científico. Portanto, justificações abstratas ou a busca de razões últimas para os fenômenos físicos são renunciadas em nome da identificação de leis positivas que possibilitem o progresso social.

Intrínseca à compreensão de desenvolvimento enquanto progresso — ou seja, evolução, alcance de uma fase qualitativamente superior —, para o positivismo social, está a ideia de ordem, associada à contenção de forças de desestabilização e à educação para o trabalho, a fim de gerar riquezas.

Nesse contexto, a expressão prática dos ideais positivistas se apresenta com traços fortemente autoritários, na medida em que se associa a ideia de ordem com a de controle das forças sociais. Além disso, o rigor científico e tecnológico pressuposto por essa corrente retira o foco popular das escolhas políticas e o transplanta para centros de decisões formados por indivíduos considerados mais capacitados.

Essas características, dentre outras, foram experimentadas, durante a primeira república, a partir do castilhismo, que deu os contornos interpretativos do que se denomina de positivismo gaúcho.

A ação política positivista, no Rio Grande do Sul, apresentou traços progressistas, inclusive com o desenvolvimento de normas de Direito Social e com a ampliação do acesso à educação, tendo mantido, porém, sua marca autoritária, ao se apresentar como “acima das classes sociais” e, por isso mesmo, capaz de controlar e conciliar todas as relações sociais e econômicas.

Portanto, são identificados na experiência rio-grandense, durante a Primeira República, os elementos conformadores do positivismo comtiano, que justificavam a centralização e a manutenção do poder por décadas em nome da realização do progresso social, a partir da ideia de superioridade espiritual e intelectual dos positivistas.

Por outro lado, convém ressaltar que essa experiência demonstrou capacidade de adaptação e absorção de outras correntes ideológicas, especialmente no contexto da tomada do poder federal em 1930, sob a liderança de Getúlio Vargas, quando ideias de grupos distintos e ideologias diversas, foram, em alguma medida, incorporados ao governo.

REFERÊNCIAS

BOSI, Alfredo. A arqueologia do Estado-providência. In: **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 273-307.

_____. O positivismo no Brasil: uma ideologia de longa duração. In: **Do Positivismo à Desconstrução: ideias francesas na América**. Org. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 17-47.

COMTE, Auguste. **A general view of positivism**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

_____. **Cours de Philosophie Positive**. 2. ed. Paris: Borrani et Droz, 1852.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. A gênese regional da “Revolução de 30”. In: **Revista Estudos Econômicos**. São Paulo, v. 29, n. 1, 1999, p. 113-27.

_____. Positivismo, Trabalhismo, Populismo: a ideologia das elites gaúchas. In: **Ensaio FEE**. Porto Alegre, (14) 2:410-421, 1993.

GARCIA, Suzana Zanet. **Vargas e Borges**: as práticas coronelistas entre o poder local e o regional na República Oligárquica. ANPUH — XXV Simpósio Nacional de História, 2009. Acesso em: 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/pdf/ANPUH.S25.0928.pdf>>

LENZER, Gertrud. **Auguste Comte and positivism: the essential writings**. New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publishers, 2009.

SCHMIDT, Benito Bisso. O Deus do progresso: a difusão do cientificismo no movimento operário gaúcho da I República. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, nº 41, p. 113-126, 2001.

SÊGA, Rafael Augusto. Ordem e Progresso. História viva. In: **Duetto**, 5. ed., mar. 2004. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/ordem_e_progresso_imprimir.html>. Acesso em: 04 nov. 2015.

* Recebido em 06 jun. 2016.



A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE DO DESEMPREGO: POLÍTICA DE AUSTERIDADE COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA

*Luiz Alberto Pereira Ribeiro**
*Francisco Carlos Duarte***

Resumo

A globalização econômica/financeira produz impactos no mundo, tendo por fundamento principal o respaldo no argumento da liberação dos mercados. Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos setenta com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais. Como origem de um movimento econômico/financeiro, a globalização gerou reflexos na sociedade e, por conseguinte, gerando forte impacto no aumento do desemprego, na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas. Para tentar conter o desemprego decorrente, principalmente, da globalização econômica/financeira, surge a política da austeridade imposta na Europa, mais especificamente em relação aos países que adotaram a moeda euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver o problema da crise de desemprego. A finalidade deste trabalho é analisar a globalização e sua relação com o desemprego, bem como a política de austeridade imposta em alguns países do Euro como mecanismo de solução para a crise do desemprego. Para tanto, o presente trabalho se baseou em pesquisas doutrinárias e em dados fornecidos pelo IBGE, EAPN e pela OIT. Por fim, apresentaremos as considerações finais a respeito da pesquisa realizada, respondendo a indagação se a política de austeridade imposta em alguns países do Euro tem contribuído para a diminuição do desemprego.

Palavras-chave:

Desenvolvimento. Globalização. Desemprego. Política de austeridade. Direitos sociais.

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador da Especialização em Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho da PUCPR, Campus Londrina. Professor Universitário. Advogado.

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

GLOBALIZATION AND UNEMPLOYMENT CRISIS: AUSTERITY POLICIES AS A SOLUTION TO THE UNEMPLOYMENT CRISIS IN EUROPE

Abstract

The economic and financial globalization produces impacts worldwide, with the main foundation backed by the liberation of the markets. This is not just a current phenomenon, its peak occurred after the seventies decade, with the financial crisis, initially by Banks and Multinationals. As a source of economic/financial move, globalization has generated reflections on society and, therefore, generating strong impact on increasing unemployment, deregulation and flexible labor rights. To try to contain unemployment, due mainly to the economic/financial globalization, the policies of austerity required in Europe, more specifically in relation to the countries that have adopted the Euro currency as a model to be followed, appears to solve the problem of the crisis unemployment. The purpose of this study is to analyze globalization and its relation to unemployment and the austerity policies imposed on some countries of the Euro zone as a mechanism for solving the unemployment crisis. Thus, this present study was based on doctrinal research and data provided by IBGE, EAPN and ILO. Finally, we present the final considerations about the survey, answering the question whether the austerity policy has contributed to the decline in unemployment or not.

Keywords

Development. Globalization. Unemployment. Austerity policies. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

A globalização econômica, muito mais de natureza financeira, produz impactos no mundo, sendo que antes mesmo de haver tempo para se esmerar no entendimento do seu significado, já se faz necessário lidar com mudanças que possuem como principal respaldo o argumento da liberação dos mercados.

Não se trata de um fenômeno atual, sendo que o seu apogeu se deu após os anos de 70 com a crise financeira, inicialmente pelos Bancos e Multinacionais.

De um movimento econômico/financeiro a globalização gerou reflexos na sociedade e nos direitos trabalhistas, gerando forte impacto no aumento do desemprego e na desregulamentação e na flexibilização dos direitos trabalhistas.

Temos vivenciado, principalmente na Europa, várias políticas públicas de incentivo ao emprego, inclusive em relação aos jovens, haja vista que em muitos países, como por exemplo, Espanha, Portugal, Itália, os índices de desemprego em relação aos jovens tem atingido patamares elevadíssimos.

Além das políticas públicas de incentivo ao emprego, constata-se o surgimento da chamada política da austeridade imposta na Europa, principalmente aos países do euro, como um modelo a ser seguido a fim de resolver, ou pelo menos, tentar minimizar o problema da crise de desemprego.

No entanto, a questão, a saber, é se essa política de austeridade imposta pela Alemanha e pelo parlamento Europeu aos países da Europa que participam do Euro e que estão enfrentando altos índices de desemprego surtirá os efeitos desejados ou poderá agravar, ainda mais, a situação dos referidos países.

Assim, além de discorrermos sobre a globalização e sua relação com o desemprego, principalmente em alguns países europeus, será objeto do presente artigo debater a respeito da política de austeridade como mecanismo de solução para a crise do desemprego.

2. GLOBALIZAÇÃO

Mais do que um tema, cujo significado tomou conta do vocabulário nas mais variadas ciências, a globalização é um caminho sem volta. Constitui-se, simultaneamente, num processo de inclusão e de exclusão, de interiorização e de externalização, que permeia o desenvolvimento dos Estados, das pessoas e da sociedade. Sua interpretação confunde-se, no mais das vezes, com o próprio desenvolvimento. É, nas lições de Bauman¹, “[...] o destino irremediável do mundo”.

Sen e Kliksberg² aduzem que a “nossa civilização global é uma herança do mundo — e não apenas uma coleção de culturas locais discrepantes”.

A globalização econômica diz respeito à criação, nas últimas décadas, de uma nova forma de acumulação e de internacionalização de capital e o seu poder de intervenção nos Estados nacionais.

Demonstrando a preocupação com o fenômeno da globalização Antonio Casimiro Ferreira³ destaca que “o excesso de desregulamentação, a desigualdade na distribuição de riqueza e a dissociação entre a vertente econômica da social representam alguns dos efeitos da globalização”.

Nesse aspecto, a normatividade laboral como resultado da correlação de forças sociais (sentido genérico) e a relação de interioridade e de interdependência existente entre as regulações políticas, jurídicas e sociais no mundo laboral constituem-se a partir da noção de espaço-tempo do direito, resultando na concepção de um espaço de articulação, de interpenetração e de combinação entre os vários elementos que constituem por um lado o eixo dos sistemas

¹ BAUMAN, 1999, p.7.

² SEN e KLIKSBURG, 2010, p.21

³ FERREIRA, 2012, p.27

nacionais de relações e normas laborais, e por outro o eixo de contexto heterogêneo constituído pelas várias dimensões dos processos de globalização⁴.

A globalização se intensificou no pós-guerra com iniciativas de bancos e empresas com alto poder econômico contra a crise financeira que assolou os anos 70. A alternativa escolhida para se livrar do colapso foi ampliar a desregulamentação dos mercados e alterar os modos de produção utilizando-se de novas tecnologias para possibilitar uma forma de produção flexível capaz de atender de forma mais eficiente os anseios do mercado, o que consequentemente, resultou na redução da necessidade de mão de obra humana⁵, ocasionando o aumento da taxa de desemprego no mundo todo, principalmente na Europa.

Em 2005 a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, criada pela OIT, elaborou um relatório muito significativo sobre a dimensão social da globalização, destacando, inicialmente os benefícios da globalização:

Os benefícios que se podem obter são imensos. A crescente possibilidade de interconexão entre as pessoas do mundo todo está favorecendo a constatação de que todos pertencemos a uma mesma comunidade global. Esse novo senso de interdependência, de compromisso com valores universais compartilhados e de solidariedade entre os habitantes de todo o planeta pode ser aproveitado para cimentar uma governança global aberta e democrática que beneficie a todos. A economia de mercado global deu a conhecer uma grande capacidade produtiva. Gerida com acerto, pode dar lugar a progressos substanciais e sem precedentes, criar postos de trabalho mais produtivos e melhores para todos e contribuir de forma importante para a luta contra a pobreza no mundo.⁶

Mas ao mesmo tempo, o relatório conclui que a globalização também tem gerado desigualdades e a ausência de divisão de riquezas:

Mas, temos também consciência do muito que nos resta fazer para que essa possibilidade se torne realidade. O atual processo de globalização está produzindo resultados desiguais entre os países e dentro deles. Está se criando riqueza, mas são muitos os países e pessoas que não participam de seus benefícios e têm pouca ou nenhuma participação no desenrolar do processo. Para uma grande maioria de mulheres e de homens, a globalização não tem sido capaz de satisfazer suas aspirações simples e legítimas de conseguir trabalho decente e um futuro melhor para seus filhos. Muitos deles vivem no limbo da economia informal, sem direitos reconhecidos e em países pobres que subsistem de forma

⁴ FERREIRA, 2002, p.260.

⁵ CORSI, 2003, p.103.

⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p.XI.

precária e à margem da economia global. Até mesmo em países com bons resultados econômicos, há trabalhadores e comunidades que foram prejudicados pela globalização. Enquanto isso, a revolução das comunicações globais acentua a consciência de que essas disparidades existem.⁷

A crise do Estado-nação, que constitui uma das características mais intensas da denominada globalização, induz ao questionamento relacionado aos limites da intervenção estatal frente ao mundo globalizado e, conseqüentemente, sobre a necessidade ou inevitabilidade das modificações do Direito Trabalhista no mundo e no Brasil.

Esse processo abrangente se desenrola, apesar e ainda que não haja, necessariamente, a intervenção direta das pessoas subjugadas aos seus efeitos, alcança, indiscriminadamente, todo o planeta, não obstante seja facilmente identificável a força protagonizante de alguns países, enquanto outros, como sói acontecer desde tempos remotos, aguardam os resultados como espectadores.

Para compreender os efeitos desta mudança paradigmática é necessário conhecer alguns dos elementos que dela derivam, conforme a visão de Bauman.⁸

O primeiro efeito é denominado como proprietário ausente⁹. Seguindo a teoria formulada por DUNLAP^{10 11}, a globalização permitiu a aquisição pelas elites globais de uma independência em contraponto às “unidades territorialmente confinadas de poder político e cultural” gerando, em consequência, uma perda de poder dessas unidades.

Em outras palavras, as unidades territorialmente confinadas perdem o sentimento de pertencimento, que não diz respeito à mera questão proprietária, mas sim ao fato — agora incontestável — de que as decisões são tomadas a partir do interesse de investidores (que não são mais “locais”), em nada importando a agregação à comunidade. As práticas empresariais de outrora tinham o intuito também de originar no meio social uma identificação, despertando a sensação de pertencimento, o que não ocorre com a globalização.

⁷ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p.X/XI.

⁸ BAUMAN, 1999.

⁹ BAUMAN, 1999, p. 16.

¹⁰ Albert J. Dunlap, considerado o racionalizador da empresa moderna, é citado na obra de BAUMAN, à p. 13, em que afirma: “A companhia pertence às pessoas que nela investem — não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa”.

¹¹ *apud* BAUMAN, 1999, p. 13

3. MUDANÇAS DE PARADIGMAS DE PADRÃO EMPRESARIAL

O padrão empresarial atual, antes local e de agregação social, reside em escopos de que a alteração de sede das companhias deve flutuar conforme a prioridade de seus investidores e a viabilidade dos investimentos. A perda do sentimento de pertencimento, que realizava agregação social, dá lugar a uma luta interna por poder, de caráter endêmico¹².

Outro padrão empresarial vencido pela globalização e que diz respeito diretamente ao seu efeito de “proprietário ausente” é a identificação e conhecimento próximo do proprietário do negócio. Empresas que levavam o nome do proprietário todos os empregados conheciam pessoalmente estes proprietários, o que não acontece com as empresas globalizadas.

Nos novos padrões globalizantes das empresas, não é incomum que nenhum empregado tenha visto o “dono do negócio” pessoalmente, isso porque, em muitos casos, a propriedade é dividida por pessoas que sequer conhecem o negócio pessoalmente, realizando, com enorme cautela, seus investimentos de locais distantes da sede, podendo estar a milhares de quilômetros de distância e, ainda assim, terem o voto decisivo nos destinos da companhia.

Bauman destaca que a “[...] liberdade do capital é reminiscência da liberdade que tinham, outrora, os proprietários ausentes, notórios por sua negligência em face das necessidades das populações que os alimentavam”¹³. Nesse modelo, os proprietários — ainda que ausentes — ficavam presos às localidades, seus limites reais eram mais severos, o que gerava ao proprietário ausente a propensão do infortúnio.

Com a globalização, estes proprietários, graças à mobilidade de seus recursos — agora mais líquidos — não enfrentam limites reais o bastante que os obriguem a sediar em uma ou outra localidade. Ao contrário, os únicos limites que conhecem são o da livre movimentação do capital e do dinheiro.

Assim, a globalização tem como consequência o desprendimento do senso comunitário — a sensação de pertencimento — pois os investidores podem se locomover rápida e eficientemente, ao contrário dos locais, que se tornam aprisionados ao cumprimento das penalidades do processo globalizador.

Nesse novo contexto, a mobilidade é um dos maiores objetivos, pois dela decorre a proeminente hierarquia social, onde os padrões econômicos, sociais e políticos deixaram a esfera local e passaram a agir mundialmente, sendo, portanto, indispensável esta liberdade de ajustamento, pois dela deriva a eficácia do capital e dos investidores modernos, o que ocorreu no mundo todo, inclusive no Brasil e nos países da Europa.

¹² BAUMAN, 2013, p. 56-57.

¹³ BAUMAN, 1999, p.17.

Não há mais, por conseguinte, atitudes de pressão ao capital, pois como a empresa perdeu seu vínculo com o local, tornou-se também, resistente à coação dos trabalhadores. Consequentemente, o capital quando pressionado tem a alternativa de procurar lugares mais pacíficos, ou como sugere Bauman¹⁴, “uma opção mais suave”, gerando, consequentemente, o desemprego.

No mesmo sentido, essa mobilidade proprietária se infere da disponibilização informacional. A era pós-moderna trouxe, ao cargo de sua evolução, a derrocada dos padrões de distância, vencendo-os facilmente, permitindo um deslocamento sem a perda informativa necessária para o gerenciamento dos investimentos.

Wilson Ramos Filho, fazendo uma análise dos quinze anos anteriores ao auge da crise de 2008 destaca que raramente as explicações do deslocamento da produção para outros países vinham acompanhadas “da confissão da real motivação: a ampliação da taxa de retorno sobre o capital investido”¹⁵.

Este encurtamento das distâncias e término da geografia é um efeito da velocidade das informações e dos meios de comunicação, assim como um crescente desenvolvimento de novas tecnologias que ao invés de diminuir os espaços das diferenças as homogeneizando, tornou-as polarizadas. Para alguns, ele assegura uma liberdade sem precedentes para se locomover, adaptar e agir à distância, podendo assim se locomover para fora da localidade. Mas para outros, esta distância continua muito abrangente, cabendo-lhes somente o caminho da observação e da constante inépcia para a utilização das informações adquiridas.

Esse efeito, que influencia diretamente na mobilidade do proprietário, é, portanto, a veiculação e o acesso rápido às informações, de qualquer lugar do mundo, pois é possível uma conexão imediata, com transmissão de dados instantânea. A informação atualmente “viaja”, independentemente do movimento dos corpos físicos.

Com a velocidade dos novos acontecimentos, a economia ganha um impulso determinante, que acaba por romper com as últimas barreiras de proteção do Estado, ficando este condicionado ao fator econômico. As empresas perante a falta de localidade acabam impondo pressões aos Estados. Uma empresa pode demitir pessoas nas mais diversas localidades sem ter prejuízos econômicos, deixando para o Estado as futuras consequências que este fato irá gerar. Devido a isso, o Estado sofre um definhamento, existindo uma forte tendência à eliminação do Estado-nação.

¹⁴ BAUMAN, 1999, p.17-18.

¹⁵ RAMOS FILHO, 2012, p.290.

Portanto, a globalização pode ser entendida como um processo de desordem da economia e das relações sociais, influenciando a sociedade de modo geral, sendo impossível um planejamento que não leve em conta esse novo arranjo mundial.

A globalização condiciona seus preceitos de forma totalitária e indissolúvel, impondo pressões que o Estado não é capaz de dirimir, motivo pelo qual o Estado se vê desnudo de seu poder e reconhecimento de outrora, somente lhe restando ferramentas básicas para manutenção do interesse das grandes organizações empresariais, baseado nas regras de livre mercado, políticas especulatórias, capital global e um Estado diminuto e fraco, que tem como única função a manutenção e criação de processos que mantenham a estabilidade financeira e econômica. Atualmente as megaempresas desfrutam de toda a liberdade para realizarem manobras econômicas que tornam o Estado um mero espectador, dominado e sem poder de reação.

Nesse contexto, Nise Jinkings enfatiza que as experiências neoliberais, as suas políticas de liberalização do comércio, a privatização da economia e desregulamentação dos direitos do trabalho, a expansão dos mercados financeiros internacionais (de forma avassaladora) e a introdução de modalidades flexíveis de produção são características do desenvolvimento capitalista mundial atual.¹⁶

Inegavelmente a economia globalizada acentuou as desigualdades, aumentando a pobreza, ocasionando à perda da soberania dos países, bem como a uma exploração ilimitada e não controlada de recursos naturais, restringindo a intervenção dos sindicatos nas empresas, principalmente em relação às multinacionais, ocasionando um maior desrespeito as normas sociais de trabalho reconhecidas internamente, além de impor uma forte pressão com o objetivo de recuar nas conquistas dos trabalhadores.¹⁷

Esse admirável mundo novo proposto (livre comércio, o desenvolvimento econômico e a diminuição das desigualdades sociais) tem se mostrado de modo diverso à medida que aumenta o poder econômico dos afortunados, ocasionando uma drástica diminuição na condição de vida dos mais pobres e, por conseguinte, um aumento do desemprego, principalmente na Europa.

4. A CRISE DO DESEMPREGO NA EUROPA À LUZ DA POLÍTICA DE AUSTERIDADE

Em decorrência dessa nova proposta de mundo (livre comércio, desenvolvimento econômico e a “diminuição das desigualdades sociais”), assim entendida como globalização econômica, o que observamos foi, principalmente,

¹⁶ JINKINGS, 2002, p.23.

¹⁷ ESTANQUE; FERREIRA; SILVA; PROENÇA, 2013, p. 168.

a redução da necessidade de mão de obra, emergindo para os governos um grande problema, o desemprego, sentido, no mundo todo.

A globalização, indiscutivelmente proporciona facilidade na vida das pessoas (por exemplo, no comércio, a partir da aquisição de produtos importados mais baratos). Entretanto, uma das grandes desvantagens da globalização é o desemprego. Muitas empresas aprenderam a produzir mais com menos gente e pagando menos, usando novas tecnologias e fazendo com que o trabalhador perdesse espaço no mundo global.

Essa nova ordem econômica internacional, principalmente em decorrência do uso das novas tecnologias, reduz os homens ao *status* de *incluídos* (cidadãos-servos) de uma economia globalizada e que se flexibiliza ou de *excluídos* (desempregados, subempregado e até os *inempregáveis*, que são o que não obtém colocação porque lhes falta conhecimento especializado).¹⁸

É duvidoso pensar que a diminuição do custo de despedimento e do trabalho suplementar e o aumento dos tempos do trabalho sem acréscimos salariais tenham efeito positivo para diminuir o desemprego.¹⁹

Não obstante, não podemos fechar os olhos à realidade que nos é apresentada em relação à crise do emprego e sua relação com o futuro do trabalho. Ferreira destaca três fatores importantes para a ruptura estrutura para a discussão sobre a crise do emprego: “(1) milhões de pessoas estão excluídas do trabalho ou encontram-se em situação precária; (2) a sua capacidade de gerar coesão social é questionada; (3) a intervenção estatal e as políticas de regulação laboral têm-se revelado incapazes de tornar o trabalho factor de integração e coesão social”.²⁰

Indiscutivelmente, a crise do emprego não possui, apenas, um fator, mas a globalização econômica/financeira pode ser considerada como um dos principais fatores. Nesse sentido, José Nilson Reinert enfatiza que:

A velha ladainha dos baixos salários para a solução do desemprego pode ser uma questão bastante ilustrativa. Do ponto de vista privado, um salário mais baixo reduz custos, aumenta margens de lucro bem como a competitividade e pode, em última análise, gerar novos empregos. Por outro lado, se todos ganham menos, todos compram menos, todos vendem menos e todos produzem menos, diminuindo a massa de lucro da economia e,

¹⁸ FRANCO FILHO, 2001, p. 42.

¹⁹ FERREIRA, 2012, p.17.

²⁰ FERREIRA, 2002, p. 268.

particularmente em função das deseconomias de escala, aumentam os custos, diminui a competitividade e, conseqüentemente, aumenta o desemprego.²¹

Na mesma concepção Paul Singer destaca que, além da revolução tecnológica que foi um fator muito importante para eliminação de milhões de empregos, a globalização da economia continua a modificar a divisão internacional do trabalho de forma perversa, pois os capitais deslocam-se para áreas em que o “custo da força de trabalho é menor, onde não existem os benefícios sociais já consagrados em convênios internacionais, o que agrava a perda de empregos nos países em que os direitos trabalhistas existem e são respeitados”.²²

Países que oferecerem melhores condições, como por exemplo: mão de obra barata e qualificada, baixa carga de impostos, matéria-prima barata, poucos direitos trabalhistas, etc.; atraem empresas que saem de países onde o custo de produção é alto e onde existe forte intervenção estatal e normativa protetiva nas relações de trabalho.

Em decorrência dessas situações, verificamos um aumento expressivo no desemprego, fato este devidamente constatado na Europa desde o início do século XX, pois muitas empresas transferiram suas produções para países como China, Índia, Cingapura, Taiwan, Malásia, etc.²³

De acordo com a Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugal:

O mundo enfrenta em 2012 sérios desafios ao nível do emprego. Depois de 3 anos de crise continua nos mercados globais, verifica-se um acumular de desemprego global de cerca de 200 milhões — um aumento de 27 milhões desde o início da crise. Cumulativamente serão necessários mais de 400 milhões de novos empregos durante a próxima década para evitar um aumento do desemprego. Assim, para gerar um crescimento sustentável e manter a coesão social, o mundo necessitará de cumprir um desafio urgente que é o de criar 600 milhões de empregos produtivos na próxima década, o que mesmo assim deixará cerca de 900 milhões de trabalhadores vivendo com as suas famílias com menos de 2 dólares por dia, muito também nos países desenvolvidos. As projeções demonstram nenhuma mudança na taxa global de desemprego até 2016. Isto conduzirá a um aumento adicional de 3 milhões de desempregados em todo o mundo em 2012, ou um total de 200 milhões aumentando para 206 milhões em 2016.²⁴

²¹ REINERT, 2012, p. 118

²² SINGER, 2012, p. 118.

²³ OIT, 2011.

²⁴ EAPN, 2012.

Em estudo realizado pelo Gallup em relação ao medo da perda do emprego dos trabalhadores norte-americanos registrou nos anos de 2009 para 2010 um aumento significativo, haja vista que cada 3 em 10 trabalhadores temiam ser dispensados da sua empresa. Tal fato se deve, principalmente, pela crise financeira. A globalização favorece a transferência de empresas (inclusive criando as empresas transnacionais) e empregos.

As normas da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que estabelecem o patamar mínimo trabalhista, objetivando impedir o *dumping social*, que determina os patamares básicos de proteção dos trabalhadores para os países subdesenvolvidos, hoje têm dificuldades crescentes de cumprir seu intuito, haja vista a ausência de cumprimento pelos países cooperados.

Objetivando diminuir o impacto da globalização econômica no desemprego nos países do parlamento Europeu, este estabeleceu uma política pública denominada de FEG — Fundo de Ajustamento à Globalização, criado em 2007 com o objetivo de ajudar os trabalhadores despedidos em decorrência dos efeitos das globalizações econômica e financeira na Europa.

Desde a sua criação até agosto de 2013 o FEG registrou 110 candidaturas: 20 Estados-Membros solicitaram cerca de 471,2 milhões de euros para ajudar 100.022 trabalhadores despedidos. Portugal já recorreu ao FEG cinco vezes, tendo recebido 8,6 milhões de euros para ajudar um total de 4.367 trabalhadores.²⁵

Recentemente o Parlamento Europeu autorizou que o Fundo de Ajustamento à Globalização (FEG), a partir de 2014, possa ser utilizado no combate ao desemprego juvenil, um dos maiores problemas enfrentados pela Europa, principalmente na Espanha (50,5%), Portugal (35,4%), Itália (31,9%) e Irlanda (31,6%).²⁶

Não há como negar que a globalização produziu e produz efeitos no mundo todo. A mobilidade do capital obrigou os trabalhadores a fazer concessões salariais e os governos a oferecer benefícios fiscais e a flexibilizar os direitos trabalhistas, gerando desemprego e empobrecimento, além de criar as chamadas empresas flexíveis.²⁷

O resultado é uma corrida para baixo, pois os salários e condições de trabalho estão sob ameaça. Empresas pioneiras, como a Apple, cuja atividade

²⁵ Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasominuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

²⁶ Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

²⁷ COLLER, 1997, p.169.

baseia-se em grandes avanços científicos e tecnológicos (muitos dos quais, financiados pelos governos) também mostraram grande destreza em evitar impostos. Apropriam-se do esforço coletivo, mas não dão nada em retorno.²⁸

A desigualdade e a pobreza entre as crianças são um desastre moral mais chocante. Elas desmentem as hipóteses da direita, segundo as quais a pobreza resulta de preguiça e das escolhas erradas: as crianças não podem escolher seus pais. Nos EUA, uma em cada quatro crianças vive na pobreza; na Espanha e Grécia, uma em cada seis; na Austrália, Grã-Bretanha e Canadá, mais de uma em cada dez. Nada disso é inevitável. Alguns países optaram por criar economias menos desiguais: a Coreia do Sul, onde há meio século apenas uma em cada dez pessoas chegava à universidade, tem hoje um dos índices mais altos de acesso ao ensino superior.²⁹

István Mészáros enfatiza o surgimento de um novo padrão de desemprego que surge nos países capitalistas altamente desenvolvidos, limitando-se “em grande parte aos ‘bolsões de subdesenvolvimento’; e as milhões de pessoas afetadas por ele costumavam ser otimistamente ignoradas, no grande estilo de autocomplacência neocapitalista, como representando os ‘custos inevitáveis da modernização’ sem que houvesse muita preocupação — se é que havia alguma”.³⁰

Mesmo que o Estado esteja a cada dia perdendo seu espaço e tornando-se mais fraco, ainda se utiliza de forças coibitivas para minimizar alguns setores sociais, em contrapartida, este mesmo Estado, cria condições para o mercado financeiro e investidores, utilizado de metodologias que objetivem garantir à classe média as condições mínimas e que penitencia com leis severas as classes desfavorecidas.

Este Estado tem como modelo um maior controle dos gastos públicos, redução de impostos, reformulação dos sistemas de proteção social e diminuição da rigidez das leis trabalhistas. Portanto, prioriza os setores do capital financeiro e bloqueiam os poucos recursos destinados aos setores sociais em nome de maior controle dos gastos públicos, como tem ocorrido com a Itália, Portugal e Espanha, dentro outros países, que foram “obrigados” a aderirem às políticas de “austeridade”.

Ferreira, discorrendo sobre a noção de “austeridade”, afirma que se “configura como o ‘padrão que liga’ os problemas sistêmicos”³¹, diretamente vinculado aos problemas financeiros, impondo a sociedade o ônus de arcar com esses problemas, resultando em danos decorrentes do aumento das desigualdades, do empobrecimento e do mal-estar social.

²⁸ STIGLITZ, 2013.

²⁹ STIGLITZ, 2013.

³⁰ MÉSZÁROS, 2011, p.67.

³¹ FERREIRA, 2012, p.12.

Na verdade podemos entender a austeridade, atualmente, como um modelo “político-econômico punitivo em relação aos indivíduos, orientado pela crença de que os excessos do passado devem ser reparados pelo sacrifício presente e futuro, enquanto procede à implementação de um arrojado projeto de erosão dos direitos sociais e de liberalização econômica da sociedade.”³²

Ferreira destaca que:

De par com a variedade e singularidade das experiências nacionais de concertação social, pode estabelecer-se uma periodização marcada por três momentos: a expansão e esgotamento da macro-concertação entre os anos 1970 e 1980; o retorno do diálogo social nos anos de 1990, relacionado com os processos de integração europeia e da globalização; e o atual momento, que se pode designar pela concertação social da crise, marcado pelo seu envolvimento na implementação das medidas de austeridade e subsequentes reformas legislativas.³³

Em muitos países da Europa, principalmente Grécia, Portugal e Espanha que tem no euro a sua moeda oficial, a austeridade está sendo implantada pela “força”, com o objetivo de estabilizar os mercados, fazendo com os Estados permitam a flexibilização dos direitos sociais e laborais com o intuito de incentivar a criação de empregos, aumentando a competitividade.

Assim, “a taxa de desemprego alimenta a ideia de que devido à dificuldade de encontrar um emprego, a qualidade do trabalho seja sacrificada, constituindo a precariedade mais uma variável de ajustamento para a saída da crise”.³⁴

No entanto, de acordo com a OIT, as medidas de austeridade tendem a ameaçar ainda mais os mercados de trabalhos, aumentando os custos da crise a longo prazo, tornando-se mais dispendioso reduzir o desemprego.³⁵

A adesão às políticas de “austeridade” em decorrência da crise econômica e financeira, bem como da globalização, está conduzindo a desemprego alto, salários em queda e desigualdade crescente. Governantes como Angela Merkel, a Chanceler alemã reeleita, e Mario Draghi, o Presidente do Banco Central Europeu, argumentam que os problemas europeus resultam de dispendios exagerados com o Estado de bem-estar social. Mas esta linha de raciocínio apenas mergulhou o continente em recessão (ou mesmo depressão). O fato de o processo ter atingido o fundo do poço (a recessão “oficial” pode ter terminado) oferece pouco conforto para os 27 milhões de desempregados na

³² FERREIRA, 2012, p.13.

³³ FERREIRA, 2012, p.17.

³⁴ FERREIRA, 2012, p.61.

³⁵ OIT, 2011.

União Europeia. Em ambos os lados do Atlântico Norte, os fanáticos da “austeridade” afirmam: “vamos em frente; são pílulas amargas de que precisamos para alcançar a prosperidade”. Mas prosperidade para quem?³⁶

A questão a ser apresentada é: a política de austeridade gerará a diminuição do desemprego na Europa? Ao nosso modo de ver não, pois o desemprego atual decorre principalmente da globalização econômica/financeira, na busca do capital por mão de obra mais barata em países sem qualquer tipo de proteção trabalhista.

O “barateamento” da mão de obra, a redução dos salários, a redução das remunerações dos servidores públicos, a redução com gastos sociais e a flexibilização/desregulamentação dos direitos sociais dos trabalhadores decorrentes da política de austeridade deverá gerar, ainda mais, o empobrecimento do trabalho e, por conseguinte, o aumento do desemprego ou o surgimento do chamado “precariado”³⁷, termo criado nos anos de 1970 pela combinação do adjetivo “precário” e do substantivo “proletariado”, classe essa de trabalhadores que não se sentem protegidos pelos direitos trabalhistas, não possuem empregos “permanentes” e que sequer sabem qual posição social se enquadram.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização econômica/financeira é um fenômeno mundial e, por conseguinte, inegavelmente, ocasionou e ainda ocasiona muitas transformações, tanto no aspecto econômico, mas, principalmente, no aspecto social em relação ao aumento do número de desempregados e uma forte flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

Nesse contexto, ao contrário do que se possa parecer, a política de austeridade imposta principalmente pelo Parlamento Europeu e pela Alemanha a alguns países Europeus que possuem o euro como moeda oficial, como Grécia, Espanha e Portugal, com vistas a diminuir o desemprego, têm gerado, ainda mais, o empobrecimento dos “mais” pobres e o aumento do próprio desemprego, além da precarização do trabalho, haja vista que a globalização ocasionou uma modificação na concepção empresarial, possibilitando às multinacionais e as transnacionais a transferir os seus conglomerados, bem como os seus investimentos em mercados de trabalhos com mão de obra mais barata, possibilitando, ainda mais, uma maior lucratividade.

A mercê dessa situação, não resta outra alternativa a não ser esperar para podermos constatar que, lamentavelmente, muitos trabalhadores europeus sofrerão, ainda mais, com a política de austeridade imposta pelas nações

³⁶ STIGLITZ, 2013.

³⁷ STANDING, 2013, p.15.

que detém o poder econômico, objetivando, única e exclusivamente, amenizar a crise financeira que assola o mundo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013,

COLLER, Xavier. **La empresa flexible: Estudio sociológico Del impacto de la flexibilidad em el proceso de trabajo**. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.

CORSI, Francisco Luiz. A globalização e a crise dos Estados Nacionais. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo Edgar. **Desafios da globalização**, 5ª. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 2003.

EAPN - Rede Europeia Anti-Pobreza-Portugual. **Indicadores sobre a pobreza — Dados Europeus e Nacionais**. Disponível em: <http://www.igfse.pt/upload/docs/2012/IndicadoresPobrezaUE_PT_%20agosto2012.pdf> Acesso em: 19 jan. 2014).

ESTANQUE, Elísio; FERREIRA, António Casimiro; SILVA, Manuel Carvalho da; PROENÇA, João. **Dossier: sindicalismo português**. 2013. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/62/RCCS62-Dossier%20Sindicalismo-149-188.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2014.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica. 2012.

_____. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais. In **A globalização e as ciências sociais**. 2ª. ed. Portugal: Cortez Editora. 2002.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001.

Fundo para globalização vai ajudar jovens desempregados. 2013. Disponível em: <<http://www.noticiasaoiminuto.com/economia/131115/fundo-para-globalizacao-vai-ajudar-jovens-desempregados#.UoyW49L6W7k>> Acesso em: 20 de jan. 2014.

JINKINGS, Nise. **Trabalho e resistência na “fonte misteriosa”: os bancários no mundo da eletrônica e do dinheiro**. Campinas: Editora da Unicamp; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

Mapa mundial do desemprego entre os jovens. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/especiais/mapa-mundial-do-desemprego-entre-jovens,153888.htm>> Acesso em: 20 jan. 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 12ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital;** Trad. Francisco Raul Cornejo [et al.]. 2ª. ed. Ver. e ampliada. São Paulo: Bomtempo, 2011.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil.** São Paulo: LTr, 2012.

REINERT, José Nilson. **Desemprego: Causas, Consequências e possíveis soluções.** 2012, Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/download/8065/7448>>.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa.** Tradução Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SEN, A; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado;** trad. Bernardo Ajzerberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras: 2010.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego: Diagnóstico e alternativas.** São Paulo: Editora Contexto. 2012.

STIGLITZ, Joseph E. **Inequality is a choice.** 2013. Disponível em: <<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/10/13/inequality-is-a-choice>>.

U.S. Worries About Job Cutbacks Return to Record Highs. 2011. Disponível em: <<http://www.gallup.com/poll/149261/Worries-job-Cutbacks-Return-Record-Highs.aspx>>.

Uma globalização justa: criando oportunidades para todos. Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.

World of Work Report 2011: Making Markets Work for Jobs. 2011. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/publications/books/forthcoming-publications/WCMS_166021/lang--en/index.htm>.

* Recebido em 02 mar. 2015.



ASSISTÊNCIA SOCIAL, DIREITOS HUMANOS E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS

*Luiz Rogério da Silva Damasceno**

*Theresa Rachel Couto Correia***

Resumo

O presente texto analisa o direito do estrangeiro residente no país à concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Para tanto, aborda os aspectos constitucionais e legais da assistencial social, caracterizando-a como um direito social fundamental e avalia seu aspecto internacional como instrumento de efetivação dos direitos humanos, sendo reconhecida como tal em tratados internacionais em que o Brasil é signatário, apresentando a controvérsia sobre o tema e o entendimento da jurisprudência ainda em vias de consolidação.

Palavras-chave

Assistência Social. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Benefício Assistencial. Estrangeiro Residente.

SOCIAL CARE, HUMAN RIGHTS AND THE GRANTING OF THE CONTINUOUS PROVISION ASSISTENCIAL BENEFIT TO RESIDENT ALIEN IN BRAZIL

Abstract

This paper analyzes the right of foreigners resident in the country to grant the assistance benefit of continued provision. To this end, addresses the constitutional and legal aspects of social care, characterizing it as a fundamental social right and evaluates its international aspect as a human right recognized as such in international treaties to which Brazil is a signatory, with the controversy over the subject and understanding the case still in the process of consolidation.

Keywords

Social Assistance. Fundamental Rights. Human Rights. Assistance Benefit. Foreign Resident.

* Procurador Federal/AGU. Graduado em Direito pela UFC. Pós-graduado em Direito Público, com ênfase em Previdenciário pela UNB — Universidade de Brasília e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Universitário.

** Professora Adjunta de Direito Previdenciário da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2013- atual). Bolsista Prodoc/Capes junto à Pós-graduação em Direito da UFC (2008-2012). Doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela UERJ (2006). Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio (2002). Consultora jurídica no escritório Camardella, Tavares e Braga.

1. INTRODUÇÃO

A seguridade social foi concebida como um direito social de proteção integral (do berço ao túmulo), sendo constituída no Brasil e no mundo pelo tripé fundamental formado pela saúde, previdência e a assistência social. Dentre os princípios que a informam está o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, o qual recebe leituras diferentes a depender do ramo a que se refere.

A saúde é universal e gratuita, não havendo qualquer condicionamento para acesso igualitário aos seus serviços de promoção, proteção e recuperação. Por sua vez, a previdência é também universal, mas apenas para aqueles que possam contribuir. Por fim, a assistência social que será prestada, nos termos do art. 203, da CF/88, a quem dela necessitar, alcançando pessoas de maior vulnerabilidade física e financeira, ou em situação de risco social.

Nesse diapasão, o presente texto pretende analisar a possibilidade de concessão do benefício assistencial de prestação continuada (BPC) previsto constitucionalmente com um benefício da assistência social, conforme preceitua o art. 203, V, da Constituição. Trata-se de tema relevante e, sobretudo, objeto de amplo debate em sede jurisprudencial a ponto de ter sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 586.97/SP).

Com esse fim, serão abordados os aspectos constitucionais da assistência social como um dos novos direitos fundamentais sociais estabelecidos no art. 6º da Carta Magna e o que isso implica da concessão do benefício assistencial, bem como o aspecto fundamental que este direito tem na realização/efetivação dos direitos humanos, mormente como meio de combate à pobreza extrema e à redução das desigualdades sociais.

Por fim, será objeto de análise o estrangeiro como destinatário de direitos fundamentais na ordem jurídica nacional e a possibilidade de concessão do benefício assistencial ao estrangeiro residente no Brasil, desde que atendidos os requisitos legais, não obstante a controvérsia existente sobre o tema.

Sem maiores delongas, passemos, portanto, ao estudo ora proposto.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E SEU CARÁTER COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

A assistência social, como política de proteção social não contributiva, constitui juntamente com a previdência social e a saúde o tripé fundamental de seguridade social, tendo por destinação principal propiciar condições mínimas a uma sobrevivência digna do ser humano, bem como promover o bem-estar social através de mecanismos de redução da miséria, da desigualdade

social e da exclusão. Num sistema de seguridade que se pretende integral¹, a assistência social alcança os excluídos do sistema previdenciário e aqueles que se encontram de algum modo desamparados e/ou em situação de risco social.

No Brasil, a assistência social está organizada sob a forma de sistema único (SUAS — Sistema Único de Assistência Social), contanto para sua efetivação com recursos oriundos do orçamento da seguridade social previstos no art. 195, da CF/88, além de outras fontes, tendo por diretrizes a descentralização político-administrativa e a participação popular (art. 204, CF/88). O SUAS surge de forma efetiva a partir de setembro de 2004, como fruto do PNAS/ Política Nacional de Assistência Social, e sua operacionalização se deu através da Norma Operacional Básica de 2005 (NOB/SUAS)².

A assistência social oferece uma gama de serviços e benefícios a quem dela necessitar (art. 203, CF/88), assumindo na legislação pátria contornos de subsidiariedade (TORRES, 1990, p.71), posto que ela somente atua nos vácuos deixados pelos outros ramos da seguridade social (previdência e saúde). Seus destinatários e beneficiários são mais restritos do que os dos outros ramos, pois é devida apenas para aquele que necessitar, diferentemente da saúde, cujo acesso é universal, ou seja, independentemente da condição econômica do beneficiário; e da previdência social, que cobre todos aqueles que desempenham atividade econômica (princípio da filiação obrigatória).

Dessa forma, trata-se do ramo da seguridade voltado aos mais necessitados, aos desprovidos de meios necessários à sua subsistência, aos vulneráveis sociais e a todos aqueles que de algum modo encontram-se em situação de exclusão e risco social. Por isso, tem por objetivos, no esteio do art. 203 da CF/88, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária³.

¹ A seguridade social como o sistema de proteção integral tem sua origem apontada no famoso Plano Beveridge (Inglaterra, 1942). O referido plano governamental foi lançado pelo governo inglês como uma forma de minorar os problemas sociais decorrentes da Segunda Guerra Mundial, pregando uma proteção universal (*from the cradle to the grave*, em tradução livre, do berço ao túmulo), ou seja, não apenas a uma parcela dos trabalhadores (os empregados), alcançando também ações na área da saúde e da assistência social.

² Com o advento da Lei 12.435, de 6 de julho de 2011, referida norma foi substituída pela NOB/SUAS de 2012.

³ A assistência social não se destina apenas aos pobres, de modo que é interessante observar que o conceito de necessidade é bem mais amplo do que o de pobreza. Enquanto a situação de pobreza guarda uma relação com a noção de poder de compra e/ou consumo e de mercado, a categoria necessidade é anterior àquela e, embora muitas vezes ambas estejam conectadas, não há relação de dependência. A proteção à infância e à velhice, bem como a reabilitação de pessoas deficientes, por exemplo, são situações que independem da situação econômica do favorecido.

Além desses objetivos, cumpre também à assistência social (art. 203, V, CF/88) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Trata-se do Benefício de Prestação Continuada (BPC) devido ao idoso e ao deficiente nos termos em que dispuser a lei. É justamente em torno desse benefício, notadamente para saber se ele é devido ao estrangeiro residente, que trafega a análise principal deste artigo.

Por outro lado, o art. 194 da Constituição estabelece que a seguridade social será organizada com base no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento⁴, desse modo, a assistência social, como ramo da seguridade que é, está regida também com base no princípio da universalidade. Este princípio, ressalte-se, dever ser entendido como atendimento que acolhe todas as pessoas que necessitam ou que um dia venham a necessitar dos serviços e da prestação pecuniária estatal (PEREIRA, 2015, p. 247), logicamente quando atendido os requisitos estabelecidos em lei.

Costuma-se dizer que a assistência social é a porta de entrada dos demais direitos sociais, pois é através dela que o indivíduo encontra condições para ter acesso a outras políticas públicas como educação, trabalho, saúde, lazer e cultura, isso porque ela tem por finalidade provê os mínimos sociais e garantir o atendimento das necessidades básicas, propiciando ao indivíduo destinatário da ação assistencial o acesso aos demais direitos sociais. A assistência social está ligada, portanto, ao “direito a ter direitos” e realiza um dos fundamentos básicos da Constituição de 1988 que é a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Nesse sentido, estabelece a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993:

Lei 8.742/93

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social, não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento das necessidades básicas.

[...]

Art. 4º. A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

⁴ Saliente-se que ao lado da universalidade, a Constituição também consagra como objetivo da seguridade social a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88), funcionando tal princípio como uma espécie de contraponto à universalidade, pois como as necessidades são infinitas e os recursos finitos, o legislador terá que escolher, dentro o universo de situações sociais de carências, quais situações serão objeto da proteção.

I - supremacia do atendimento das necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - universalização dos direitos sociais a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla de benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Trata-se, portanto, de fornecer o básico para sobrevivência e de promover a integração de pessoas de algum modo e em certa medida excluídas do convívio social, como no caso dos velhos (idade avançada), deficientes, tóxico dependentes, moradores de rua, menores em conflito com a lei, vítimas de violência familiar, etc. Importante observar que, ao contrário do que o senso comum muitas vezes nos leva a pensar, a ação assistencial não se limita ao pagamento de benefícios como BPC ou as programas de transferência de renda (ex. Bolsa Família), mas a toda uma gama de serviços e políticas públicas⁵ que visam, em última instância, além da redução das desigualdades, a maior inclusão social possível de grupos marginalizados (*gaps sociais*).

Desse modo, pode-se dizer que o advento da Constituição Federal de 1988 conferiu à política de proteção aos desamparados o relevante status de direito fundamental, passando, portanto, a ser considerada um “direito público subjetivo do cidadão” (TORRES, 1990, p. 72), através do qual o indivíduo pode exigir do Estado prestações e a implementação de políticas públicas, sendo, por causa disso, passível de judicialização, ou seja, é um direito fundamental dotado de máxima efetividade, posto que constando de forma explícita entre os direitos sociais arrolados no art. 6º do Texto Magno, *in verbis*, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

⁵ Pode-se citar como exemplos de programas assistenciais, além dos conhecidos BPC e Bolsa Família, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), o Programa Agente Jovem do Desenvolvimento Social e Humano (Projovem), Programa Garantia de Renda Mínima (transformado no Bolsa Escola), o Programa de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (Sentinela), Programa Farmácia Popular, Programa de Integração e Atenção Integral à Família (PAIF), etc. Fonte: MDS — Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição” (negritei).

Essa previsão como direito fundamental positivado no texto constitucional representa um salto qualitativo conferido ao direito à assistência social no Brasil, a qual deixa de ser mero exercício de filantropia e de assistencialismo a cargo de igrejas, casas de caridade, primeiras-damas, governos populistas, etc., para ser um autêntico direito público subjetivo, sendo assumido pelo Estado como política permanente de combate à desigualdade e de promoção da dignidade humana. O indivíduo torna-se, portanto, detentor de um direito perante o Estado, logo com a prerrogativa de reivindicá-lo independentemente do governante de ocasião.

Segundo Mizutani (2014, p. 43), a inclusão da assistência social como direito na Constituição Federal confere novo caráter à política pública até então praticada, transferindo para o Estado a obrigação principal de assegurar a proteção aos que precisarem da assistência social, independente de contribuição. Tal medida decorre da adoção pela legislação constitucional de “um conceito de direito mínimos universais de cidadania no campo social”. Isso, porém, não quer dizer que apenas o Estado é agente exclusivo na promoção da assistência social, ele compartilha esse ônus com toda a sociedade⁶.

Desse modo, o direito à assistência social é um direito fundamental social, fazendo parte da estrutura fundamental do Estado. Tavares (2005, p. 18) leciona que a assistência social deve garantir prestações sociais mínimas e gratuitas, ficando a cargo do Estado prover pessoas necessitadas de condições dignas.

De forma bastante percuciente, Bastos (2013, p. 211) assevera que:

Para que todos possam ter as condições mínimas almeçadas, faz-se necessária a intervenção do Estado na prestação de determinados direitos tidos por essenciais, como a assistência social, já que se relegar ao próprio sistema social não se terá o alcance necessário para que todos possa usufruir dos referidos direitos. Nesse sentido, o STF, por meio do Informativo 669, na decisão com tema relativo ao benefício de prestação continuada — Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR, ambos decididos em 2012 —, registrou:

⁶ Com efeito, no Brasil, responsabilidade em promover a assistência social é compartilhada entre o Estado e o setor privado (entidades de filantropia e organizações não-governamentais), já que toda a sociedade é chamada a participar (art. 194), seja financiando tal política por intermédio de contribuições sociais, seja prestando diretamente as ações assistenciais através de entidades privadas de assistência social⁶, havendo, inclusive, incentivo tributário para isso (art. 195, §7º da CF/88). Além disso, o Estado incentiva tais entidades assistenciais por meio da transferência de recursos e cessão de servidores através de contratos de gestão, de modo a conferir a maior amplitude e efetividade a essa importante política pública.

‘O dever estatal de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência individual. Asseverou que o constituinte instituiria-o no art. 6º da CF/88, no qual compelir-se-ia aos Poderes Públicos a realização de políticas a remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria dos desamparados. [...]’

Não há dúvida, portanto, que a assistência social é um direito fundamental na ordem jurídica nacional, portanto, dotado de máxima efetividade e de todas as prerrogativas que esse qualificativo lhe confere. Contudo, a importância desse direito não para por aí. Essa obrigação de amparar os necessitados e a proteção social de um modo geral transcendem as fronteiras estatais e constituem, conforme se verá, um compromisso assumido pelo Brasil em âmbito mundial, uma vez que objeto de tutela pelos tratados internacionais de direitos humanos.

3. A ASSISTÊNCIA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS: POR UMA PROTEÇÃO IGUAL E SEM DISCRIMINAÇÃO

Calha ressaltar que essa construção da assistência social como um direito fundamental visa a atender uma demanda internacional e nacional em busca do bem-estar e justiça sociais, o que gera para os Estados a obrigação de promoverem sua efetivação e ampliação de forma progressiva, a depender das condições materiais de cada nação. Com efeito, o Brasil, a partir da segunda metade do século XX, passou a ser signatário de pactos internacionais de direitos humanos, assumindo obrigações perante a Comunidade Internacional de observância e cumprimento dos denominados direitos sociais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, reconhecendo que o bem-estar e a justiça social são valores universais, tem a proteção social como um de seus valores fundamentais, propondo no art. XXII que “todo ser humano tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

Além da Declaração Universal, o Brasil também é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela ONU em 1966, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Este pacto estabelece que os Estados Partes se comprometem a assegurar o gozo dos direitos sociais e reconhecem, dentre outros, o direito à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 09º). Além disso, prevê também a mais ampla proteção e assistência às famílias, proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, adoção de medidas especiais de proteção e assistência em prol de

todas as crianças e adolescentes (art. 10º), bem como direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimentas e moradias adequados (art. 11).

Como se percebe, por estar atrelada ao conceito de necessidade no sentido de propiciar condições mínimas para uma existência digna, o direito à assistência passa a ser tratado, portanto, como uma questão de direitos humanos, sendo um direito universalmente válido, independentemente da origem de seu titular. Ao assumir tal atributo, goza de todos o status e características assumidos por tais direitos na ordem internacional, deixando de ser um assunto meramente interno de cada Estado, passando a ser uma obrigação assumida externamente perante a comunidade internacional.

Não há dúvida de que a assistência social assume atualmente a natureza de um direito humano a uma vida digna e que os Estados Nacionais assumem o compromisso de implementá-la, sem qualquer discriminação. Trata-se de um direito de cidadania universal, devido à pessoa humana em qualquer condição e independente da sua origem, podendo ser exigido, portanto, tanto pelo nacional como pelo estrangeiro. Aliás, o princípio da não-discriminação é uma das características fundamentais apontadas por Sepúlveda *et al* acerca da proteção social como um direito humano:

Não-discriminação e igualdade são os elementos centrais da estrutura normativa internacional dos direitos humanos. Esses princípios impõem sobre os Estados várias obrigações que, quando cumpridas, melhoram a efetividade do sistema de proteção social e fortalecem a proteção dos direitos humanos dos beneficiários. Os princípios da igualdade e não discriminação exigem, por exemplo, que os Estados eliminem discriminação na lei, na política e na prática, e adotem medidas especiais para proteção dos mais vulneráveis segmentos da sociedade como um problema prioritário. Quando da aplicação dos programas de proteção social, essas obrigações exigem que os sistemas de proteção social incluam predominantemente em seu desenho, implementação e evolução, a garantia de que eles serão acessíveis a todos aqueles que sofrerem de discriminação estrutural tais como mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, minorias étnicas, povos indígenas, e pessoas que vivem com HIV/AIDS, e não estigmatizar beneficiários. O princípio da igualdade e não discriminação deve ser respeitado em todos os estágios do programa de proteção social, desde a seleção de beneficiários até a entrega das escolhas do sistema. (SEPÚLVEDA *et al*, 2012, p. 32)⁷.

⁷ Tradução livre. No original: *Non-discrimination and equality are core elements of the international human rights normative framework. These principles impose upon States several obligations that, when complied with, improve the effectiveness of social protection systems and strengthen the human rights protection of the beneficiaries. The principles of equality and non-discrimination require, for example, that States eliminate discrimination in law, policy and practice, and take special measures to protect the most*

Importante salientar que a pobreza é uma das formas mais evidentes de violação dos direitos humanos, de modo que o seu combate, com a redução das desigualdades sociais e da marginalização social causada pela situação de extrema hipossuficiência, é um dos objetivos da assistência social, o que faz dela um importante instrumento na efetivação dos direitos humanos. Segundo Sérgio Moro (2003, p. 144), a assistência social funciona como um direito anti-pobreza, uma vez que se trata de “um direito exclusivamente voltado aos pobres e cujo objetivo é resgatá-los da pobreza”.

Acrescente-se que o combate à pobreza é uma das formas de promover o desenvolvimento, pois não pode haver este onde existir a pobreza for extrema que degrada e rebaixa a condição humana. Ademais, onde há pobreza, não há liberdade, de modo que, sem o devido amparo ao indivíduo necessitado, todos os direitos resultam violados. Não foi à toa que a Declaração e Programa de Ação de Viena sobre Direitos Humanos de 1993 proclamou em seu item 14 que “a existência de uma pobreza extrema generalizada obsta o gozo pleno e efetivo dos Direitos Humanos”.

Desse modo, a materialização em tratados internacionais do direito à proteção social como um direito humano universal, aliado ao compromisso do Estado Brasileiro materializado na Constituição da República de 1988 e expresso no princípio da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais (art. 4º, II) e na previsão dos direitos e garantias fundamentais (Título II), dentre eles a assistência aos desamparados (art. 6º), demonstram que o Brasil assumiu, de forma voluntária, perante a Comunidade Internacional o compromisso de promover a dignidade da pessoa humana sem discriminação de qualquer espécie. Por sua vez, “a assistência social como direito humano, portanto, legitima sua existência como norma universal advinda de valores universais, materializada em tratados internacionais juridicamente vinculantes” (MIZUTANI, 2014, p. 41).

4. O ESTRANGEIRO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art.5º, caput, que os direitos fundamentais são assegurados aos “brasileiros e estrangeiros residentes do

vulnerable segments of society as a matter of priority. When applied to social protection programmes, these obligations require that social protection systems mainstream inclusion in their design, implementation and evaluation, ensuring that they are accessible by all those who suffered from structural discrimination such as women, children, older persons, persons with disabilities, ethnic minorities, indigenous peoples, and people living with HIV/AIDS, and do not stigmatize beneficiaries. The principle of equality and non-discrimination must be respected in all stages of a social protection programme, from the selection of the beneficiaries to the delivery systems chosen.

país”. Tal redação levou a alguns intérpretes da Constituição⁸, aplicando uma interpretação meramente literal do texto, a concluir que o estrangeiro não residente não seria ser titular de direitos fundamentais perante a ordem jurídica interna brasileira. E o que é pior, até aos estrangeiros residentes têm sido dispensado tratamento desigual e discriminatório principalmente no campo dos direitos sociais.

Em que pese ser a norma que consagre o princípio da não-discriminação, este mesmo dispositivo também tem servido de mote para negar a concessão de BPC e de outros benefícios sócio assistenciais ao estrangeiro, seja ele residente ou não, contudo esse não é o melhor entendimento, uma vez que a interpretação da Constituição deve se dar em seu todo, não devendo um dispositivo ser interpretado de forma meramente literal e isolada, ou, como diz o Ex-Ministro Eros Grau do STF, “não se deve interpretar a Constituição em tiras ou em pedaços”.

Ocorre que o estrangeiro detém a condição de ser humano e, só por essa circunstância, deve ter assegurado os direitos relativos ao mínimo existencial independentemente de onde esteja e, particularmente no Brasil, esta proteção encontra eco no texto da Constituição Federal. Isso porque o constituinte positivou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), elencando-o entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além disso, objetivo a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV).

Desse modo, a expressão “brasileiros e residentes” deve ser entendida como todo o gênero humano, de modo que a Constituição atribuiu a todos as pessoas humanas que de algum modo estejam sob sua jurisdição a qualidade de titular de direitos fundamentais. Não bastasse isso, o Brasil também é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que considera

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma,

⁸ Nesse sentido: HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. - Inexistência de violação à isonomia, a Constituição Federal dispo-
nido literalmente sobre a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros residentes
no país, norma que expressamente não inclui em seu alcance a situação de estrangeiros não
residentes no país. Situação que, ademais, não é propriamente de desigualdade de tratamento
jurídico, que se afere em face das previsões gerais e abstratas da lei, mas de consideração dos
reflexos de uma situação fática (a falta de raízes no país) em termos da verificação da hipótese
de incidência de uma norma legal (a que dispõe sobre a prisão preventiva no caso de frustração
da lei penal). - Existência de relevante probabilidade de evasão do país com frustração da eficá-
cia da sanção penal a ser virtualmente aplicada. Benefício da liberdade provisória descabido. -
Ordem denegada. (TRF-3 - HC: 8563 SP 2003.61.19.008563-2, Relator: DESEMBARGADOR FE-
DERAL PEIXOTO JUNIOR, Data de Julgamento: 08/06/2004, SEGUNDA TURMA).

religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Desse modo, independentemente de sua origem, o estrangeiro, ainda que não residente, é titular de direitos fundamentais apenas em razão da sua condição de ser pessoa humana. E não podia ser diferente, ante os inúmeros pactos internacionais do qual o Brasil é signatário em que assume o compromisso de zelar pela dignidade humana. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou a realização de tratamento médico (transplante de medula) custeado pelo Sistema Único de Saúde — SUS a estrangeiro em situação irregular, vejamos:

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. Agravo improvido. (TRF-4 - AG: 32610 PR 2005.04.01.032610-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 29/08/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 688)

O próprio STF já reconheceu, por mais de uma vez, que o estrangeiro, mesmo o não residente, é titular de direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, não sendo a sua condição de estrangeiro obstáculo para, por exemplo, o conhecimento de ações constitucionais como o mandado de segurança e o habeas corpus na tutela dos direitos, bem como o resguardo de garantias fundamentais como o devido processo legal, pois segundo o Ministro Celso de Melo,

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14), celebrado sob a égide da Organização

das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e às demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo. Reconhecido, desse modo, que o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que derivam da cláusula constitucional do “*due process of law*”, passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. (HC 94016, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009).

E não poderia ser diferente. Se até mesmo países de política migratória com regras bem mais rigorosas reconhecem em favor dos estrangeiros, mesmo aqueles irregulares, o exercício de direitos fundamentais, quanto mais o Brasil que se orgulha em ser um país hospitaleiro e sem preconceito. Nesse sentido, George Marmelstein (2016) exemplifica

Poder-se-ia alegar que nenhum país do mundo daria direitos sociais a imigrante que ingressou ilegalmente no país. Não é bem assim. O mundo está mudando. Até mesmo um país geralmente acusado de ser xenofóbico, como os Estados Unidos da América, reconhece que os imigrantes ilegais não podem ser discriminados arbitrariamente, pois estão também protegidos pela cláusula da igualdade. No paradigmático caso Plyler v. Doe (1982), a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que “seja qual for o seu estatuto ao abrigo da legislação de imigração, um estrangeiro é uma ‘pessoa’ em qualquer sentido comum do termo”, razão pela qual os estados-membros não poderiam se negar a matricular filhos de imigrantes ilegais nas escolas públicas.

Por outro lado, isso não quer dizer que não possa haver restrições/limitações e até diferenciações em prol do brasileiro em relação a determinados direitos, já que a própria Constituição faz essa diferenciação quando, por exemplo, trata dos direitos inerentes ao exercício da cidadania (direito de voto, ajuizamento de ação popular, acesso a determinados cargos como o de Presidente da República). No entanto, essas restrições não representam qualquer diminuição à condição de pessoa humana do estrangeiro e estão em consonância com as várias legislações nacionais de outros países.

No campo dos direitos sócio assistenciais, calha ressaltar que o Brasil já reconheceu o direito refugiados sírios de receber o Bolsa Família⁹, numa clara

⁹ Cf. Notícia publicada em Portal Globo/G1. Sem programa específico para refugiados, Brasil coloca centena de sírios no Bolsa Família. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/sem-programa-especifico-para-refugiados-brasil-coloca-centenas-de-sirios-no-bolsa-familia.html>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

demonstração que a condição de estrangeiro não é impedimento para o reconhecimento da titularidade de direitos pelos estrangeiros, inclusive no campo dos direitos sociais e da própria assistência social.

5. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BPC/LOAS AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS

O BPC tem sede constitucional (art. 203), sendo devido ao idoso e à pessoa com deficiência que não possa se sustentar, nem ser sustentado por sua família. Trata-se, portanto, de um benefício de caráter assistencial, precário¹⁰, que não exige contribuição e que tem por finalidade propiciar o mínimo existencial a seus beneficiários que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica. O valor do benefício é de um salário mínimo e não gera direito ao recebimento de abono anual ou 13º salário e não gera pensão para os dependentes de seu titular.

Os contornos legais do benefício foram estabelecidos na LOAS, mais precisamente em seu art. 20, o qual trouxe as definições de idoso, miserabilidade e deficiência, fixando quem são os beneficiários. Além de não poder ser cumulado com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social (§ 4º), salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória¹¹, podem pleitear sua concessão o idoso maior de 65 anos e a pessoa com deficiência (§ 2º), assim entendida aquela que tem impedimento de longo prazo cujo os efeitos perdurem pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos (§ 10º).

Além dos requisitos referidos, há que se mencionar a condição de miserabilidade do pleiteante ao benefício, sendo considerado como tal aquele cuja renda per capita familiar não seja igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Tal requisito legal contido no §3º, do art. 20, da LOAS, apesar dos questionamentos acerca de sua constitucionalidade, ainda se encontra vigente

¹⁰ De acordo com o art. 21, da Lei 8.742/93, O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem, podendo ser cancelado ou suspenso a depender da situação.

¹¹ Calha ressaltar que o regulamento da assistência social possibilita a recebimento de BPC com outros benefícios de caráter assistencial. Nesse sentido, estabelece o **Decreto 6.135/2007** que não entram no cômputo da renda familiar (**art. 4º, inciso IV**) os benefícios decorrentes dos seguintes programas assistenciais: a) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; b) Programa Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano; c) Programa Bolsa Família e os programas remanescentes nele unificados; d) Programa Nacional de Inclusão do Jovem - Pró-Jovem; e) Auxílio Emergencial Financeiro e outros programas de transferência de renda destinados à população atingida por desastres, residente em Municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência; e f) demais programas de transferência condicionada de renda implementados por Estados, Distrito Federal ou Municípios.

e sua aplicação ainda continua sendo adotada pelo INSS — Instituto Nacional do Seguro Social¹².

Atualmente viceja nos tribunais pátrios discussão acerca da possibilidade da concessão do BPC ao estrangeiro residente no país. Tudo porque o INSS estabeleceu como requisito para concessão do benefício, além daqueles *supra* mencionados, a condição de cidadão brasileiro ou, no máximo, a de português equiparado¹³, o que fez com fulcro no art. 1º da LOAS, que estabelece que a assistência social é “direito do cidadão e dever do estado”. Logo, apegado à literalidade da lei, o art. 7º, do Decreto nº 6.214/07, prevê que “é devido o benefício de prestação continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”.¹⁴

Argumenta-se também em favor dessa tese que o discriminem tem por base os princípios da seletividade e distributividade, que permitiriam ao legislador escolher quais são os beneficiários e as situações dignas de proteção segundo as condições econômicas do país, pois o Brasil, como um país em desenvolvimento, não teria condições de fornecer proteção social suficiente nem a seus próprios nacionais, quanto mais aos estrangeiros. Afirma-se que o próprio PIDESEC permite essa limitação quanto aos direitos sociais ao estabelecer que “os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (art. 2º, item II).

Outro argumento utilizado para negar o benefício ao estrangeiro residente tem sido a falta de reciprocidade de proteção aos brasileiros residentes nos países estrangeiros. “Assim, se o brasileiro residente em um determinado país estrangeiro não tem direito à proteção assistencial, o estrangeiro nacional de tal país também não poderia ser tutelado pelo nosso sistema nacional de assistência social” (XEXÉO, 2015).

¹² Muito embora seja a autarquia previdenciária responsável pela concessão e manutenção de benefícios do RGPS, o INSS também responde pela concessão e manutenção do benefício assistencial de prestação continuada (BPC) instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS — Lei nº 8.742/93). Esta excepcional competência no âmbito da assistência social se deve a uma racionalização operacional que é gerada por dois fatos: (a) O INSS está presente em todo o território nacional e (b) O INSS possui uma estrutura logística capacitada para verificar o cumprimento de requisitos médicos e financeiros para a concessão de benefícios previdenciários.

¹³ Interessante observar que até recentemente o benefício assistencial era negado ao português equiparado administrativamente pelo INSS sob o fundamento de que o benefício somente era devido ao brasileiro. Contudo, o próprio INSS voltou atrás em tal posicionamento e editou o Memorando- Circular n.º 13 DIRBEN/INSS, o qual determinou que todos os requerimentos de concessão de BPC/LOAS realizados a partir de maio de 2013 por portugueses residentes no território brasileiro não poderiam ser negados pelo requisito nacionalidade, devendo ser analisados os demais requisitos (XEXÉU, 2015).

¹⁴ Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011.

Contrariando esse entendimento e partindo da premissa de que não há guarida constitucional para tratamento discriminatório no campo assistencial, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais (JEF) começaram a consolidar o entendimento segundo o qual o benefício assistencial deveria ser concedido ao estrangeiro residente, desde que atendido os requisitos legais *supra* mencionados (idade ou deficiência e miserabilidade, apenas).

Segundo o entendimento prevalecente no âmbito do Poder Judiciário, a Constituição Federal veda qualquer tipo de tratamento discriminatório e a LOAS não estabeleceu a condição de brasileiro nato ou naturalizado como requisito para a percepção do benefício, de modo que o estrangeiro residente não estaria excluído da proteção.

Nesse sentido:

ASSISTENCIAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES. ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. 1. Para a concessão do benefício de assistência social (LOAS) faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1) ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01.10.2003); 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo (art. 203, V, da CF; art. 20, § 3º, e art. 38 da Lei n.º 8.742 de 07.12.1993). 2. A condição de estrangeiro da parte Autora não a impede de usufruir os benefícios previstos pela Seguridade Social, desde que preenchidos os requisitos para tanto. Isto, pois, de acordo com o caput do art. 5º da Constituição Federal, é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional. 3. Sendo a assistência social um direito fundamental, os estrangeiros, residentes no país, e que preenchem os requisitos, também devem ser amparados com o benefício assistencial, pois qualquer distinção fulminaria a universalidade deste direito. 4. Preenchidos os requisitos legais ensejadores à concessão do benefício. 5. Agravo Legal a que se nega provimento. (TRF-3 - AC: 12072 SP 0012072-19.2013.4.03.9999, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, Data de Julgamento: 09/09/2013, SÉTIMA TURMA)

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RESIDENTE NO PAÍS. IRRELEVÂNCIA DA NACIONALIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. O benefício assistencial da Lei nº 8.742, de 1993, é devido não apenas a brasileiros, mas aos residentes no país,

sendo irrelevante a nacionalidade. 2. Ainda que ilegal o ato impugnado, como vem de ser demonstrado, o benefício não pode ser concedido no âmbito e na estreita via deste mandado de segurança, pois não comprovados nos autos os requisitos correspondentes, previstos no art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, por meio de estudo sócio-econômico das condições do núcleo familiar do necessitado. 3. Pedido alternativo formulado pela parte impetrante acolhido. (TRF-4 - Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 01/07/2009, SEXTA TURMA)

De fato, há não razões que justifiquem a discriminação do estrangeiro na concessão do benefício de prestação continuada (BPC). Se a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º que são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”, não poderia a lei, nem muito menos um decreto, excluir essas pessoas da proteção social num momento de fragilidade social e financeira, muitas vezes agravadas por condições precárias de saúde.

O Art. 203, V, da CF/88, proclama que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, especificando que o benefício é devido ao idoso e a pessoa com deficiência, não fazendo qualquer ressalva quanto à origem ou nacionalidade dos beneficiários, de modo que o próprio dispositivo e sua norma regulamentadora (LOAS) devem ser interpretados de forma harmônica com os fundamentos e objetivos fundamentais consagrados pela Carta Magna, dentre os quais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ademais a prevalência dos direitos humanos é dos princípios fundamentais que rege o Brasil nas suas relações internacionais.

O entendimento segundo o qual o benefício só é devido ao “cidadão” por força do que reza o art. 1º da LOAS não se sustenta, pois, a prevalecer tal premissa, o benefício não poderia ser concedido a crianças menores de 16 (dezesseis) anos nem aos absolutamente incapazes que, por não possuir o necessário discernimento para os atos da vida civil, não poder ser cadastrados como eleitores. Parece mais razoável o que prega George Marmelstein (2016) segundo o qual,

É certo que o art. 1º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), diz que a assistência social é “**direito do cidadão** e dever do Estado...”. A redação do referido artigo, segundo o INSS, indicaria que apenas os cidadãos brasileiros teriam direito ao benefício. É fácil refutar essa ideia. Em primeiro lugar, o INSS concede o benefício para menores de idade ou mesmo para portadores de graves deficiências mentais, que, a rigor, não são cidadãos no sentido técnico do termo. Além disso, é bastante claro que o texto não trata dos requisitos para a concessão dos benefícios, mas apenas adota uma linguagem retórica para dizer que todos têm o direito

à assistência social. A cidadania não pode ser requisito para a concessão do benefício, até porque a própria Constituição não afirmou isso. Se apenas os cidadãos (i.e. os eleitores) pudessem receber o benefício assistencial, tal restrição, seria claramente inconstitucional.

A propósito, é a própria LOAS que estabelece em seu art. 4º que, a assistência social provê os mínimos sociais e visa garantir o atendimento às necessidades básicas (art. 1º), sendo regida pelos seguintes princípios: “IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza [...]”.

Ademais, aplicável também à hipótese o Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, que estabelece a exigência de tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros residentes, pois, nos termos de seu art. 95: “O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”.

Assim, o que há na realidade, é um decreto regulamentar, de caráter infralegal, portanto, restringido o acesso do estrangeiro ao benefício, já que LOAS, conforme visto, não trouxe tal limitação ou restrição. Assim, é manifestamente inconstitucional e até ilegal qualquer entendimento que, com base apenas na nacionalidade, negue a concessão do benefício ao estrangeiro residente.

Por outro lado, não se trata, também, de uma questão de reciprocidade até porque não se está tratando de uma questão diplomática ou consular (como exigência de visto, acordos comerciais, validade de documentos, dentre outros). Como salientado, trata-se de uma questão de direitos humanos, de fornecer o mínimo vital a um ser humano em momento de extrema vulnerabilidade física e financeira, de modo que negar o benefício apenas porque se trata de um estrangeiro é um preconceito de nacionalidade que não encontra amparo em qualquer noção de dignidade humana.

Ademais, seria até contraditório o Brasil, que vem pregando uma política de combate à pobreza em nível mundial, inclusive financiando obras de infraestrutura em países considerados menos desenvolvidos, num claro objetivo de aumentar seu protagonismo internacional, negar um benefício assistencial a uma pessoa no momento que ela mais precisa só pelo fato de ser um estrangeiro. Nesse sentido, concordamos, mais uma vez, com as colocações de George Marmelstein (2016) ao asseverar que,

Seria uma atitude muito hipócrita proclamar, em belos discursos jurídicos, o princípio da igualdade, o combate ao preconceito, a proibição de discriminação e a ideia de que toda vida humana possui o mesmo valor e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, adotar uma postura de falso patriotismo onde os nossos nacionais

valeriam mais do que os outros seres humanos. Igualmente contraditório seria condenar o preconceito que os brasileiros sofrem em outros países e, aqui, fazermos o mesmo com pessoas de outras nacionalidades, especialmente de países mais pobres que o nosso.

[...]

O Brasil, cada vez mais, eleva os gastos com ajuda humanitária para países mais pobres, numa elogiável atitude de solidariedade mundial. Seria um contra-senso enviar milhões de reais para o exterior, para ajudar pessoas necessitadas em outros países, e não ajudar os estrangeiros necessitados que residem no país. Se o Brasil pretende ser um país com alguma liderança no novo cenário mundial, tem que começar tendo uma atitude moral coerente e sincera, onde a preocupação com a miséria humana em todos os lugares do planeta não é apenas da boca para fora.

Por fim, cumpre salientar que, dada a importância do tema e seu nítido caráter constitucional, o Supremo Tribunal Federal — STF reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 587.970-4-SP, nos seguintes termos:

ASSISTÊNCIA SOCIAL - GARANTIA DE SALÁRIO MÍNIMO A MENOS AFORTUNADO - ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS - DIREITO RECONHECIDO NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. (RE 587970 RG, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742).

A questão ainda está no âmbito do Poder Judiciário que aguarda uma manifestação do STF no mencionado recurso extraordinário com repercussão geral, cuja decisão será aplicada a todos os demais casos com idêntico objeto, ou seja, a concessão do benefício assistencial ao estrangeiro residente, o que confirma o caráter constitucional do tema proposto neste artigo.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal conferiu à assistência aos desamparados o status jurídico de direito fundamental, passando a ser um direito público subjetivo devido a todo aquele que dela necessitar (arts. 6º e 203 da CF/88). Sua finalidade é oferecer uma proteção mínima àqueles que se encontram excluídos dos sistemas previdenciários ou que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco social.

O benefício de assistência social devido ao idoso e ao deficiente como um dos objetivos da assistência social é um direito com assento constitucional

devido a todos aqueles que atendam aos requisitos e condições estabelecidas em lei, sendo vedada a adoção de qualquer critério discriminatório, como exclusões ou limitações em razão da origem ou nacionalidade.

Por outro lado, o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos (DUDH, PIDESC, dentre outros), nos quais assumiu o compromisso de promover a justiça e o bem-estar sociais, reconhecendo que, em atenção ao princípio da dignidade humana e do mínimo existencial, os direitos sociais, dentre eles a proteção social, são direitos humanos que devem ser disponibilizados a todos sem qualquer discriminação. Ao fornecer o mínimo existencial no momento de maior fragilidade financeira e/ou física do beneficiário, não há dúvidas de que o benefício assistencial tem importância fundamental da concretização dos direitos humanos.

Assim, a partir da premissa de que o benefício assistencial de prestação continuada é um direito de caráter fundamental, o estrangeiro residente não pode e nem foi excluído de sua concessão, haja vista que a legislação estabeleceu como requisitos apenas a idade/deficiência e a condição de miserabilidade. Como se viu, a nacionalidade brasileira não é requisito para a concessão do benefício, pois, em razão da adoção da igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes (art. 5º, caput, CF/88), de modo que a exclusão destes da proteção social é manifestamente inconstitucional.

Como no âmbito administrativo (INSS), o benefício tem sido indeferido quando requerido por estrangeiro, o que se dá em razão da previsão infralegal estabelecida no Decreto nº 6.214, de 2007, a questão está sob apreciação do Poder Judiciário, o qual, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral da matéria por intermédio Recurso Extraordinário 587.970/SP.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário**, 3.ed. Salvador: Juspodivum, 2013.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1989.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Panorama e concretização constitucional da assistência social**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 83, p. 211, abr.2013.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSI, William. **Direito Previdenciário na visão dos tribunais: doutrina e jurisprudência**. 1ª Edição, Ed. Método, São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.242, de 7 de dezembro de 1993. Brasil: Imprensa Oficial, 2007.

BRASIL, Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasil: Imprensa Oficial, 1993.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**, 3. ed. Editora Método, São Paulo, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

INSS, Procuradoria Federal Especializada. **Lei 8.213/91 Anotada pela PFE/INSS**. Escola da AGU, Brasília, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, 7.ed. Juspodivm, Salvador.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (organizadores). **Prática Previdenciária — A Defesa do INSS em Juízo**. Quartier Latin, São Paulo, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3.ed, LTR, São Paulo.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Benefício assistencial para estrangeiro — Caso Mama Selo Djalo. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2010/04/21/beneficio-assistencial-para-estrangeiro-caso-mama-selo-djalo/>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

MITUZANI, Larissa. **Assistência social como direito: aspectos nacionais e internacionais**. In Brasil Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Concurso de Artigos Jurídicos. Direito à Assistência Social. 1. ed., Brasília: 2015.

MORO, Sérgio Fernando. **Questões Controvertidas sobre o benefício da assistência social**, in Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência

Social, Daniel Machado Rocha (organizador) — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Janaína Rodrigues. **O protagonismo da política de assistência social na efetivação dos direitos humanos.** In Brasil Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Concurso de Artigos Jurídicos. Direito à Assistência Social. 1. ed., Brasília: 2015.

SEPÚLVEDA, Magdalena; NYST, Carly. **The human rights approach to social protection.** Ministry for Foreign Affairs of Finland. Erweko Ou, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. n. 42. Rio de Janeiro: 1990, p. 69-8.

XEXÉO, Leonardo Monteiro. Estrangeiro no Brasil tem direito a LOAS? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3874, 8 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26594>> Acesso em: 11 nov. 2015.

* **Recebido em 07 dez. 2014.**



CRITÉRIOS DE EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO AMBIENTAL

*Marcelo D. Varella**
*Lauren L. Lautenschlager***

Resumo

Este artigo tem como objetivo definir possíveis critérios comuns de efetividade na proteção ambiental a serem aplicados em três grandes áreas: (1) clima e florestas, (2) biodiversidade e espécies ameaçadas e (3) resíduos. Tais critérios serão divididos em dois grupos: critérios de efetividade no plano global e critérios de efetividade no plano nacional. Os primeiros se subdividiram em material e formal, ao passo que os segundo em normativo e institucional. Com a aplicação de tais critérios, seja nos tratados ambientais, seja ainda nas normas e instituições, tornar-se-á possível verificar a situação de efetividade em um determinado país. Para que o objetivo seja cumprido, haverá a aplicação de uma metodologia interdisciplinar, com o auxílio da teoria dos regimes ao Direito. Os resultados obtidos foram a fixação vinte e três critérios, sendo cinco critérios materiais, três formais, dez normativo e cinco institucionais.

Palavras-chave

Crítérios. Efetividade. Proteção ambiental.

EFFECTIVENESS CRITERIA IN ENVIRONMENTAL PROTECTION

Abstract

This paper presents possible common criteria for effectiveness in environmental protection to be applied in three major areas: (1) climate and forests, (2) biodiversity and endangered species, and (3) waste. These criteria are divided into two groups: effectiveness criteria at the global level and effectiveness criteria at national level. The first one, at the global level, is subdivided into formal and material aspects, while the second one, at national level, in regulatory and institutional aspects. We believe that this methodology will be sufficient to identify the reasons why a treaty is effective or not in a country. The main contribution is to introduce a matrix with different aspects to analyze effectiveness in international environmental law.

Keywords

Criteria. Effectiveness. Environmental law

* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Livre-Docente pela USP. Pesquisador nível 1 do CNPq.

** Doutoranda em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB, com estágio doutoral nos Estados Unidos.

1. INTRODUÇÃO

Para que seja possível afirmar que uma determinada norma (internacional e interna) ou instituição é efetiva na proteção ao meio ambiente é necessário definir o que se entende por efetividade. Ocorre que além deste tema configurar como um quarto plano da norma jurídica, ele aparece como denominador comum, de outras áreas do saber, por exemplo, da Sociologia, da Antropologia, da Ciência Política, das Relações Internacionais e da Economia. Dessa forma, várias são as formas de compreendê-la e de verificá-la.

Definir critérios de efetividade que visem a proteção ambiental e que possam ser adotados em uma perspectiva global e nacional não é uma tarefa fácil, porém necessária para que se possa verificar se, e de que forma as normas de proteção ambiental internacional influenciam as políticas realizadas por um Estado parte. Para isso é preciso verificar os critérios existentes, contextualizá-los com a temática ora proposta e somente em um momento posterior, tentar desenvolver novos critérios a serem observados. Neste artigo, objetiva-se identificar possíveis critérios a serem utilizados para auferir efetividade de um tratado ambiental.

Para fixar os critérios adotados, optou-se por separar os critérios em dois grupos, de acordo com o nível a ser estudado, global ou nacional. Assim, os critérios de efetividade no plano global são aqueles a serem analisados nos textos de tratados ambientais e os critérios de efetividade no plano nacional serão aqueles a serem observados nas políticas públicas¹ desenvolvidas pelo governo brasileiro, entendidas estas como a criação de normas e instituições de proteção ambiental.

O presente estudo, além da introdução e das considerações finais, foi dividido em três momentos. Em um primeiro momento, busca-se definir o que se entende por efetividade. Para isso foi preciso delinear os contornos jurídicos sobre o assunto e assumir que o direito não é a única área que se preocupa com o tema, podendo receber auxílio das outras ciências. Em um segundo mo-

¹ Entende-se por política pública um programa de ação governamental visando a realização de objetivos determinados. Conceito dado por BUCCI, M.P.D. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49. Em outras palavras, as políticas públicas são microplanos ou planos pontuais que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados. De forma mais específica, política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados

mento, identifica-se e define-se os critérios de efetividade citados por diferentes autores nacionais e estrangeiros. Por fim, os critérios foram escolhidos, justificados e contextualizados na proteção ambiental. Ao se conhecer o que o direito internacional precisa conter para ser efetivo, é possível construir normas com maior qualidade.

2. DEFINIÇÃO DE EFETIVIDADE NO CAMPO JURÍDICO

A análise deste trabalho perpassa o aspecto deontológico e prescritivo do “dever ser” buscando analisar o aspecto fático e descritivo do “ser”. Isso porque, ao invés de estudar os planos da norma jurídica (existência, validade e eficácia), procura-se analisar um quarto plano, quase sempre negligenciado²: o da efetividade ou eficácia social da norma. Com isso, não se quer depreciar os planos iniciais da norma jurídica, pelo contrário, já que apenas com o preenchimento imaculado destes planos é que se poderá analisar a efetividade desta.

Os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em especial podem ser analisados em três planos distintos³, mas interligados entre si: existência (ou vigência⁴), validade e eficácia. Alguns destes apresentam uma subdivisão, por exemplo, a validade pode ser subdividida em validade formal⁵ (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento)⁶. A eficácia pode, por exemplo, ser entendida tanto como eficácia jurídica ou eficácia social⁷, e este último como sinônimo de efetividade.

Para este estudo, o conceito de existência ocorre quando após juridicização, a norma é feita e publicada. A vigência será ordenada pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro⁸. A validade da norma ocorre pela sua harmonia com o ordenamento jurídico (respeito à Constituição Federal). E a eficácia dá-

² BARROSO, L.R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.243.

³ BARROSO, L.R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴ Para NINO, C. S. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, Kelsen (1976) empregou um conceito normativo da validade jurídica, tanto o conceito de validade quanto a noção de existência podem ser normativos ou descritivos. Dizer que uma norma é válida implica afirmar que deve ser observada e aplicada. Se a noção de existência for identificada com o conceito normativo de validade, uma norma existe quando deve ser feito o que ela prescreve. Se for identificado como um conceito descritivo, a norma existe se for vigente ou quando pertencente a um sistema jurídico.

⁵ Conforme BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001, a validade formal da norma compreende analisar a questão da competência de quem a fez, da congruência com a norma fundamental, sem esquecer da questão temporal.

⁶ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷ SILVA, J.A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁸ Decreto-Lei nº 4.657/42, o qual teve a redação dada pela Lei nº 12.376/10.

se quando a norma produz efeitos. Tais efeitos podem ser jurídicos, e daí, falar-se-á em eficácia normativa, como podem ser sociais e então, falar-se-á em eficácia social ou efetividade. Assim, toda a norma possui um mínimo de eficácia, ainda que não se contente com esta.

Não há como negar que exista relação entre validade e eficácia. A observância da norma pelo seu destinatário leva a eficácia da norma⁹. E, uma norma que não seja eficaz não pode ser considerada uma norma válida¹⁰. Além disso, em face da diversidade de autores que tratam sobre o tema, os termos utilizados por uns, podem até serem diferentes, mas buscam um mesmo significado. Por exemplo, eficácia para Kelsen (1976) significa o mesmo que validade formal para Bobbio (2001) e Reale (2002). Em Kelsen, eficácia social seria o mesmo que efetividade para o direito administrativo ou para os propósitos deste artigo.

As normas são produzidas para serem cumpridas, mas quando estas são elaboradas vários fatores devem ser observados, inclusive a previsibilidade de seu descumprimento (condição existencial prescritiva do direito)¹¹. Porém, o descumprimento da norma figura como uma exceção que tem como remédio uma sanção.

Certos autores afirmam que a eficácia de comportamento é diretamente proporcional com o consenso social. Os comportamentos serão mais efetivos na medida em que aumente o consenso. Isso porque, sem existir um “querer coletivo” o Estado precisa exercer um alto esforço burocrático de controle, para alcançar um certo grau de eficácia de sanção das normas. E esse é um dos problemas das normas ambientais que possuem validade formal, mas não eficácia espontânea e, conseqüentemente, só logram cumprimento de maneira compulsória¹².

⁹ Ampliando o conceito de eficácia, porém usando-o como sinônimo de vigência, NINO, C. S. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 diz que uma norma jurídica será eficaz ou vigente quando seus destinatários geralmente a observam e quando certos órgãos de aplicação as reconheçam em suas decisões.

¹⁰ A eficácia normativa se refere a aplicação e observância da norma e que para ser válida, a conduta humana estipulada pela norma deve, pelo menos em certa medida, ser efetiva. KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. Coleção STVDIVM: temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra: Arménio Amado, 1976. Quando Kelsen assegura ser a eficácia condição de validade ele quer dizer que a norma será válida se for eficaz, ou seja, se for adequada à norma superior. De forma semelhante, COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014 diz que quando uma norma perde a eficácia para Kelsen, ela perde a validade e, validade para ele também é existência.

¹¹ CALSING, R.A. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado, UNICEUB, 2005.

¹² Nesse sentido, KRELL, A.J. **Discrecionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004 e REALE, M. **Lições Preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A lei não está limitada a arbitrar relações sociais, desejando se tornar um agente de mudança social¹³. Dessa forma, a ideia de efetividade significa a realização do Direito, expressa o fato da norma ser aplicada e observada e reflete a sincronização do conteúdo da norma com a conduta humana¹⁴, ou seja, a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social¹⁵.

Mas, para que seja possível verificar a obediência normativa, é necessário que a norma tenha capacidade de produzir seus efeitos (eficácia). E ela somente conseguirá ser, neste sentido, capaz, se (1) for adequada à realidade¹⁶ e se (2) for congruente com os valores que a fundamentam¹⁷.

Falar em efetividade dos acordos de proteção ambiental pode significar duas coisas diferentes, que do ponto de vista legal devem ser separadas, mas do ponto de vista prático andam juntos: obediência e resolução de problema ambiental particular¹⁸.

Entender a efetividade como problema apenas dos sociólogos é negar que o direito possui uma função social. Isso por si só, esvaziaria a finalidade pela qual o direito foi criado. Todavia, é imprescindível compreender que este conceito perpassa o âmbito jurídico na medida em que o Direito não é a única ciência que com ele se preocupa.

A análise da efetividade das normas jurídicas é denominador comum, por exemplo, do Direito, da Sociologia, da Antropologia, da Ciência Política, das Relações Internacionais e da Economia¹⁹. Isso, por si só, representa a aproximação teórica do Direito com as demais ciências, bem como a necessidade prática, a fim de estabelecer a interdisciplinaridade esperada²⁰.

¹³ OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford University Press, 1994.

¹⁴ REALE, M. **Lições Preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁵ BARROSO, L.R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.243.

¹⁶ Nas palavras de AZEVEDO, A., LIMA, G. Construção do conceito de efetividade no direito. In: **Efetividade do direito internacional ambiental**. Vol 5. Ana Flavia Barros-Platiau e Marcelo D. Varela (Orgs.). Brasília: UNICEUB, UNITAR, UNB, 2009. p. 8 a 24, quanto maior o grau de adequação de uma norma à realidade na qual se insere (validade), maior será a possibilidade de obediência a ela (eficácia).

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, T.S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

¹⁸ BOTHE, M. The Evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law. P. 13-38. In: **Enforcing environmental standards: economic mechanisms as viable means?** WOLFRUM, R. (Ed.) Springer, 1996.

¹⁹ Conforme MALJEAN-DUBOIS, S. La mise en oeuvre du droit international de l'environnement. In: **Les notes de l'Idri** n° 4. Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence, 2003.

²⁰ Nesse sentido, BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2) quando menciona que alguns institutos e categorias tradicionais do direito hoje rarefeitos buscam novo sentido ou nova força restabelecendo con-

A dificuldade de estabelecer critérios de efetividade, os quais serão após analisados nos regimes ambientais, decorre a) por quem analisa a efetividade, uma vez que vários são os sujeitos que a analisam, b) pelo que se entende por efetividade, na medida em que em cada ciência a qualifica de uma forma e, c) pela variedade de formas de estudá-la, na medida em que a metodologia a ser aplicada não é única²¹.

De forma geral, a efetividade pode ser definida em termos de implementação, de conformidade, de impactos sobre o comportamento dos atores, de realização dos objetivos do regime, de resolução do problema ou ainda, de impactos sobre outros valores. Seu amplo conceito vai desde a necessidade de um referencial de comparação até a real mudança comportamental. Já, com relação as abordagens para tratar sobre o tema, é possível citar o uso de simulações, a avaliação de modelos comportamentais, a análise de mecanismos causais e a utilização de instrumentos comparativistas²².

Embora os juristas preocupem-se mais com a conformidade e os politólogos com os impactos sobre os comportamentos, isso não quer dizer que o jurista admita que a norma não seja seguida, ou ainda, que o politólogo não exige a conformidade para que ocorra o impacto comportamental. Com isso, percebe-se que a forma como cada ciência aborda a questão da efetividade é interdependente, embora o peso de cada significado possa ser diferente²³.

A efetividade dos instrumentos normativos poderá ter graus diferentes. Pode ser que um determinado instrumento normativo não resolva o problema ambiental, mas impeça que este se torne mais grave ou atinja seus objetivos que não eram desde o início resolver o problema, a exemplo do Protocolo de Quioto. Além disso, a efetividade de um instrumento normativo não é *ad eternum*, podendo ser alterada com o passar do tempo.

Parte-se da premissa que a ratificação de um tratado ambiental significa o desejo de cumpri-lo. Assim, os regimes ou tratados ambientais que assim se

tato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de objetividade e cientificidade - desafios do positivismo jurídico - é hoje um objetivo até certo ponto superado.

²¹ É importante ressaltar que vários podem ser os conceitos acerca do que se entende por eficácia. Além disso, muitas são as maneiras pelas quais se podem estudar a eficácia de um regime ambiental. Dessa forma, tanto o conceito de eficácia quanto sua mensuração permanecem dotados de certa polissemia. STEINER, A.Q e MEDEIROS, M.A. Como saber se as Convenções Internacionais de meio ambiente realmente funcionam? Abordagens teórico-metodológicas sobre a eficácia dos regimes ambientais. In: **Contexto Internacional**. Vol. 32, n. 2, julho/dezembro 2010.

²² STEINER, A.Q e MEDEIROS, M.A. Como saber se as Convenções Internacionais de meio ambiente realmente funcionam? Abordagens teórico-metodológicas sobre a eficácia dos regimes ambientais. In: **Contexto Internacional**. Vol. 32, n. 2, julho/dezembro 2010.

²³ LE PRESTRE, P. A reforma no governo internacional do meio ambiente: elementos do debate. In: **Proteção internacional do meio ambiente**. Vol 4. Marcelo D. Varela e Ana Flavia Barros-Plataiu (org.). Brasília: UNITAR, UNICEUB, UNB, 2009. p. 236-302.

enquadrem vão levar a uma alteração no comportamento dos Estados. Isso é assim porque se entende que a ratificação reflete uma das formas possíveis do Estado manifestar o seu consentimento em ficar vinculado por um tratado, além é claro do fato de que todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé. Desta forma, existem outras formas, que não a ratificação, as quais demonstram que o interesse não existe, tais como: reserva, denúncia, retirada, suspensão, impossibilidade superveniente de cumprimento.

De acordo com os art. 18 e 27 da CVDT, além da obrigação de não privar um tratado do seu objeto e do seu fim mesmo antes da sua entrada em vigor, os Estados não podem invocar disposições do seu direito interno para justificar o não cumprimento de um tratado. Até porque já houve um juízo de conveniência e de oportunidade, o qual não pode ser desconsiderado.

Acontece que o não cumprimento de um tratado pode ocorrer por uma questão de preferência, incapacidade econômica ou tecnológica e/ou inadvertência tornando difícil perceber se decorreu de um ato intencional ou de uma incapacidade. Pode ser que o Estado considere que os benefícios para o cumprimento não compensam os custos ou ainda, que os benefícios de não cumprir excedem os para cumprir. Agindo racionalmente, os Estados podem verificar, por exemplo, que os custos de conformidade são mínimos, ou perceber que os acordos incluem cláusulas escapatórias, as quais permitem a flexibilidade de atuação necessária. É por isso que formas de garantir o cumprimento dos acordos estejam cada vez mais presentes já na elaboração de tais documentos.

Os critérios de efetividade no plano global serão aqueles a serem analisados nos tratados ambientais e os critérios de efetividade no plano nacional serão aqueles a serem observados nas políticas públicas desenvolvidas pelo governo brasileiro.

Um regime pode ser considerado efetivo se: (a) garante a proteção do meio ambiente; (b) conduz ao respeito das regras e normas definidas; (c) conduz a modificação desejada do comportamento humano; (d) é transposto a diferentes níveis institucionais (sejam eles, regional, nacional e/ou local) por meio da adoção de leis, regulamentos e a realização de algumas atividades administrativas e, (e) tenha um impacto através da sua mera existência, independentemente da adoção de medidas específicas²⁴. Importante dizer que esta definição de regime efetivo não traduz com clareza os critérios de forma objetiva. Isto porque, por exemplo, os critérios (d — transposição a níveis institucionais)

²⁴ MALJEAN-DUBOIS, S. La mise en oeuvre du droit international de l'environnement. In: **Les notes de l'Iddri** nº 4. Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence, 2003.

e (e — impacto por sua existência) parecem contradizerem-se, pois se o regime deve ter impacto independentemente da adoção de medidas específicas, em tese, ele não precisaria ser transposto para os diferentes níveis institucionais.

A maior viabilidade de execução de um tratado pode ocorrer também quando: (a) suas obrigações sejam redigidas para que as partes tenham exata consciência dos meios necessários cumpri-las; (b) o conteúdo desta obrigação seja claro e de dimensão restrita, a fim de facilitar o controle sobre o seu cumprimento; (c) os mecanismos de controle sejam transparentes para possibilitar às partes total previsibilidade das consequências do seu não cumprimento e, por fim (d) os benefícios obtidos com a adesão do tratado sejam equilibrados com os custos decorrentes da assunção de obrigação²⁵.

Aqui percebe-se a importância na clareza na redação do tratado ambiental, a qual deve trazer a obrigação em si, a forma de cumpri-la e os mecanismos de controle que serão adotados. Quanto ao critério (d — benefícios equilibrados com os custos) parece mais um requisito indispensável já mesmo na ratificação do tratado e não, necessariamente na fase posterior (de cumprimento).

A averiguação da efetividade da norma internacional pode ainda ocorrer com a investigação dos seguintes critérios: (a) tenha sido constituída de acordo com a forma delineada para ela; (b) tenha sido devidamente, inserida no ordenamento jurídico interno de cada participante, também, adequada sob o aspecto formal; (c) esteja adequada socialmente, em congruência com a realidade, de modo a ter elementos para sua incidência e obediência por parte de seus destinatários; e, (d) apresente real efetivação, ou seja, que os seus destinatários estejam cumprindo aquilo a que se obrigaram internacionalmente²⁶.

Com relação a estes critérios, deve-se ressaltar que em relação ao critério (a — forma própria) o não cumprimento ao procedimento dos tratados, levaria por si só a sua não adoção pelos países. O critério (b — inserção correta) é semelhante ao anterior critério de transposição em diferentes níveis institucionais e a adequação ao aspecto formal leva a análise da constitucionalidade. O critério (c — adequação social) na verdade figura-se como requisito prévio para eficácia da norma. Além disso, tal critério na verdade é uma pré-condição ao critério (b — inserção correta). E por fim, o critério (d — real efetivação) na verdade é o resultado esperado e não propriamente, um critério. Além disso,

²⁵ BOTHE, M. The evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law. In: **Enforcing environmental standards: Economic mechanisms as viable means?** WOLFRUM, R. (Ed.), Springer, 1996, p. 13-38.

²⁶ AZEVEDO, A., LIMA, G. Construção do conceito de efetividade no direito. In: **Efetividade do direito internacional ambiental**. Vol 5. Ana Flavia Barros-Platiau e Marcelo D. Varela (Orgs.). Brasília: UNICEUB, UNITAR, UNB, 2009. p. 8 a 24.

a expressão “real efetivação” é redundante na medida em que não se busca uma efetivação ilusória.

Certos autores referem que se o âmbito de aplicação do regime for geral no sentido de conter disposições que afetem interesses vitais do Estado, como a economia, provavelmente, haverá conflitos de interesses exigindo participação dos líderes políticos nas negociações²⁷. Todavia, se o âmbito de aplicação do regime for estreito e não afetar interesses vitais do Estado, sua discussão será delegada a peritos técnicos²⁸. Poder-se-ia então concluir que um regime específico e técnico seria mais efetivo do que um regime geral e político. Mas tal conclusão não pode ser aplicada. Por mais que o escopo de um regime seja a proteção ambiental, e este não vier a ser considerado um interesse vital do Estado, questões econômicas e sociais farão, inevitavelmente, parte da discussão. Não há como dar um tratamento diferenciado aos países sem levar em consideração o processo do seu desenvolvimento, nem mesmo incentivar a produção de tecnologia limpa sem relacioná-la a economia²⁹.

Percebe-se que as definições acima mesclam critérios que se relacionam ora a aspectos materiais, ora a aspectos formais. Além disso, é curioso que o critério de transposição para diferentes níveis institucionais ou a necessária inserção ao ordenamento jurídico interno de cada participante seja considerado um critério a ser observado a nível global, quando na verdade, refere-se ao plano nacional. Dessa forma, optou-se pela reestruturação dos critérios em ambos os níveis, cada qual com suas particularidades.

Alguns autores criam critérios que se relacionam a efetividade da proteção ambiental em um tratado específico com aspectos que fogem ao tema e se relacionam ao todo, como por exemplo, uma maior informação³⁰ sobre as questões ambientais; educação, legitimidade e democracia ambientais. Para

²⁷ O regime do clima, segundo KAMIGAWARA, K. Comparative typological study of change in global environmental regimes. *International Environmental Agreements*. Dordrecht: Springer, 2013 diz respeito a quase todos os aspectos das atividades sociais e econômicas e relaciona-se fortemente com a energia e as políticas macroeconômicas.

²⁸ KAMIGAWARA, K. Comparative typological study of change in global environmental regimes. In: **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**. Volume 15. Netherlands: Springer, 2015, p. 179-197..

²⁹ Nesse sentido, MMA. **Ações brasileiras para a proteção da camada de Ozônio**. Brasília, 2014, uma economia dinâmica e próspera é requisito essencial para o financiamento de ações e de desenvolvimento tecnológico exigido para o efetivo cumprimento do Protocolo de Montreal.

³⁰ A relutância em prever a transparência limita a possibilidade de controlar o cumprimento. WOLFRUM, R. **Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law**, documento em pdf.

este trabalho questões sobre exclusão social³¹, democracia³², participação³³, acesso a serviços ou direitos, informação, educação³⁴ por serem ferramentas de qualquer política³⁵ ambiental, serão analisadas somente quando estiverem presentes explicitamente nos tratados ambientais ratificados pelo Brasil no lapso temporal e nas áreas pré-definidas.

Não se duvida que a eficácia e a efetividade do direito ambiental estejam diretamente relacionadas com tais questões³⁶, uma vez que sem a existência de instrumentos legais que assegurem o direito da população a acessar a informação pública, poucas são as possibilidades de monitorar as políticas públicas³⁷, inclusive as ambientais. Todavia, se reconhece que a democratização da sociedade internacional esbarra nas resistências por parte dos Estados³⁸.

³¹ A exclusão social é também uma forma de exclusão ambiental. FARIAS, T., ALVARENGA, L.J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. In: **Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico]: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin (orgs.) Caxias do Sul: Educs, 2014. p.30 a 52.

³² A democracia ambiental é reduzida na medida em que a degradação ambiental e a injustiça social aumentam. PERALTA, C.E. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: **Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico]: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin (orgs.) Caxias do Sul: Educs, 2014. p.13 a 29. O meio ambiente, neste sentido deve ser tratado como bem de uso comum do povo, gerido por todos e em prol de todos. FARIAS, T., ALVARENGA, L.J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. In: **Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico]: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin (orgs.) Caxias do Sul: Educs, 2014. p.30 a 52.

³³ A partir do fenômeno da participação democrática e cidadã na defesa do ambiente, delineiam-se quatro subprincípios: o princípio da participação popular, o princípio do acesso à informação ambiental, o princípio da Educação Ambiental, e o princípio do consumo sustentável. FENSTERSEIFER, T. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁴ Para uma visão integrada e solidária da educação e da reparação como instrumentos de efetividade da política ambiental, ver LANFREDI, G.F. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: RT, 2002.

³⁵ A política não se globalizou tanto quanto a jurídica. ANDRADE, P.P. **Mecanismos normativos privados para proteção jurídica do interesse geral**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2015.

³⁶ Sobre a questão de informação ambiental ver Lei nº 10.650/03 e a discussão sobre adesão do Brasil na Convenção de Aarhus/98 em FRANGETTO, F.W. A convenção de Aarhus e a Lei nº 10.650/2003: possíveis convergências. In: **Direito internacional do meio ambiente**. NASSER, S.H e REI, F. (org) São Paulo: Atlas, 2006, p. 89 a 98. Ver também LEITE, J.R.M. AYALA, P.A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

³⁷ COURTIS, Christian. Los derechos sociales em perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miquel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p. 185 a 209.

³⁸ MALJEAN-DUBOIS, S. **International environmental law**. Seminário Jurídico Avançado realizado no UNICEUB, Brasília, 2014.

2.1. Critérios de efetividade no plano global

Os critérios de efetividade no plano global podem ser divididos em critérios materiais e critérios formais.

2.1.1 Critérios materiais

Com relação aos aspectos materiais, um tratado ambiental será considerado efetivo:

(a) assegurar a proteção ambiental a que se propõe, (b) conduzir a modificação no comportamento humano; (c) possuir clareza no conteúdo das obrigações³⁹ e (d) estabelecer metas e métodos para que aquelas sejam alcançadas.

a) Assegurar a proteção ambiental no tema específico

Para que seja possível analisar este critério é necessário considerar que o DIP, através dos seus tratados é capaz de proteger o meio ambiente⁴⁰. Isso não significa dizer que a simples ratificação de um tratado ambiental, por si só, proteja o meio ambiente, uma vez que para que isso ocorra, são necessárias medidas internas de cada Estado parte.

A proteção ambiental a ser dada no tratado figurará como objetivo geral do documento.

Para que um tratado venha a proteger o meio ambiente ele precisa ter sido elaborado sob a percepção dos mais variados pontos de vista, ou seja, dos biólogos, químicos, médicos, ecologistas, economistas, sociólogos. Hoje, se percebe que este diálogo com os demais ramos da ciência ocorre na seara internacional tanto de forma direta, como de forma indireta. No primeiro caso o diálogo ocorre nas negociações internacionais, conferências das partes, *position papers*, entre outros. No segundo caso, quando cada país traz a sua proposta feita por uma equipe multidisciplinar de expertises.

b) Conduzir a modificação no comportamento humano

³⁹ Segundo FITZMAURICE, M. A. **International Protection of the Environment**. Martinus Nijhoff Publishers: Hague, 2002, é necessário o estabelecimento de normas primárias, as quais impõem obrigações específicas para os Estados.

⁴⁰ No mesmo sentido, DE BURCA, G., KEOHANE, R.O., SABEL, C.F. *New Modes of Pluralist Global Governance*. 2013. **New York University Journal of International Law and Politics**. Vol. 45, nº 1. NYU School of Law, Public Law Research Paper nº 13/08; Columbia Law and Economics Working Paper nº 448 quando diz que a contemporaneidade do DIP trouxe mudanças significativas na elaboração de normas, na participação de atores, na resolução de conflitos e na forma de administrá-lo o que o possibilita proteger o meio ambiente.

Este critério parte da ideia de que o comportamento humano atualmente adotado degrada, ou não vêm protegendo o meio ambiente. Por este motivo, é necessária sua modificação

c) Possuir clareza no conteúdo das obrigações

Por mais que a indeterminação normativa (internacional e interna) seja uma propriedade inerente⁴¹ e limitada à linguagem⁴², a clareza no conteúdo das obrigações exige que qualquer parte obtenha o mesmo significado das palavras ali dispostas. E isso é extremamente difícil no direito, por duas razões claras: uma semântica e outra sistemática. A questão semântica se apresenta pela presença massiva de conceitos valorativos e controvertidos. A sistemática, pelo conflito entre normas⁴³.

Este critério abrange duas dimensões: (1) trazer os deveres de forma clara — o que fazer, (2) ser possível identificar o órgão responsável por fazê-la — quem deve fazer o que: órgão de aplicação, órgão de execução e/ou órgão de fiscalização.

Por mais que hoje exista uma tendência em definir termos a serem utilizados no corpo do tratado, isso não impede por exemplo, a interpretação que pode ser obtida de uma obrigação com todas as suas consequências⁴⁴.

d) Estabelecer metas e métodos para que aquelas sejam alcançadas

A fixação de metas a curto, médio e longo prazo passíveis de serem executadas facilita o cumprimento do tratado, levando a sua efetividade. Os métodos, por sua vez, significam as formas de agir tendo em vista cumprir as metas estabelecidas. Estas definições podem contar com o auxílio da ciência.

⁴¹ Da mesma forma, COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014 quando diz que a indeterminação é congênita a norma jurídica, ou ainda, que a incerteza e a indeterminação se tornam objetivas, na medida em que, toda palavra apresenta mais de um significado.

⁴² REGLA, J. A. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2010, p. 247 a 263. Esta limitação decorre do fato de que o sentido de uma palavra é aquele atribuído pelo uso em uma comunidade em um determinado tempo.

⁴³ REGLA, 2010, p. 247 a 263.

⁴⁴ E aqui, nem a concretização judicial, nem a atualização legislativa, nem mesmo o uso da técnica da ponderação poderão suprimir a subjetividade de seus intérpretes. Isso porque, a perfeita objetividade é um ideal inalcançável em um âmbito normativo. PULIDO, C. B. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedra-hita, 2006.

A ciência pode realizar uma atividade de meio e de fim. De meio, na medida em que, ela serve para identificar os problemas. De fim, na medida em que, ela define o universo de possíveis soluções⁴⁵.

Além disso, o fato de que a ciência estar em evolução não pode ser considerada uma desculpa a não observação das obrigações ali dispostas. Nem mesmo a incerteza científica que serve de caráter diferenciador entre a adoção do princípio precaução e o princípio da prevenção, pode ser utilizada como justificativa na omissão de políticas protetivas pelos Estados⁴⁶.

A ligação entre os critérios (e — disposição de metas e métodos) e (f — benefícios equilibrados com os custos) na verdade, pode ser considerada uma pré-condição para o êxito de qualquer objetivo: ideias claras sobre os fins a quem se almejam e sobre os meios que se dispõem⁴⁷.

2.1.2 Critérios formais

Já, com relação aos aspectos formais, um tratado ambiental será considerado efetivo para a presente análise, na medida em que ele: (a) tiver entrado em vigor em tempo razoável, (b) contiver formas de garantir a conformidade (*compliance*) e (c) contiver meios para promover o cumprimento (*enforcement*)⁴⁸.

⁴⁵ LE PRESTRE, P. A reforma no governo internacional do meio ambiente: elementos do debate. In: **Proteção internacional do meio ambiente**. Vol 4. Marcelo D. Varela e Ana Flavia Barros-Platiau (org.). Brasília: UNITAR, UNICEUB, UNB, 2009. p. 236-302.

⁴⁶ ANTON, D.K. **A beginner's guide to international environmental law**. Public law and legal theory working paper series. Working paper nº 118. Michigan: University of Michigan Law School, 2008.

⁴⁷ ATIENZA, M. Constitucionalismo, globalização e direito. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, 2010, p. 264 a 286.

⁴⁸ Segundo FITZMAURICE, M. A. **International Protection of the Environment**. Martinus Nijhoff Publishers: Hague, 2002 é necessário o estabelecimento de normas secundárias, as quais determinam as consequências jurídicas do incumprimento das obrigações impostas pelas normas primárias. Neste mesmo sentido, LORENZETTI, R.L. **Teoria geral do direito ambiental**. Trad. Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 quando menciona que o **enforcement** é subsidiário ou complementar em relação ao **compliance**, mas nunca o pode substituir, nem é eficiente pensar em uma política baseada somente no primeiro.

Importante mencionar que certos autores diferenciam alguns termos que são conexos. Dessa forma, haveria uma separação em dois grupos. No primeiro grupo, conceitos de *compliance* e implementação⁴⁹, uma vez que se relacionam aos atores. E, no segundo grupo, estariam os conceitos de *effectiveness*⁵⁰ e *enforcement*⁵¹, já que estes se relacionam com os tratados em si. Não são termos sinônimos. Vamos pensar nisso.

a) Tiver entrado em vigor em tempo razoável

Este critério abrange dois vieses que merecem ser detalhados. O primeiro deles se refere a quantidade de partes envolvidas, uma vez que segundo alguns autores os tratados multilaterais são mais difíceis de serem cumpridos do que tratados bilaterais⁵². Acontece que a realização dos tratados ambientais se torna possível por meio do uso da estratégia *piecemeal-approach*, na qual pontos de convergência são estabelecidos, deixando para um momento posterior uma nova discussão sobre pontos de divergência. Por isso, nem sempre os tratados são criados com o intuito de constituir normas obrigatórias para determinado tema e sim, apenas refletem o máximo admitido entre os Estados em um determinado momento, sendo apenas um passo no processo de negociação⁵³. Assim, mesmo que a quantidade de partes seja grande, a abordagem utilizada minimiza os efeitos negativos geralmente proporcionados por isto.

É o segundo viés que se torna latente neste critério, o qual se refere ao mínimo de ratificações exigidas. Isso porque, como além dos critérios de efetividade no plano global, serão analisados os critérios de efetividade no plano nacional, é imprescindível que o documento internacional vigore não só no âmbito internacional, como também no âmbito interno. De nada adianta, por exemplo, que o Brasil ratifique um tratado, se não houver o número mínimo de ratificações exigidos para que o referido documento entre em vigor⁵⁴, nem mesmo que os procedimentos de depósito ou trocas não tenham se estabelecidos. Portanto, a razoabilidade do tempo levará em consideração tal aspecto, já

⁴⁹ Conforme FAURE, M.; LEFEVERE, J. Compliance with Global Environmental Policy. 2012. In: **The Global Environment Institutions, Law and Policy**. R.S. Axelrod, J.D.L Down, N.J. Vig, eds., 2.ed. CQ Press, 2004 p. 163-180, Maastricht Faculty of Law Working Paper Forthcoming, implementação se refere a ações específicas. É através desta que ocorre o link entre o sistema legal nacional e as obrigações internacionais. O objetivo desta relação é **compliance**.

⁵⁰ De acordo com FAURE.; LEFEVERE, 2004, p. 163-180, **effectiveness** aborda se o tratado atinge os objetivos ou se ajuda a alcançar a meta para o qual foi estabelecido. Depende de vários fatores (internos ou não aos tratados). **Compliance** pode ou não ser condição de **effectiveness**.

⁵¹ Se refere, segundo FAURE; LEFEVERE, 2004 p. 163-180, aos métodos disponíveis para forçar os Estados não apenas a implementar, mas cumprir suas obrigações.

⁵² MALJEAN-DUBOIS, S. **International environmental law**. Seminário Jurídico Avançado realizado no UNICEUB, Brasília, 2014 alega que alega que tratados multilaterais são mais difíceis de serem cumpridos do que tratados bilaterais.

⁵³ VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, documento em pdf.

⁵⁴ TURGIS, S. **Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne**. Paris: Pedone, 2012.

que a interdependência entre os Estados limita até mesmo a vigência de um tratado.

Além disso, a premissa de que o tempo de demora está diretamente relacionado com a importância que cada Estado parte dá ao referido assunto foi adotada. Portanto, quanto mais demorada for a entrada em vigor de um documento, menor será a importância destinada a este.

Estabeleceu-se que um tempo razoável é aquele que tem entrada em vigor em até 4 anos. Isso porque foi feita uma média simples entre alguns documentos internacionais que entraram em vigor em 2 anos⁵⁵ e outros somente em 6 anos⁵⁶.

b) Contiver formas de garantir a conformidade (*compliance*)

Com relação a este critério, é importante que se diga que (1) não há na doutrina um consenso do que se entende por *compliance*, já que este depende das teorias que o desenvolvem⁵⁷, (2) várias são as formas de abordagem, (3) nem todos acreditam que este critério seja um bom indicador de efetividade.

Geralmente entendido como “conformidade do comportamento das normas legais”, a visão sobre *compliance* encontra-se relacionada com o princípio da soberania e sua decorrente evolução⁵⁸. Inserida em um contexto onde a comunidade internacional encontra-se organizada em regimes, a *compliance* exige novas soluções onde a “*managerial approach*” é melhor que a tradicional “*enforcement approach*”⁵⁹.

⁵⁵ Como, por exemplo, o Protocolo sobre a redução de emissões de enxofre ou de seus fluxos transfronteiriços por pelo menos 30% de 1985 que entrou em vigor em 1987.

⁵⁶ Como o Protocolo sobre o controle de emissões de compostos orgânicos voláteis ou seus fluxos transfronteiriços de 1991 que entrou em vigor apenas em 1997.

⁵⁷ KINGSBURY, B. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. In: **Michigan Journal of International Law**. Vol. 19:345, Winter 1998, p.345-372. Para ele, os conceitos de **compliance** dependem do entendimento sobre as relações de direito, o comportamento, os objetivos e a justiça e isso muda de acordo com a teoria adotada (realista, racionalista e construtivista).

⁵⁸ FAURE, M.; LEFEVERE, J. Compliance with Global Environmental Policy. 2012. In: **The Global Environment Institutions, Law and Policy**. R.S. Axelrod, J.D.L Down, N.J. Vig, eds., 2.ed. CQ Press, 2004 p. 163-180, Maastricht Faculty of Law Working Paper Forthcoming. A nova abordagem dada ao princípio da soberania no final dos anos 90 e a consequente organização da comunidade internacional em regimes torna complexa a percepção sobre **compliance**.

⁵⁹ FAURE, M.; LEFEVERE, J. Compliance with Global Environmental Policy. 2012. In: **The Global Environment Institutions, Law and Policy**. R.S. Axelrod, J.D.L Down, N.J. Vig, eds., 2.ed. CQ Press, 2004 p. 163-180, Maastricht Faculty of Law Working Paper Forthcoming. No mesmo sentido, CHAYES, A., CHAYES, A.H., MITCHELL, R.B. Managing compliance: a comparative perspective. In: **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Edith Brown Weiss, Harold K. Jacobson (Orgs.) Massachusetts: MIT Press, 1998, p.39-62 quando diz que é possível abordar a **compliance** por meio do **enforcement** ou por meio do **management**. O primeiro repousa na disponibilidade de usar sanções para deter violações, o

Outro ponto que merece ser destacado é que há uma dificuldade em estabelecer uma relação causal entre as regras estipuladas e o comportamento esperado, uma vez que há outras normas, além das legais que afetam o comportamento.

Há quem entenda que a conformidade (ou observância) é mau indicador da efetividade de um regime, uma vez que um Estado pode estar conforme, sem ter feito nada⁶⁰. Os países podem cumprir com a *compliance*, mas mesmo assim, os tratados podem ser ineficazes⁶¹.

Para o presente trabalho, *compliance* significa a identidade entre o comportamento de um ator e uma regra⁶². E, os meios para indução do cumprimento podem ser os mais diversos desde que objetivem a implementação do tratado em si⁶³. São exemplos de formas para garantir a conformidade: transferência de recursos financeiros⁶⁴, transferência de tecnologia, formação de capacitação, normas de igualdade material⁶⁵, sistemas de comunicação, inspeções e vigilância⁶⁶.

c) Contiver meios para promover o cumprimento (*enforcement*)

que não é muito comum no DIA. O segundo abrange o estabelecimento e a manutenção de um sistema de informação transparente e um sistema de responsabilidade.

⁶⁰ LE PRESTRE, P. A reforma no governo internacional do meio ambiente: elementos do debate. In: **Proteção internacional do meio ambiente**. Vol 4. Marcelo D. Varella e Ana Flavia Barros-Plataiu (org.). Brasília: UNITAR, UNICEUB, UNB, 2009. p. 236-302.

⁶¹ WEISS, E.B., JACOBSON, H.K. A framework for analysis: Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords. In: **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Edith Brown Weiss, Harold K. Jacobson (Orgs.). Massachusetts: MIT Press, 1998, p.1-18.

⁶² MALJEAN-DUBOIS, S. **International environmental law**. Seminário Jurídico Avançado realizado no UNICEUB, Brasília, 2014. Tal termo não pode ser confundido com o seu resultado final, ou seja, a implementação, a qual é o processo de colocar em prática os compromissos internacionais.

⁶³ MALJEAN-DUBOIS, 2014.

⁶⁴ Além da falta de recursos, BOTHE, M. The evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law. P. 13-38. In: **Enforcing environmental standards: Economic mechanisms as viable means?** WOLFRUM, R. (Ed.) Springer, 1996 diz que existem mais dois fatores que induzem a **non-compliance**, são eles: a falta de vontade e a falta de diligência. É importante também ter em mente que a capacidade dos Estados em controlar que o comportamento humano tenha um impacto sobre o meio ambiente é limitada.

⁶⁵ Normas de igualdade material dentro de um tratado ambiental vai ao encontro de dois princípios basilares do DI: o princípio das nações menos favorecidas e o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada e visa aristotelicamente, tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira diferentes. Isso decorre da desigualdade na distribuição de recursos naturais dos países, dos casos de injustiça ambiental existentes, da situação econômica-social diversa na sociedade internacional. As disposições de igualdade material não significam que as mesmas devem ser apenas normativas, podendo por exemplo, ocorrer mediante um fundo onde os países desenvolvidos auxiliam os países em desenvolvimento.

⁶⁶ WOLFRUM, R. **Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law**, documento em pdf.

Enforcement serve para compelir, sendo a resposta dada a situação de não *compliance*⁶⁷. É importante que estas disposições de execução sejam eficazes (a fim de impedir o descumprimento) e credíveis (vão ser impostas)⁶⁸. Em face das particularidades do DIA — onde sanções nem sempre são bem-vindas, inexistente a possibilidade de aplicação do art. 60 da CVDT e há dificuldade de impor apurar a responsabilidade — tornam-se meios alternativos às disputas judiciais⁶⁹, ou ainda, meios extrajudiciais para evitar conflitos e salvaguardar o regime⁷⁰. Aparecem ainda como exemplo de meios para promover o cumprimento a retirada de privilégios e as restrições comerciais⁷¹. Na verdade, o direito internacional não funciona efetivamente sem qualquer incentivo para implementação nacional ou sem meios de *enforcement*⁷².

O desenvolvimento do direito ambiental internacional parece ter resultado em um fortalecimento dos Estados no que tange a aplicação dos compromissos internacionais ambientais⁷³. E é exatamente por causa desta maior importância dada aos Estados partes que devem ser fixados critérios de efetividade ambiental no plano nacional.

2.2 Critérios de efetividade no plano nacional

Após analisar e definir os critérios de efetividade dos tratados ambientais no plano global, busca-se estabelecer critérios aptos a verificar se as políticas realizadas pelo Brasil são efetivas.

A questão de relacionar as políticas públicas com o direito, embora esteja cada vez mais presente no debate jurídico⁷⁴, está longe de chegar a um

⁶⁷ CALSING, R.A. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado, UNICEUB, 2005.

⁶⁸ Um exemplo de forçar o cumprimento dos tratados ambientais seria mediante um sistema de depósito. McEVOY, D. M. Enforcing compliance with international environmental agreements using a deposit-refund system. In: **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**. Vol.13, p. 481-496. Netherlands: Springer, 2013.

⁶⁹ CALSING, 2005.

⁷⁰ FRADE, C.P., LOPES, N. A efetividade do direito internacional ambiental - o caso da CITES. In: **Efetividade do direito internacional ambiental**. Vol 5. Ana Flavia Barros-Platiau e Marcelo D. Varella (Orgs.). Brasília: UNICEUB, UNITAR, UNB, 2009, p. 45 a 81.

⁷¹ WOLFRUM, R. **Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law**, documento em pdf.

⁷² WOLFRUM, R. International Environmental Law: purposes, principles and means of ensuring compliance. In: **International, regional and national environmental law**. MORRISON, F.L., WOLFURM, R. (Ed.). Kluwer Law International. Springer, 2000, p.03-70.

⁷³ WOLFRUM, R. **Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law**, documento em pdf.

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2) e BUCCI, M.P.D. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas**

consenso. Esta árdua tarefa consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política, ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública⁷⁵.

Certos autores possuem uma incisiva preocupação em demonstrar que a categoria das políticas públicas precisa e pode ser mais bem definida em direito. Fazem isso alegando que as normas jurídicas seriam gênero e comportariam não duas, mas três espécies: os princípios, as regras e as policies⁷⁶. Na verdade, tudo depende de como cada um compreende o conteúdo dos princípios.

A eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Efetividade delas depende de um maior conhecimento do seu objeto⁷⁷. A falta de conhecimento pode ser observada na leitura da CF/88 quando o constituinte usa diversas denominações sem precisa-las. Ora ele refere-se a plano, ora a política e ora ainda a políticas públicas. Além disso, o legislador nomeia algumas leis de “políticas” e algumas destas não podem ser consideradas políticas públicas⁷⁸. Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado⁷⁹.

Analisar as políticas públicas exige tanto o conhecimento de suas fases como o reconhecimento de que (1) as fases se retroalimentam introduzindo novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo⁸⁰, (2) a administração pública é imperfeita.

Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49. Segundo esta autora, este é um movimento que faz parte da onda, relativamente recente, de interdisciplinariedade no direito.

⁷⁵ Segundo BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷⁶ Os primeiros seriam proposições que descrevem direitos. As segundas seriam gerais e abstratas. E as terceiras, forjadas para a realização de objetivos determinados. BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷⁷ BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷⁸ Nesse sentido, BUCCI, M.P.D. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49 quando diz que nem tudo o que a lei chama de política é política pública. E ainda, a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico.

⁷⁹ BUCCI, M.P.D. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

⁸⁰ MASSA-ARZABE, P.H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

A conformidade da política pública com a norma é o mínimo, mas não o suficiente para sua efetividade⁸¹.

Para tanto, buscou-se definir critérios de efetividade aos arranjos normativos-institucionais que levem em consideração as particularidades brasileiras.

É importante referir que alguns critérios adotados no plano global serão adotados agora em uma perspectiva interna. Por esse motivo, abaixo serão justificados apenas os critérios que apresentam alguma relevância, além da adequação do mesmo, no nível nacional, tendo em vista que os demais já foram devidamente justificados no item anterior.

2.2.1 Arranjos normativos

Entende-se por arranjos normativos o conjunto das principais normas (sentido *lato*) brasileiras referentes diretamente, a mesma temática abordada nos documentos internacionais.

Os arranjos normativos feitos pelo Brasil serão efetivos se: (a) fazem referência ao tratado ambiental, (b) tenham entrado em vigor em tempo razoável, (c) correspondam com os objetivos do tratado ambiental, (d) estabeleçam metas e métodos para que aquelas sejam alcançadas, (e) forem constitucionais, (f) forem completos, com as normas necessárias para sua execução, (g) conduzam a modificação no comportamento humano, (h) contenham formas de garantir a conformidade e (i) contenham meios para promover o cumprimento. Como se pode observar, alguns destes critérios são iguais aos critérios de efetividade no plano global, relacionados agora com o conjunto de normas criadas pelo Estado parte.

a) Fazem referência ao tratado ambiental

A análise de normas que façam referência ao tratado ambiental leva a uma divisão entre dois tipos de normas: aquelas criadas pelo Estado parte por sua própria vontade e aquelas que foram criadas após um debate internacional sobre o tema, ou ainda após a ratificação de um tratado. Todavia, independentemente de tal classificação o que se busca com este critério é que a norma faça referência ao tratado, seja de forma implícita, seja ainda de forma explícita.

⁸¹ O ideal de uma política pública, vista pelo direito, não se esgota na validade, isto é, na conformidade do seu texto com o regramento jurídico que lhe dá base, nem na eficácia jurídica, que se traduz no cumprimento das normas do programa. O ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo. BUCCI, M.P.D. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

b) Tenham entrado em vigor em tempo razoável

A formação de um tratado ambiental traz reflexos mediatos ao plano interno.

Para que os direitos reconhecidos no plano internacional possam ser efetivamente implementados⁸² no âmbito interno, eles precisam ser incorporados ao seu ordenamento jurídico.

Cada país regula como realizada a internalização dos tratados. No Brasil, após a aprovação dada pelo Poder Legislativo ao Executivo, este ratifica e por meio de um Decreto, promulga os textos para que tenham efeito no ordenamento interno.

Ressalta-se que a razoabilidade do tempo na elaboração dos arranjos normativos não deve ser considerada apenas em relação ao tempo para publicação do Decreto que Executivo de promulgação do tratado ambiental, e sim, em todas as normas elaboradas para o cumprimento daquele. Em uma perspectiva brasileira este critério é de extrema relevância, já as leis comuns demoram em média, até 3 anos desde sua propositura até sua publicação⁸³.

Considera-se tempo razoável, se a norma tiver sido publicada em até 4 anos. A escolha por este marco temporal pode ser assim justificada. Primeiro, porque não há como nomear este critério sem estabelecer o que pode ser considerado como “razoável”, ou seja, há a necessidade de limitar um *quantum*. Segundo porque se em média leis comuns demoram 3 anos, foi dado o tempo de 1 ano a mais por referir-se aos tratados. Terceiro, para estabelecer nas normas, o mesmo lapso temporal referente a entrada em vigor dos tratados. Além disso, aqui também vigora a premissa de que o tempo de demora está diretamente relacionado com a importância que cada Estado parte dá ao referido assunto. Assim, quanto mais demorada for a entrada em vigor de um documento, menor será a importância destinada a este.

c) Correspondam com os objetivos do tratado ambiental

O processo interno de elaboração das normas decorrentes dos tratados ambientais não sofre qualquer modificação se comparado com outros tipos de norma. Há uma gama de decretos, leis, resoluções e portarias emitidos por autoridades competentes na temática ambiental, obedecendo cada qual, seu devido trâmite.

⁸² BERTOGNA, V.A.; CIBIM, J.C. Acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados: proteção de direitos e repartição de benefícios. In: **Direito internacional do meio ambiente**. NASSER, S.H e REI, F. (org) São Paulo: Atlas, 2006, p. 125 a 147.

⁸³ **Anuário estatístico das atividades legislativas**, 2008.

Certos autores argumentam que as leis que venham a proteger o meio ambiente devem ser elaboradas apenas após um debate com as demais ciências⁸⁴. Neste ponto é preciso contextualizar a formação, a composição e o funcionamento das comissões temáticas especiais, tanto as da Câmara dos Deputados, com as do Senado Federal, já que seriam estes os órgãos diretamente vinculados na elaboração da norma. Além disso, existe o mecanismo das audiências públicas, as quais são realizadas no âmbito legislativo e pouco utilizadas no âmbito judiciário⁸⁵. Nelas, além de *experts* das mais variadas áreas, pode-se contar com a participação da sociedade civil⁸⁶. Isso não significa dizer que a existência de consultas públicas seja condição *sine qua non* para efetividade da norma, já que no mundo real, muitas vezes, a norma é resultado da consulta a especialistas, por contato direto dos agentes públicos. Por esse motivo é que o que define o critério de correspondência aos objetivos do tratado é a compatibilidade entre o que foi firmado no âmbito internacional e a norma interna que será elaborada.

Assim, a efetividade de uma norma está diretamente relacionada com a compatibilidade desta ao tratado ambiental firmado. Dessa forma, a norma internacional será interpretada segundo os olhos de outro intérprete com toda a subjetividade deste, sendo remodelada no plano doméstico⁸⁷. Nesse sentido, dependendo do tipo de norma será mais fácil identificar a compatibilidade entre o texto internacional e o texto interno. Por exemplo, o Decreto legislativo e o Decreto presidencial trazem apenas a aprovação dos documentos internacionais e a promulgação do documento internacional trazendo-o em anexo. De outra banda, Lei Ordinária será mais ampla que uma Resolução e uma Portaria, já que estas podem se referir a parte específica do tratado.

d) Estabeleçam metas e métodos para que aquelas sejam alcançadas

⁸⁴ ANTON, D.K. **A beginner's guide to international environmental law**. Public law and legal theory working paper series. Working paper nº 118. Michigan: University of Michigan Law School, 2008.

⁸⁵ Nesse sentido, MORAIS, J.L.B. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado nº 9. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (Orgs). São Leopoldo: UNISINOS, 2012. P. 161-188.

⁸⁶ De acordo com BUCCI a participação da sociedade deve ocorrer na elaboração das políticas públicas, já que as leis de plano, segundo ela em refletem os objetivos de interesse público não podem ser sacrificadas pela alternância no poder, conciliando o princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade. Além de auxiliarem na elaboração de tais políticas, é importante que a sociedade também participe da fiscalização das mesmas, já que só o poder controla o poder, com a nota de que é o poder da sociedade que controla o poder político.

⁸⁷ VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013, documento em pdf.

O fato deste critério ter sido utilizado no plano global referente aos tratados ambientais não leva a exclusão deste no âmbito interno. A clareza na fixação de objetivos e na forma como atingi-los é medida essencial para que os arranjos normativos possam vir a ser considerados efetivos.

Sabe-se que o legislador⁸⁸ é cada vez menos capaz de manter a coerência e a estabilidade da ordem jurídica⁸⁹. Além disso, o aumento de legislação especializada, muito frequente em relação ao meio ambiente (microsistemas/decodificação) dificulta qualquer integração⁹⁰ possível. E, como se não bastasse, por mais que a lógica legal seja elástica (polifônica⁹¹), é necessário reconhecer a "imprecisão da lei".

Na verdade, espera-se que o legislador tenha *senso de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, ou que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. E que ele atue com boa *técnica legislativa*, a fim de que se possa vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis⁹².

O Estado do Direito encontra-se marcada pela inflação legislativa, ineficácia das sanções penais e erosão da própria normatividade da lei. Dessa forma, a lei corre perigo de vida ao perder a sua especificidade exigindo um equilíbrio entre forma e conteúdo, rigidez e dinamismo, abertura e fechamento, auto e heterorregulação⁹³.

Além disso, é importante que estas definições estejam nas regras, uma vez que hipóteses de incidência e consequência jurídica só podem ser verificadas nestas, já que os princípios suscitam adesão⁹⁴.

e) Forem constitucionais

A questão da constitucionalidade deve ser analisada tanto *a priori* ao verificar se o tratado é compatível com a norma maior podendo ser internalizado,

⁸⁸ Para COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014, toda norma jurídica é feita em dois tempos e a quatro mãos.

⁸⁹ Por este motivo a jurisprudência surge como um instrumento para a produção e integração de regras dentro de uma universalidade. OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford University Press, 1994

⁹⁰ A capacidade de integração de cada fragmento depende da vontade estatal de criar áreas em que eles estão dispostos a partilhar soberania DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit I**. Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2003.

⁹¹ Forma de raciocínio que introduz indeterminação e variabilidade no processo de elaboração de normas. OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford University Press, 1994

⁹² BARROSO, L.R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.244.

⁹³ OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford University Press, 1994.

⁹⁴ COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014.

quanto *a posteriori*, se a norma resultante da internalização ou mesmo decorrente desta após ser publicada não contenha vícios formais ou materiais⁹⁵.

Não são poucas as vezes em que após o longo processo legislativo que exige uma análise tripla sobre a constitucionalidade (CCJ de ambas as casas do Congresso Nacional, além da Presidência da República) a lei é enfim publicada e tem questionada⁹⁶, como ocorreu, por exemplo, com a Lei nº 11.105/2005, impugnada pela ADI 3536/DF.

Por este motivo, as normas criadas já devem ter passado pelo crivo de constitucionalidade. Senão com uma ação declaratória de constitucionalidade, com a não proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, seja por vícios formais ou materiais.

f) Forem completos, com todas as normas necessárias para sua execução

A completude do arranjo normativo no plano nacional refere-se aqui a toda a normatização necessária para que a proteção ambiental seja efetiva. De nada adianta, por exemplo, ter sido feita a Lei sem que tenha sido feito o Decreto que a regulamente, ou ainda, que aguarde uma Portaria ou Resolução do órgão responsável. Além disso, é desejável que tais normas possuam eficácia direta e não, contida ou limitada.

Percebe-se que todos os critérios acima listados partem do pressuposto que o legislador exerça sua função típica, ou seja, que o legislador legisle. Longe de ser o mundo utópico de Moore, este é o mundo ideal. Que os órgãos exerçam a função pelo qual foram criados⁹⁷.

Acontece que no contexto brasileiro isso ocorre, por vezes, de forma inversa. Nada novo, já que até o federalismo brasileiro também assim ocorreu. Isso porque, o Poder Legislativo escolhe alguns assuntos para deixar de disciplinar determinadas matérias. Da mesma forma, o Poder Executivo exime-se

⁹⁵ Segundo BRITTO, C.A numa **reunião do CEBEC** realizada em 2015, quando o STF julga uma lei inconstitucional, ele é contramajoritário (perante o Congresso Nacional), mas é majoritário para a maioria.

⁹⁶ Em 2014, do total de 88 ações de controle de constitucionalidade julgadas no mérito pelo STF, 57 (65%) declararam a inconstitucionalidade da norma. Além deste problema, há o caso de um mesmo dispositivo legislativo ser alvo de múltiplas ações. **CONJUR**, 2015.

⁹⁷ Conforme BRITTO, C.A no **colóquio** realizado pelo UNICEUB em 2015, entre órgão, poder e função, a mais importante é a função. O órgão é meio e a função é fim. Os órgãos têm finalidades mediatas e imediatas. São pelas imediatas que se concretizam as mediatas.

de sua responsabilidade ao abordar conceitos europeus totalmente desconexos com a realidade brasileira, como por exemplo, a reserva do possível⁹⁸. Porém, a atual fase do constitucionalismo⁹⁹ exige o cumprimento das promessas não cumpridas da modernidade.

A sociedade evoluiu a tal ponto que não se contenta mais apenas com a positivação dos direitos. Prova disto é que a atuação do Poder Judiciário nos últimos tempos¹⁰⁰. Neste aspecto, tornam-se curiosas as críticas do Executivo e do Legislativo em relação ao aumento de poder ao Judiciário quando estes mesmos abrem mão de sua função típica. De nada adianta, por exemplo, dizer que os juízes não devem atuar como legislador positivo e sim, apenas como negativo, se o poder criado para legislar não legisla. Não quer dizer com isso, que a atuação dos representantes do Judiciário seja eivada de subjetividade e de erros.

Exigir que tanto a legislação, quanto a jurisprudência observem o disposto nos instrumentos internacionais é cumprir com o processo de institucionalização do direito internacional e de construção de seu conteúdo a partir de uma visão internacionalista¹⁰¹.

g) Conduzam a modificação no comportamento humano

⁹⁸ Nesse sentido, COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014 quando diz que se importam as leis, não os espíritos delas.

⁹⁹ Constitucionalismo deve ser entendido como movimento constitucional. A atual fase pode ser considerada como uma nova fase (neoconstitucionalismo) para CARBONELL, M. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: **El canon neoconstitucional**. Colección estructuras y procesos. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2010, p.153 a 164; PULIDO, C.B. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006. PULIDO, C.B. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p.289 a 325 e SANCHÍS, L.P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2005, p.123 a 158; SANCHÍS, L.P. El constitucionalismo de los derechos. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p.213 a 236. Porém, para COELHO, I. N. **Pressupostos hermenêuticos gerais**. Texto oferecido na disciplina de Hermenêutica Constitucional no curso de doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília — UNICEUB. Brasília, 2014 e AMADO, J. A. G. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p.213 a 236, as características desta fase vivenciada hoje não apresentam nada de diferente das fases anteriores.

¹⁰⁰ Neste interim é que se estabelece o debate sobre a possibilidade de intervenção do poder judiciário em questões ambientais. No sentido positivo, ver STEIGLEDER, A.M. Discricionariedade administrativa e dever de proteção do meio ambiente. p. 118-141. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. V. 37, 2002.

¹⁰¹ Esta visão é contraposta a concepção nacionalista das relações entre o Estado e o mundo e insere o Estado na sociedade de Estados. CASELLA, P.B; ACCIOLY, H. e NASCIMENTO E SILVA, G.E. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Este critério possui o mesmo significado que aquele contido no critério material de efetividade no plano global, ou seja, parte da ideia de que o comportamento humano atualmente adotado degrada, ou não vêm protegendo o meio ambiente. Por este motivo, é necessária sua modificação.

h) Contenham formas de garantir a conformidade

Da mesma forma que este critério aparece como sendo um critério formal de efetividade no plano global, ele agora é tratado como parte dos critérios do arranjo normativo. Nesse sentido, *compliance* significa a identidade entre o comportamento de um ator e uma regra.

i) Contenham meios para promover o cumprimento

Este critério, como já referido no critério formal de efetividade no plano global, se refere ao *enforcement*, o qual serve para compelir, sendo a resposta dada a situação de não *compliance*.

2.2.2 Arranjos institucionais

Entende-se por arranjos institucionais todos os órgãos criados pelas normas para proteção ao meio ambiente. Alguns destes critérios são os mesmos adotados no âmbito normativo, porém agora relacionados às instituições. Tais arranjos serão considerados efetivos se: (a) fazem referência ao tratado ambiental (b) forem criados em tempo razoável, (c) correspondam com o objetivo das normas criadas, (d) forem completos, com todos os órgãos necessários e (e) possuam estruturas apropriadas.

Alguns dos critérios acima expostos são os mesmos a serem analisados nos arranjos normativos, apenas contextualizados agora com os arranjos institucionais.

a) Fazem referência ao tratado ambiental

Da mesma forma este critério foi analisado no arranjo normativo, o objetivo deste critério é analisar se a instituição criada faz referência ao tratado ambiental. Tal referência pode ser explícita por exemplo, estar contida na missão da Instituição ou implícita nas suas funções.

b) Forem criados em tempo razoável

Considera-se tempo razoável, se a norma tiver sido publicada em até 4 anos. Este marco temporal foi o mesmo estabelecido nos critérios anteriores, tanto no âmbito global, como no âmbito nacional, pelos mesmos motivos já expostos.

c) Correspondam com o objetivo das normas criadas

As instituições devem corresponderem com o objetivo das normas criadas. Por exemplo, a Lei nº 7.735/89¹⁰² criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, tendo como finalidade exercer o poder de polícia ambiental, executar ações das políticas nacionais de meio ambiente¹⁰³, além de executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. Desta forma, a missão da referida autarquia federal não pode ser outra que proteger o meio ambiente e assegurar a sustentabilidade nos usos dos recursos naturais, visando promover a qualidade ambiental propícia à vida¹⁰⁴.

d) Forem completos, com todos os órgãos necessários

Aqui a completude exige, por exemplo, não apenas a criação do Ministério do Meio Ambiente e sim, todos os órgãos necessários para que se efetive a proteção ambiental, como o IBAMA, SISNAMA, CONAMA, ANA, etc.

e) Possuam estruturas apropriadas

Uma das causas apontadas pela doutrina acerca da ineficácia das normas ambientais é a estrutura administrativa. Dessa forma, há uma vinculação direta entre os arranjos normativos e os arranjos institucionais. Certos autores dizem que além das deficiências¹⁰⁵ da política ambiental, os órgãos administra-

¹⁰² Posteriormente, alterada pela Lei nº 11.516/07 que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes; altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 2 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000, 10.410, de 11 de janeiro de 2002, 11.156, de 29 de julho de 2005, 11.357, de 19 de outubro de 2006, e 7.957, de 20 de dezembro de 1989; revoga dispositivos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, e da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001; e dá outras providências.

¹⁰³ Tais ações referem-se às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e a fiscalização, monitoramento e controle ambiental.

¹⁰⁴ IBAMA, 2015.

¹⁰⁵ Conforme COELHO, L. F. Dogmática, Zetética E Crítica Do Direito Ambiental. In: **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 11, n. 1, jan./jun. 2008, p. 285-310 deficiências no sentido de que tal política depende da política econômica, em que a geração de renda e emprego assume a prioridade, além da falta de vontade política de tornar tais normas eficazes. No mesmo sentido, CALSING, R.A. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basileia e Protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado, UNICEUB, 2005 quando diz que a realidade prova que várias normas não possuem efetividade, ou porque são contrárias aos valores e sentimentos sociais, ou porque são contrárias aos princípios econômicos dominantes, ou ainda pela disputa de valores com a classe dominante. E, ainda KRELL, A.J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004 quando menciona que as leis de proteção ambiental servem menos para ser executadas (função normativa) e mais para legitimar o sistema político, que, através de sua promulgação, finge a capacidade e vontade de resolver os problemas (função simbólica). Assim, existem leis — normalmente dotadas de fórmulas vagas e pouco concisas — que são criadas por forças políticas, as quais não tem a verdadeira intenção de vê-las aplicadas, mas somente querem realizar uma demonstração da sua “boa vontade”.

tivos exercem sua fiscalização, impõem as penalidades cabíveis, procuram corrigir os efeitos das infrações à legislação específica, mas tudo parece em vão. Adicionado a isto, há o problema do formalismo dos procedimentos¹⁰⁶ em nome da proteção dos direitos individuais, mas em detrimento dos direitos da comunidade. A inadequação das estruturas administrativas encarregadas de fiscalizar e executar as leis como se não bastasse, vem acompanhada da falta de medidas institucionalizadas de análise ao nível de implementação¹⁰⁷.

A escassa eficiência da Administração pública brasileira como um todo tem várias causas, dentre elas a obstinação pela autonomia científica, o distanciamento entre ciência e objeto. Além disso, há os problemas históricos, sociais e políticos que explicam a permanência da posição autoritária do Estado brasileiro e a incipiência da noção de cidadania¹⁰⁸.

A fim de averiguar tais posicionamento através da aplicação deste critério, entender-se-á como vitalidade institucional toda a estrutura necessária para o efetivo funcionamento, desde orçamento, recurso pessoal e administrativo¹⁰⁹.

Com relação ao orçamento por exemplo, o principal órgão de proteção ambiental, o MMA figura entre aqueles considerados pequenos¹¹⁰ o que demonstra a que o meio ambiente não figura como política de Estado. Com isso não se quer dizer que se deva aplicar mais recursos em Meio Ambiente do que em Saúde por exemplo, mas que questões ambientais interferem numa melhora da saúde pública. Além disso, que o MMA poderia se enquadrar dentre aqueles que possuem orçamentos médios, uma vez que questões ambientais refletem em mais de uma área¹¹¹.

Já com relação aos recursos pessoal e administrativo, é importante mencionar que este é o principal problema encontrado pelo IBAMA, notadamente

¹⁰⁶ Sejam estes administrativos e/ou judiciários.

¹⁰⁷ Já que até hoje, segundo KRELL, A.J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004 quase não existe uma repercussão direta dos problemas concretos da implementação administrativa na discussão política e produção legislativa dos parlamentos brasileiros.

¹⁰⁸ BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰⁹ MALJEAN-DUBOIS, S. La mise en oeuvre du droit international de l'environnement. In: **Les notes de l'Iddri** nº 4. Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence, 2003.

¹¹⁰ Os orçamentos podem ser grandes como o orçamento do Ministério da Saúde, médios como o orçamento do Ministério da Ciência e pequenos como o orçamento do Ministério da Cultura.

¹¹¹ Essa mudança vem ocorrendo lentamente já que em 2010 tal valor correspondia a R\$ 651,40 milhões, ao passo que em 2014 este foi R\$ 1,161 bilhão.

servidores ligados à área de fiscalização ambiental¹¹², embora tenha ocorrido recente investimento em relação a alguns recursos matérias¹¹³. Além disso, esta instituição apresenta deficiência na organização de tarefas, uma vez que ao concentrar seus esforços em determinado bioma, como no caso do combate ao desmatamento na Amazônia, prejudica a realização de ações nas demais frentes de proteção ambiental. Existem milhares de procedimentos administrativos de imposição de penalidades pecuniárias por infração aos regulamentos, simplesmente aguardando passar o prazo prescricional¹¹⁴. A criação de órgãos públicos para atender a pressões de setores sociais, senão forem acompanhadas das medidas administrativas necessárias para sua efetiva implantação, como por exemplo, criação de cargos, abertura de concursos para a formação do quadro de funcionários, colocam “a nu” os reais vetores da ação governamental. Por isso é que se diz que uma política de governo pode ser viabilizada ou inviabilizada conforme as decisões administrativas que realizem ou não seus objetivos¹¹⁵.

Para que ocorra certa vitalidade, é importante destacar que os fundos internacionais auxiliam os países em desenvolvimento a cumprirem com as metas firmadas nos documentos internacionais. Tais fundos não fazem parte do orçamento federal e possibilitam o uso de recursos após um planejamento nacional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do Direito ocorre através da ideia de efetividade, onde ocorre a perfeita sincronia do conteúdo da norma com a conduta humana. Dessa forma buscar a efetividade na proteção ambiental é passar de um direito de princípios e intenções a um direito de obrigações e ações com resultado. E, por mais que a efetividade ganhe destaque na ciência política, não se pode esquecer que o direito possui uma função social.

¹¹²De acordo com a CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório Anual de Contas**. Brasília, 2014, foi possível identificar as seguintes fragilidades e deficiências em relação aos recursos humanos: insuficiência do quantitativo de servidores para as atividades de fiscalização ambiental; ausência de estudo avaliativo do quadro de RH da fiscalização ambiental; fragilidades do instrumento de nomeação dos Agentes Ambientais Federais; reduzido número de cargos de chefia nas áreas finalísticas das Superintendências; elevada faixa etária do corpo funcional e perspectiva de forte queda no contingente disponível em razão de aposentadorias; fragilidades nos sistemas de informação que apoiam as atividades de fiscalização ambiental; e insegurança jurídica do porte de arma dos Agentes Ambientais Federais.

¹¹³Como por exemplo, como a implantação do sistema de Auto de Infração Eletrônico (Aie), renovação da frota de caminhonetes para as ações fiscalizatórias, disponibilização de kits de fiscalização para o trabalho de campo dos agentes federais e aprimoramento do curso de fiscalização ambiental. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório Anual de Contas**. Brasília, 2014.

¹¹⁴Segundo COELHO, L. F. Dogmática, Zetética E Crítica Do Direito Ambiental. In: **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 11, n. 1, jan./jun. 2008, p. 285-310.

¹¹⁵BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

A partir da teoria dos regimes a sociedade internacional é vista como conjunção de valores e de interesses coerentes, em relação a um tema, neste caso, a proteção ambiental. No presente trabalho, parte-se da premissa que a ratificação de um tratado ambiental significa o desejo de cumpri-lo, embora se reconheça as várias razões para um caso de não cumprimento. Assim, tais regimes levarão a uma alteração no comportamento dos Estados.

Os critérios materiais de efetividade no plano global foram assim definidos: (a) assegurar a proteção ambiental, (b) conduzir a modificação no comportamento humano, (c) tiver impacto só por meio de sua própria existência, (d) possuir clareza no conteúdo das obrigações. e (e) dispor de metas e métodos. Com relação aos aspectos formais de efetividade no plano global, um tratado ambiental será considerado efetivo na medida em que ele: (a) tiver entrado em vigor em tempo razoável, (b) contiver formas de garantir a conformidade (*compliance*) e (c) contiver meios para promover o cumprimento (*enforcement*).

No âmbito interno, os critérios normativos de efetividade foram assim definidos: (a) tenham sido criados em decorrência de um tratado ambiental, (b) tiverem entrado em vigor em tempo razoável, (c) corresponderem com os objetivos do tratado ambiental, (d) definirem de forma clara, metas e métodos, (e) forem constitucionais, (f) forem completos, com todas as normas necessárias, (g) conduzirem a modificação no comportamento humano, (h) tiverem impacto só por meio de sua própria existência, (i) contiverem formas de garantir a conformidade e (j) contiverem meios para promover o cumprimento. Por fim, os critérios institucionais de efetividade foram definidos da seguinte forma: (a) tenham sido criados em decorrência de um tratado ambiental (b) forem criados em tempo razoável, (c) corresponderem com o objetivo das normas criadas, (d) forem completos, com todos os órgãos necessários e (e) tiverem vitalidade institucional. Importante mencionar que alguns dos critérios adotados no plano global também foram adotados em uma perspectiva interna. Além disso, alguns critérios normativos também foram adotados quando definidos os critérios referentes às instituições. Isso não inviabiliza a matriz, pelo contrário, já que houve a devida adaptação dos mesmos. A aplicação dos critérios escolhidos poderá ocorrer de várias formas. Assim, os critérios podem ser considerados positivo ou negativo, ou ainda de observância total ou parcial. Por exemplo, pode ser que em determinada Convenção, os critérios tenham sido apenas parcialmente positivos, ao passo que em um arranjo normativo eles tenham sido totalmente negativos. Por este motivo os tratados ambientais possuem mais chance de serem efetivos quanto mais positivos e totais forem os critérios materiais e formais de efetividade no plano global. Da mesma forma, o arranjo normativo e institucional com relação aos seus critérios de efetividade no plano nacional.

REFERÊNCIAS

AMADO, J. A. G. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p.213 a 236.

ANDRADE, P.P. **Mecanismos normativos privados para proteção jurídica do interesse geral**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2015.

ANTON, D.K. **A beginner's guide to international environmental law**. Public law and legal theory working paper series. Working paper nº 118. Michigan: University of Michigan Law School, 2008.

ATIENZA, M. Constitucionalismo, globalização e direito. In: **El canon neoconstitucional**. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2010, p. 264 a 286.

AZEVEDO, A., LIMA, G. Construção do conceito de efetividade no direito. In: **Efetividade do direito internacional ambiental**. Vol 5. Ana Flavia Barros-Platau e Marcelo D. Varella (Orgs.). Brasília: UNICEUB, UNITAR, UNB, 2009. p. 8 a 24.

BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

BERTOIGNA, V.A.; CIBIM, J.C. Acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados: proteção de direitos e repartição de benefícios. In: **Direito internacional do meio ambiente**. NASSER, S.H e REI, F. (org) São Paulo: Atlas, 2006, p. 125 a 147.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOTHE, M. The Evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law. Pp. 13-38. In: **Enforcing environmental standards: economic mechanisms as viable means?** WOLFRUM, R. (Ed.) Springer, 1996.

BRITTO, C.A. **Colóquio** com o Ministro Carlos Ayres Britto e Ministro Luíz Roberto Barroso. Brasília: UNICEUB, 16 abr. 2015.

_____. **Reunião CEBEC**. Brasília: UNICEUB, 07 mai. 2015.

BUCCI, M.P.D, et alli. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. (Cadernos Pólis, 2).

_____. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

_____. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALSING, R.A. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto**. Dissertação de Mestrado, UNICEUB, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de Direito do Ambiente**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARBONELL, M. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: **El canon neoconstitucional. Colección estructuras y procesos**. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2010, p.153 a 164.

CASELLA, P.B; ACCIOLY, H. e NASCIMENTO E SILVA, G.E. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAYES, A., CHAYES, A.H., MITCHELL, R.B. Managing compliance: a comparative perspective. In: **Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Edith Brown Weiss, Harold K. Jacobson (Orgs.) Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 39-62.

COELHO, I.M. **Experiência Constitucional**. Seminário Jurídico Avançado. Brasília: UNICEUB, 2014.

_____. **Pressupostos hermenêuticos gerais**. Texto oferecido na disciplina de Hermenêutica Constitucional no curso de doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília — UNICEUB. Brasília, 2014.

COELHO, L. F. Dogmática, Zetética E Crítica Do Direito Ambiental. In: **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 11, n. 1, jan./jun. 2008, p. 285-310.

CONJUR, 2015. De cada 10 leis julgadas em ADIs pelo STF, 6 são inconstitucionais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/cada-10-leis-julgadas-adis-stf-sao-inconstitucionais>. Acesso em 15.set.2015.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório Anual de Contas**. Brasília, 2014.

COURTIS, C. Los derechos sociales em perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p. 185 a 209.

DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel**. Paris: Seuil, 2003.

DE BURCA, G., KEOHANE, R.O., SABEL, C.F. *New Modes of Pluralist Global Governance*. 2013. In: **New York University Journal of International Law and Politics**, vol. 45, nº 1. NYU School of Law, Public Law Research Paper nº 13/08; Columbia Law and Economics Working Paper nº 448.

FAURE, M.; LEFEVERE, J. *Compliance with Global Environmental Policy*. 2012. In: **The Global Environment Institutions, Law and Policy**. R.S. Axelrod, J.D.L Down, N.J. Vig, eds., 2.ed. CQ Press, 2004 p. 163-180, Maastricht Faculty of Law Working Paper Forthcoming.

FARIAS, T., ALVARENGA, L.J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. In: **Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico]: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin (orgs.) Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 30 a 52.

FENSTERSEIFER, T. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JUNIOR, T.S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FRADE, C.P., LOPES, N. A efetividade do direito internacional ambiental - o caso da CITES. In: **Efetividade do direito internacional ambiental**. Vol 5. Ana Flavia Barros-Platiau e Marcelo D. Varella (Orgs.). Brasília: UNICEUB, UNITAR, UNB, 2009, p. 45 a 81.

KINGSBURY, B. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. In: **Michigan Journal of International Law**. Vol. 19:345, Winter 1998, p. 345 a 372.

FITZMAURICE, M. A. **International Protection of the Environment**. Martinus Nijhoff Publishers: Hague, 2002.

KAMIGAWARA, K. Comparative typological study of change in global environmental regimes. In: **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**. Volume 15. Netherlands: Springer, 2015, p. 179-197.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. Coleção STVDIVM: temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

KRELL, A.J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LANFREDI, G.F. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: RT, 2002.

LE PRESTRE, P. A reforma no governo internacional do meio ambiente: elementos do debate. In: **Proteção internacional do meio ambiente**. Vol 4. Marcelo D. Varela e Ana Flavia Barros-Platiau (org.). Brasília: UNITAR, UNICEUB, UNB, 2009. p. 236-302.

LORENZETTI, R.L. **Teoria geral do direito ambiental**. Trad. Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MASSA-ARZABE, P.H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

McEVOY, D. M. Enforcing compliance with international environmental agreements using a deposit-refund system. In: **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**, Volume 13, p. 481—496. Netherlands: Springer, 2013.

MALJEAN-DUBOIS, S. La mise en oeuvre du droit international de l'environnement. In: **Les notes de l'Iddri** n^o 4. Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence, 2003.

_____. **International environmental law**. Seminário Jurídico Avançado realizado no UNICEUB, Brasília, 2014.

MMA. **Ações brasileiras para a proteção da camada de Ozônio**. Brasília, 2014.

MORAIS, J.L.B. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n^o 9. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (Orgs). São Leopoldo: UNISINOS, 2012. PP. 161-188.

NINO, C. S. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

OST, F. **Legal system between order and disorder**. Oxford University Press, 1994.

PERALTA, C.E. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: **Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico]: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin (orgs.) Caxias do Sul: Educus, 2014. p. 13 a 29.

PULIDO, C.B. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales. Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

_____. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p.289 a 325.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGLA, J. A. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. In: **El canon neoconstitucional**. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2010, p. 247 a 263.

SANCHÍS, L.P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2005, p.123 a 158.

_____. El constitucionalismo de los derechos. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel. Colección estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2007, p. 213 a 236.

SHRESTHA, J. L. **International Environmental Law and Issues: A Report**. Submitted to Claro M. Recto Academy of Advanced Studies as a requirement in partial fulfillment for the degree of Masters in International Relations dated March 7, 2008 at the Graduate Reading Room, Lyceum of the Philippines University, Intramuros, Manila.

SILVA, J.A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STEINER, A.Q e MEDEIROS, M.A. Como saber se as Convenções Internacionais de meio ambiente realmente funcionam? Abordagens teóricometodológicas sobre a eficácia dos regimes ambientais. In: **Contexto Internacional**. Vol. 32, n. 2, julho/dezembro 2010.

TURGIS, S. **Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne**. Paris: Pedone, 2012.

VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013, documento em pdf.

_____. **Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, documento em pdf.

VOLLENWEIDER, J. **The effectiveness of international environmental Agreements**. *International Environmental Agreements* (2013) 13:343—367.

WEISS, E.B., JACOBSON, H.K. **A framework for analysis: Engaging countries: strengthening compliance with international environmental**

accords. Edith Brown Weiss, Harold K. Jacobson (Orgs.). Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 1-18.

WOLFRUM, R. **Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law**, documento em pdf.

_____. International Environmental Law: purposes, principles and means of ensuring compliance. In: **International, regional and national environmental law**. Kluwer Law International. MORRISON, F.L., WOLFURM, R. (Ed.) Springer, 2000, p. 03-70.

*** Recebido em 05 jan. 2016.**



O SIGILO BANCÁRIO E A PRIVACIDADE DO CIDADÃO: ALGUNS ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

*Marcus Lívio Gomes**
*Marcus Abraham***
*Vitor Pimentel Pereira****

Resumo

O presente artigo aborda o tema do sigilo bancário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrando como o conflito de interesses constitucionalmente qualificado entre privacidade dos cidadãos e dever fundamental de pagar tributos tem sido resolvido pela Suprema Corte de forma distinta ao longo dos anos, sobretudo com a recente decisão do STF que permite o acesso pelo Fisco, sem prévia autorização judicial, aos dados bancários do contribuinte.

Palavras-chave

Sigilo bancário. Privacidade. Dever de pagar tributos. Administração Tributária.

BANKING SECRECY AND CITIZEN'S PRIVACY: SOME ASPECTS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

This article addresses the issue of banking secrecy in the judicial precedents of the Brazilian Supreme Court, demonstrating how the constitutionally qualified conflict of interests between privacy of citizens and fundamental duty to pay taxes has been settled by the Supreme Court in

* Juiz Federal. Pós-Doutorando no Institute for Austrian and International Tax Law at WU Wien. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Adjunto de Direito Tributário da UERJ. Membro do Comitê de Avaliação, Seleção e Acompanhamento de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (CSC). Professor de Direito Tributário da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário FGV Direito Rio. Membro do Comitê Executivo e Associado do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributário - ILADT. Membro do Comitê Científico do Curso de Fiscalidad Internacional Latinoamericana/Universidad Complutense de Madrid. Coordenador e Palestrante da Comissão de Direito Tributário da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Associado da International Fiscal Association - IFA. Ex-Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Ex-Fiscal de Tributos do Estado de Minas Gerais. Ex-Coordenador e Palestrante da Comissão de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Coordenador da Revista de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Financeiro - ABDF.

** Doutor em Direito Público (Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ). Desembargador Federal no TRF da 2ª Região. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Diretor da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região/EMARF (TRF2).

*** Bacharel e Mestre em Direito - UERJ. Membro honorário do IAB. Assessor Jurídico no TRF-2.

different ways over the years, especially with the recent Court decision allowing access by tax authorities (without previous judicial authorization) to taxpayers' bank data.

Keywords

Banking secrecy. Privacy. Duty to pay taxes. Fiscal Administration.

1. INTRODUÇÃO

A palavra *sigilo* em português provém do latim "*sigillum*", que apresenta, dentre seus significados, aquele de "selo"¹. Seu uso liga-se à prática histórica de se utilizar selos de chumbo ou cera quente para lacrar as correspondências. O rompimento do selo antes de que a carta chegasse ao destinatário indicava que não havia mais garantia da confidencialidade do conteúdo da missiva, pois o selo (*sigillum*) havia sido violado ou quebrado. Esta a razão de a palavra sigilo ser hoje sinônima de **secreto** e **protegido**.

Assim, o **sigilo bancário**, objeto deste artigo, pode ser definido como "o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam".²

No Brasil, a doutrina³ costuma apontar que, embora a expressão "sigilo bancário" não esteja presente na Constituição de 1988, esta efetivamente o prevê como corolário em seu art. 5º, incisos X e XII.⁴ Como sintetiza Denise Lucena Cavalcante, "no Brasil, o sigilo bancário sempre foi tratado como um dogma e visto como um direito absoluto, protegido com a bandeira do direito à privacidade e inviolabilidade de dados pessoais previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal."⁵

¹ DICIONÁRIO LATIM-PORTUGUÊS. *Verbetes sigillum*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 618.

² BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, abr./jun. 1996. p. 144.

³ Por exemplo, SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396; VALENTE, Cristiano Mendes Wolney. *Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105-106; CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solo. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, He-loísa Estellita et al (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 59-60.

⁴ 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 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, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁵ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. *Revista da AGU*, Brasília, Edição Especial, 2002.

Portanto, é instituído para preservar a vida privada e a intimidade, já que a movimentação financeira tem o potencial de revelar muito sobre a pessoa, seus gostos, preferências, idiosincrasias, como asseverou o jurista português Diogo Leite de Campos:

Uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. A monetarização da economia leva a que, abolida a troca direta, as operações econômicas de cada cidadão sejam efetuadas através de moeda; moeda que circula quase exclusivamente através da conta bancária de cada um. O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. Não constituindo hoje as famílias autarquias econômicas, quase toda a sua vida de relação com os outros é cognoscível através das suas aquisições e vendas de bens e de serviços. Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro.⁶

Por sua vez, o pagamento de tributos, como imperativo de repartição de encargos da vida em sociedade, constituindo verdadeiro dever fundamental para custeio das necessidades públicas, na expressão de José Casalta Nabais⁷, por vezes exige que a Administração Tributária, que detém o poder-dever de arrecadação de tributos, tenha acesso aos dados bancários do contribuinte como forma de verificar se o cidadão está a suportar a carga tributária que lhe compete (princípio da capacidade contributiva).

Este conflito fundamental entre o direito à intimidade e privacidade, de um lado, e o direito que a sociedade tem, por outro, de que cada um assuma a parte que lhe cabe na vida social, foi capaz de gerar tensões que se refletiram na jurisprudência nacional, inclusive do Supremo Tribunal Federal. O presente estudo tem por objetivo traçar um breve panorama de que modo a Suprema Corte buscou resolver esse dilema ontem e hoje, sobretudo em razão da recente decisão daquele Tribunal, com eficácia vinculante, permitindo o acesso pelo Fisco, sem prévia autorização judicial, aos dados bancários do contribuinte.

2. A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O SIGILO BANCÁRIO

Na legislação infraconstitucional, a Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, criando também

⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário, *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 3, 1997. p. 210.

⁷ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

o Conselho Monetário Nacional, tratou pela primeira vez, de modo expresso, do sigilo bancário em seu art. 38 (hoje revogado pelo art. 13 da LC nº 105/2001), ao estabelecer que "as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados."

As peculiaridades dessa norma estavam no fato de que, além da possibilidade de quebra do sigilo por decisão do Poder Judiciário, também poderia o Poder Legislativo requisitar diretamente tais informações às instituições financeiras (art. 38, §2º). Para tanto, seria necessária a aprovação do Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado, ou dos integrantes de Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que por maioria absoluta de seus membros (art. 38, §4º).

Além disso, os agentes fiscais tributários da União e dos Estados poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos somente quando houvesse processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente (art. 38, §5º).

Embora esta norma do §5º pudesse ser interpretada como conferindo faculdade à própria autoridade tributária para quebra do sigilo, a jurisprudência realizou uma exegese mais restritiva: o processo a ser instaurado para quebra do sigilo deveria ser o **judicial** (e não meramente o **administrativo-tributário**) e a autoridade competente para aquilatar acerca da indispensabilidade dos dados seria somente a **autoridade judicial**.⁸ No silêncio da lei sobre o tipo de processo e de autoridade, a norma não chegou a ser declarada inconstitucional, mas sim interpretada em conformidade com a Constituição.⁹ Além disso, a quebra do sigilo bancário constituía crime e sujeitava os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 38, §7º).

Posteriormente, a Lei nº 8.021/1990, em seu art. 8º, intentou alterar a orientação jurisprudencial reinante acerca do art. 38, §5º da Lei nº 4.595/1964

⁸ Segundo Regina Ruaro, "o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que as expressões 'processo' e 'autoridade', constantes do §5º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64, referiam-se a processo judicial e não a administrativo-fiscal, uma vez que o sigilo bancário encontraria fundamento no art. 5º da Constituição Federal, só podendo ser levantado mediante ordem emanada do Poder Judiciário." (RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à privacidade: o sigilo bancário e a fiscalização da Receita Federal do Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, mar./abr. 2015. p. 105). Em sentido contrário, SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e a administração tributária. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 32, n. 125, jan./mar. 1995, para quem a autoridade competente prevista no art. 38, §5º da Lei 4.595/1964 poderia perfeitamente ser a autoridade fiscal, bem como o processo poderia ser o administrativo, e não meramente o judicial.

⁹ V.g. STF. RE 261278 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 01-08-2008; STJ. HC 123.840/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 16/12/2013; STJ. REsp 115.063/DF, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/1998, DJ 08/06/1998.

que não permitia o acesso direto da fiscalização tributária aos dados bancários do contribuinte. Assim, o art. 8º estabeleceu que bastava iniciar um **procedimento fiscal** (não sendo necessário o judicial) para que a autoridade fiscal pudesse solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias. Na parte final do art. 8º, a lei é expressa em dizer que, nesses casos, não se aplicaria o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, numa tentativa inequívoca de afastar a necessidade de autorização judicial. Contudo, não faltaram manifestações das Cortes superiores no sentido de que a reserva jurisdicional deveria ser mantida, além de que o art. 38 da Lei nº 4.595/1964 teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional como lei complementar, por força do art. 192 da CRFB/88, não podendo ser sua aplicação excluída por mera lei ordinária, como o é a Lei 8.021/1990.¹⁰

Por sua vez, a Lei nº 9.311/96 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), cuja cobrança foi autorizada pela Emenda Constitucional nº 12/96. Em seu art. 11, conferiu atribuição à Secretaria da Receita Federal para administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. No exercício dessas atribuições, as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestariam à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações (art. 11, §2º). A Secretaria da Receita Federal resguardaria o sigilo das informações prestadas, mas ainda era vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos (art. 11, §3º).

Contudo, a Lei nº 10.174/01 alterou o art. 11, §3º da Lei nº 9.311/96, permitindo a utilização dos dados bancários obtidos para o fim de fiscalização da cobrança da CPMF também para instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. Assim, a movimentação financeira informada para efeitos de cobrança da CPMF agora também poderia dar ensejo a procedimento fiscal para cobrança de qualquer outro imposto ou contribuição federal.

¹⁰ STF. RE 261278 AgR: "No que toca à Lei 8.021/90, art. 8º, relembre-se que a matéria, em nível infraconstitucional, é disciplinada por lei complementar (C.F., art. 192, sem e com a EC 40/2003). Não tem aplicação, portanto, norma de lei ordinária que pretende afastar o disposto no art. 48 [38] da Lei 4.595/64, recebida pela CF/88 como lei complementar no que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional.". No mesmo sentido: STJ. REsp 114.741/DF, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/1998, DJ 18/12/1998; STJ. REsp 942.877/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 24/11/2008.

Faça-se aqui uma observação: com o fim da CPMF a partir de 1º de janeiro de 2008, por não ter sido aprovada no Senado a Emenda Constitucional que prorrogava seu prazo de vigência, a Lei nº 9.311/96 (com redação do art. 11, §3º alterada pela Lei 10.174/01) também perdeu sua vigência, por força do art. 90, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹¹

Verifica-se desta forma um caminho, na legislação brasileira, de flexibilização do sigilo bancário, afastando-o em favor da autoridade fiscal, que culminará com a edição da Lei Complementar nº 105/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001 dispôs especificamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, buscando dar maior sistemática à questão do sigilo bancário no Brasil e veiculando uma série de normas detalhadas sobre a temática e cuja análise em sua integralidade desborda os objetivos desta exposição.

Todavia, aqui salientamos os arts. 5º e 6º da referida lei, os quais foram objeto de recente decisão do Supremo Tribunal Federal que será apresentada mais adiante.

O art. 5º afirma que o Poder Executivo disciplinará (realizou-o pelo Decreto nº 4.489/2002), inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços à administração tributária da União. Mas estas informações restringem-se à identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, não sendo possível inserir qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (art. 5º, §2º).

Apenas 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 (art. 5º, §3º), devendo tais informações assim obtidas pela autoridade fiscal serem conservadas sob sigilo fiscal (art. 5º, §4º).

Já o art. 6º (regulamentado pelo Decreto nº 3.724/01) faculta às autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a possibilidade de examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, 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

¹¹ Art. 90. O prazo previsto no *caput* do art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica prorrogado até 31 de dezembro de 2007. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º. Fica prorrogada, até a data referida no *caput* deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

pela autoridade administrativa competente. O resultado dos exames, as informações e os documentos serão conservados em sigilo nos termos da legislação tributária (art. 6º, parágrafo único).

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA EVOLUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal já apreciou por diversas vezes a questão da quebra do sigilo bancário. As matérias concretas a serem tratadas nesta seção serão três: 1) a proteção do sigilo bancário e sua sede constitucional; 2) os legitimados a requerer diretamente tais dados, ainda que sem decisão judicial; 3) se, de modo especial, pode a Administração Tributária requerer diretamente às instituições financeiras os dados bancários de contribuintes.

Em diversos precedentes¹², os Ministros do Supremo Tribunal Federal já tiveram oportunidade de assentar que o fundamento da proteção do sigilo bancário encontra-se sim na Constituição, sobretudo na proteção à privacidade e intimidade prevista no art. 5º, X, mas alguns julgados também apontam a proteção de dados do art. 5º, XII, como alicerce para essa tutela.

A posição minoritária de dois ministros aposentados do STF vislumbra apenas base na legislação infraconstitucional para a proteção do sigilo bancário, a saber, Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Este último chega a afirmar em trecho de seu voto: "O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força da lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal".¹³ Por essa postura minoritária, não havendo proteção constitucional do sigilo bancário, o rol das autoridades que poderiam diretamente requisitar às instituições financeiras tal informação é ampliado:

Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria o porquê de enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima — não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autori-

¹² STF. Pet 577 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/1992, DJ 23-04-1993; Inq 2250, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2010, DJe 19-03-2010; 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; AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010; Inq 2245 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2006, DJe 09-11-2007.

¹³ STF. 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.

dade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados.¹⁴

Todos os Ministros, contudo, compreendem que o sigilo de dados bancários não é um **direito absoluto**, admitindo ponderação com outros direitos e interesses em jogo igualmente relevantes, como, por exemplo, o combate a ilicitudes, como assentou o STF no MS 21.729 ("o 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") e no RE 219.780¹⁵:

I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

O segundo aspecto relaciona-se a quem seriam as autoridades que poderiam requerer diretamente dados bancários das pessoas físicas e jurídicas, sem necessidade de prévia autorização judicial.

Obviamente, é desnecessário dizer que a autoridade judicial sempre poderá, sopesando os interesses em conflito e com atenção à razoabilidade da medida (dada a sua posição de independência e imparcialidade), decretar a quebra do sigilo bancário, fato esse já assentado pelo STF¹⁶ e presente expressamente tanto no §1º do hoje revogado art. 38 da Lei nº 4.595/1964 quanto em vários artigos da LC nº 105/2001. Mas aqui se discute outra situação: é possível a autoridades que não exercem função tipicamente jurisdicional requisitar diretamente tais dados, sem prévia autorização judicial?

Na PET-QO 577, o STF decidiu que, mesmo no interesse de investigação criminal, o delegado de polícia (autoridade policial) não pode decretar quebra de sigilo bancário do cidadão, devendo antes buscar permissão do juízo competente e, mesmo assim, mediante pedido devidamente fundamentado.

Já em relação às Comissões Parlamentares de Inquérito, o STF, no MS 23.452¹⁷, entendeu que as CPIs podem decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal, mas não o telefônico. Embora as CPIs, de acordo com o art. 58, §3º da Constituição, possuam poderes de investigação próprios das autoridades ju-

¹⁴ STF. 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.

¹⁵ STF. RE 219780, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 10-09-1999.

¹⁶ STF. PET-QO 577, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgado em 25/03/1992.

¹⁷ STF. MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000.

diciais, o argumento da Suprema Corte foi o de que apenas o sigilo das comunicações telefônicas se submete a uma especial reserva constitucional de jurisdição (a excepcionar os poderes conferidos pelo art. 58, §3º), de acordo com a parte final do art. 5º, inciso XII da Constituição ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso, por ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.")

Mas se as CPIs podem ter acesso a tais dados, deverão fazê-lo por meio de decisão motivada. Se os magistrados, por força do art. 93, IX devem motivar suas decisões, com mais razão devem fazê-lo as CPIs, que não são órgãos jurisdicionais. É o que se revela em trecho do voto do Min. Celso de Mello, Relator do MS 23.452¹⁸:

[...] as Comissões Parlamentares de Inquérito podem decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de pessoas por elas investigadas, **desde que justifiquem, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional e indiquem a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados [...]**

No MS 22.801¹⁹, o STF foi confrontando com a questão se o TCU, no exercício das atribuições a ele constitucionalmente definidas, poderia decretar a quebra do sigilo bancário (no caso, em relação ao sigilo bancário do Banco Central do Brasil). A resposta foi negativa, pelas razões que se seguem.

Em primeiro lugar, a Constituição conferiu ao Legislativo a possibilidade de afastar o sigilo, o que é feito pelo Congresso Nacional. Não sendo o TCU órgão integrante do Congresso Nacional, mas auxiliar do Legislativo no controle externo (atua paralelamente a este, mas não desde dentro do Legislativo), não estaria o TCU dotado das mesmas prerrogativas do Legislativo e das CPIs.

Em segundo lugar, a LC nº 105/2001 não teria dado esse poder expressamente ao TCU e, por se tratar o sigilo bancário de garantia relacionada à intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF 88), não caberia conferir interpretação ampliativa à legislação.

Por último, as atuações do TCU estão relacionadas com órgãos, agentes e bens públicos, e não com operações de instituições financeiras privadas. Caso

¹⁸ STF. MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000.

¹⁹ STF. MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe 14-03-2008.

o TCU obtivesse acessos aos dados armazenados no Banco Central, acabaria por tomar conhecimento de uma série de movimentações e operações financeiras de privados, o que desbordaria de suas funções legais e constitucionais.

Mais recentemente, contudo, o STF teve a oportunidade de tornar mais preciso esse posicionamento, já que a orientação atual da Corte é a de que o TCU pode e deve fiscalizar operações financeiras se estas forem realizadas com **recursos públicos**, tendo acesso a tais dados bancários independentemente de autorização judicial (no caso, discutiam-se operações financeiras com privados realizadas pelo BNDES com **recursos públicos**):

Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública inculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.²⁰

Tal orientação não é necessariamente nova, pois em 1995, no MS 21.729²¹, o STF teve a oportunidade de julgar situação em que o Impetrante (Banco do Brasil) alegou estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Procurador-Geral da República, o qual havia requerido ao banco informações supostamente protegidas pelo sigilo. A *quaestio iuris* colocada, portanto, era se o Ministério Público poderia ter acesso a dados bancários sem autorização judicial para instruir procedimentos administrativos de sua competência.

A decisão dividiu a Corte. De um lado, cinco ministros deferiram a ordem, sob o argumento tradicional da reserva de jurisdição e da parcialidade do Ministério Público. De outro, 6 ministros negaram a segurança atentando para um fato específico do caso concreto: as operações financeiras que o Ministério Público buscava investigar foram realizadas a empresas do setor sucroalcooleiro, por intermédio do Banco do Brasil, com **recursos dos cofres públicos**, isto é, o referido banco, como entidade da Administração Indireta, estaria aí atuando não como banco comercial, mas sim como *longa manus* do Governo federal na implantação de uma política pública. Foi a **natureza dos recursos** em jogo que acabou por conquistar a adesão da maioria.

Perceba-se que de forma alguma se conferiu ao Ministério Público um "cheque em branco" para requisitar diretamente dados bancários de todo e qualquer contribuinte. Simplesmente se afirmou que ele pode fazê-lo nas hipóteses que envolvam recursos públicos, uma vez que o zelo pelo patrimônio público está entre suas funções institucionais, bem como a publicidade é a re-

²⁰ STF. MS 33340, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em. 26/05/2015, DJe 03/08/2015.

²¹ STF. MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/05/1995.

gra geral nos contratos que envolvam recursos do erário. Todavia, para os demais casos que não envolvem recursos públicos, a posição tradicional do STF continua a ser a de que o Ministério Público não pode, sem autorização judicial, requisitar tais dados bancários.²²

O terceiro aspecto diz respeito ao acesso direto, pelas autoridades tributárias, aos dados bancários dos contribuintes. Este será destacado dos anteriores em razão de que foi objeto de recente julgamento vinculante (em repercussão geral e em controle abstrato de constitucionalidade) do Plenário do Supremo Tribunal Federal, assim como pelo fato de ser um assunto em que a jurisprudência daquela Corte sofreu uma radical alteração.

3.1. A virada da jurisprudência do STF quanto ao acesso a dados bancários pela Administração Tributária

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que o sigilo bancário não poderia, sem prévia autorização judicial, ser quebrado pelas autoridades tributárias, com fundamento de que esta seria uma área sensível de garantias fundamentais do cidadão, a ser flexibilizada apenas por meio da intervenção jurisdicional (reserva constitucional de jurisdição, como já acima analisado).

Este entendimento ficou claramente estampado no julgamento do RE 389.808²³, em que, por apertada maioria (5 a 4), vingou a seguinte tese no Plenário:

SIGILO DE DADOS — AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção — a quebra do sigilo — submetida ao crivo de órgão equidistante — o Judiciário — e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS — RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal — parte na relação jurídico-tributária — o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Desta forma, a regra geral consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte é a de que somente com autorização judicial pode-se quebrar o sigilo

²² STF. RE 215.301; STF Pet 2790 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 11-04-2003; STF RE 535478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008; STF. Inq. 2245, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007.

²³ STF. RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe 10-05-2011.

bancário, ou por meio de decisão fundamentada de Comissão Parlamentar de Inquérito, por expressa previsão do art. 58, §3º, CF 88.

O conflito de interesses aqui presente é de matriz constitucional.²⁴ Por um lado, entende-se majoritariamente que o sigilo bancário tem sua sede constitucional na proteção à intimidade e vida privada (art. 5º, X e XII, CRFB/88). Por outro, o conhecimento pela fiscalização tributária de expressões de riquezas tributáveis é corolário necessário da solidariedade social na partilha das cargas da vida em sociedade, do dever fundamental de pagar tributos e, mais especificamente, do princípio da capacidade contributiva tal como formulado no art. 145, §1º da Constituição, que faculta expressamente à Administração Tributária "identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."²⁵

Contudo, como já visto acima, a legislação infraconstitucional, por meio dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001, permite às autoridades fiscais o acesso aos dados bancários dos contribuintes para fins de fiscalização. Mas a questão está justamente em saber se essa previsão seria constitucional.

Recentemente, em fevereiro de 2016, houve uma alteração significativa nesta orientação do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento conjunto das Ação Diretas de Inconstitucionalidade 2390, 2386, 2397 e do Recurso Extraordinário 601.314 (repercussão geral), de forma que estas decisões ostentam eficácia *erga omnes* e vinculante.²⁶

Nos termos do relatório das ADIs, em causa estava a constitucionalidade de normas referentes ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à Administração tributária sem a intermediação do Poder Judiciário (art. 3º, § 3º; art. 5º; art. 6º e art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º, todos da Lei Complementar nº 105/2001, e aos Decretos nº 3.724/2001, nº 4.489/2002 e nº 4.545/2002).

Além desses dispositivos, foram impugnados o art. 1º, § 4º, expressão "do inquérito ou", da Lei Complementar nº 105/2001, e o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que inseriu o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art.

²⁴ "De entre os segredos protegidos avulta o segredo bancário que pode ser visto como um segredo profissional ou como um segredo autônomo mas que levanta inevitáveis dificuldades face ao ordenamento constitucional no necessário equilíbrio entre a necessidade de obtenção da informação para a correcta aplicação da norma pública de tributação e o direito à intimidade privada." GUIMARÃES, Vasco Branco. A responsabilidade civil da Administração Pública Tributária. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 8, n. 46, jul./ago. 2010.

²⁵ Art. 145, § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²⁶ As informações aqui expostas tomaram por base os Informativos de Jurisprudência do STF n. 814 e 815, uma vez que a íntegra do acórdão ainda não foi publicada até o fechamento deste artigo.

198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), normas que permitem o fornecimento a autoridade administrativa 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", para a utilização em processo administrativo instaurado com o fito de apurar a prática de infração administrativa.

A decisão não foi unânime, mas por ampla maioria (9 a 2). Restou assentando não ser inconstitucional o acesso direto por parte do Fisco (mas não de outras autoridades) às informações bancárias dos contribuintes nas hipóteses previstas em lei, revertendo-se assim o posicionamento anterior da Suprema Corte brasileira.

A tese principal do voto condutor, da lavra do Relator, Min. Dias Toffoli, é a de que, na verdade, não haveria quebra de sigilo pelas autoridades tributárias, mas mera "transferência de sigilo" dos bancos ao Fisco. Assim, a informação originalmente protegida pelo sigilo bancário agora estaria salvaguardada da curiosidade indevida de terceiros pelo sigilo fiscal.²⁷

Nessa transmutação, não haveria distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade.

Assim, só haveria "quebra de sigilo bancário" propriamente dito se as autoridades fiscais tivessem a possibilidade de divulgar tais informações a terceiros, o que não pode ser feito sem autorização judicial. A coleta direta de tais dados pela Administração Tributária dá-se somente para fins tributários, sendo responsabilizados civil, administrativa e criminalmente (arts. 10 e 11 da LC nº 105/2001 e art. 198, CTN) os agentes fiscais que derem causa à violação do sigilo das informações recebidas das instituições financeiras acerca de contribuintes.²⁸

²⁷ Também entendendo que haveria mera transferência de sigilo da instituição bancária para o Fisco, cf. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, set. / out. 2004.

²⁸ "O acesso a uma informação protegida pela regra do segredo bancário obriga o seu detentor ao dever de segredo nos mesmos termos em que se encontra o funcionário bancário. Interessa ter presente que a protecção de dados pessoais sofre algumas derrogações no direito tributário, entendendo alguns que o acesso a estes dados pela Administração Fiscal não põe em causa o segredo protegido, face à noção de segredo fiscal e, ao carácter reservado e de estrita aplicação de norma, que o acesso a esses dados visa garantir. Mas a derrogação de segredo, sem o preenchimento dos requisitos que a lei fixa para a sua efectivação e, o consequente acesso a dados protegidos, ainda que relevantes, também pode dar lugar a responsabilidade civil sempre que daí resultar dano para o contribuinte nomeadamente na sua imagem perante a instituição bancária ou outra relevante." GUIMARÃES, Vasco Branco. op. cit.

Ademais de configurar uma medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo ou procedimento fiscal, o que atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), dentre as quais a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público, a permitir uma extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal.

Decidiu-se que, constitucionalmente, tal faculdade da Administração Tributária está baseada nos elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. O dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, o que encontra previsão inclusive no art. 145, §1º da Constituição (sede constitucional do princípio da capacidade contributiva e que faculta à Administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte).²⁹

Além disso, a decisão aduz que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo, o que necessariamente só pode ser feito se o Fisco brasileiro puder ter acesso aos dados bancários de contribuintes, também para fins de cooperação internacional.³⁰

²⁹ Esta tese já era sustentada, desde 2008, por um dos coautores do presente artigo: "a proteção constitucional limita-se à vida íntima e aos segredos pessoais, profissionais, comerciais ou industriais. Todavia, as informações financeiras e bancárias das pessoas físicas ou jurídicas estão fora deste campo, pois não se quer saber o que foi feito com o dinheiro, mas tão somente conhecer a sua movimentação em termos numéricos para fins de fiscalização e tributação (a menos que seu destino tenha sido para a prática de um crime, como o tráfico de drogas, o terrorismo etc.). Em outras palavras, em momento algum pretende o Fisco saber o destino do dinheiro, objeto de movimentação - se é gasto em alimentação ou restaurantes, lazer ou compras, futilidades ou necessidades - não importa, repita-se, conhecer o seu uso, mas tão somente ter ciência do seu valor numérico, objetivando dimensionar a compatibilidade com a capacidade contributiva e econômica do contribuinte." (ABRAHAM, Marcus. O sigilo fiscal e os acordos internacionais para o combate à evasão, à elisão e à sonegação fiscal. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.) **Direito Tributário Internacional Aplicado**. Vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 768).

³⁰ Ressalte-se que, recentemente, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 105, de 14 de abril de 2016, Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais. Tal Convenção, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), permite ao Fisco dos países signatários o intercâmbio de informações fiscais para fiscalização tributária e repressão a ilícitos, visando a combater a evasão e

Interessante também registrar a ponderação do Ministro Roberto Barroso, que, embora acompanhando o Relator, preferiu conferir interpretação conforme ao art. 6º da LC nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista dependesse de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da Federação.

Dever-se-ia assegurar, como se daria com a União, por força da Lei nº 9.784/1999 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Até que Estados e Municípios implantem garantias similares, suas Administrações tributárias não poderiam obter diretamente tais informações.

Vale registrar que o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello votaram vencidos, reforçando os argumentos tradicionais que a Corte sempre ofereceu de exigência de autorização judicial para quebra de sigilo bancário. Na visão de ambos, a quebra de sigilo deve se submeter ao postulado da reserva de jurisdição, só podendo ser decretada pelo Poder Judiciário, que é terceiro desinteressado, devendo sempre ser concedida em caráter de absoluta excepcionalidade. Segundo o Ministro Celso de Mello, "não faz sentido que uma das partes diretamente envolvida na relação litigiosa seja o órgão competente para solucionar essa litigiosidade."

Quanto à possibilidade de quebra do sigilo fiscal por ordem judicial ainda na fase do inquérito policial, inserida no art. 1º, § 4º da LC nº 105/2001, ficou decidido que esta possibilidade já era admitida pela jurisprudência do STF mesmo antes de ter sido expressa na LC nº 105/2001, pois neste ponto deverá a autoridade que conduz o inquérito requerer ao juízo tal medida, o que não importa violação da reserva constitucional de jurisdição.

Em relação à impugnação ao art. 1º da LC nº 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN³¹, os preceitos atacados auto-

fraude fiscais. Os artigos 4º a 10º desta Convenção se ocupam da troca de informações entre os signatários.

³¹ CTN. Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus 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 Excetua-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

rizariam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertencesse a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se referisse a informação.

Decidiu-se que a legislação inserida cercou tal compartilhamento de cautelas suficientes, como instauração prévia de procedimento, autorização apenas para casos de apuração de infração administrativa e entrega pessoal mediante recibo à autoridade solicitante, não havendo propriamente quebra de sigilo, mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito interno da Administração Pública.

Por fim, quanto ao art. 3º, § 3º, da LC nº 105/2001, o qual estabelece que o Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) forneçam à Advocacia-Geral da União (AGU) "as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte", decidiu-se que o fornecimento de dados aos órgãos de defesa da União em determinada lide é algo usual, pois trata-se de informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais, de nada adiantando a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a AGU.

Também houve, no mesmo dia, a conclusão do julgamento do RE 601.314 (repercussão geral), sob relatoria do Ministro Edson Fachin, que também versava sobre o art. 6º da LC nº 105/2001, bem como se a utilização dos mecanismos fiscalizatórios previstos na Lei nº 10.174/2001 ofende o princípio da irretroatividade das leis, quando empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo.

Quanto à constitucionalidade do art. 6º, o Ministro Fachin reiterou argumentos similares aos já acima apresentados, resumindo sua posição em um lapidar parágrafo:

a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo, por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

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.

Em relação à Lei nº 10.174/2001, restou decidido que esta, ao permitir que a movimentação financeira informada para efeitos de cobrança da CPMF também poderia dar ensejo a procedimento fiscal para cobrança de qualquer outro imposto ou contribuição federal, meramente ampliou os poderes de investigação e fiscalização das autoridades administrativas, não atraindo a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias³², por não ter havido modificação do fato gerador ou do sujeito passivo da relação tributária, nos termos do art. 144, §1º, CTN:

Art. 144. § 1º. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

4. CONCLUSÃO

Como diversos foram os temas tratados, cumpre agora, a modo de resumo, sumariar as principais conclusões a que chegamos ao longo de nossa exposição, para oferecer um melhor panorama da matéria.

- 1) O sigilo bancário tem sua sede constitucional no art. 5º, incisos X e XII, como espécie de proteção à intimidade e vida privada, bem como de dados a elas relacionados;
- 2) Atualmente, depois de várias leis anteriores versando a matéria, é a Lei Complementar nº 105/2001 a regular de forma mais sistemática o tema do sigilo bancário e de sua proteção;
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, autoridades judiciárias e Comissões Parlamentares de Inquérito detêm inequivocamente poderes para decretar a quebra do sigilo bancário, desde que fundamentadamente e de forma razoável;

³² A esse respeito, TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 280. "A lei nova, contemporânea à data do lançamento, não retroage para atingir os fatos geradores ocorridos sob o império da lei revogada. O lançamento é sempre *retrospectivo*, reportando-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (art. 144 do CTN). Esse caráter retrospectivo do lançamento decorre da sua própria declaratividade e da ultra-atividade do fato gerador e de sua eficácia no futuro. Mas a lei que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas ou outorgado maiores garantias ou privilégios aos créditos tributários aplica-se imediatamente ao lançamento, para a exigência de créditos nascidos sob o império da lei revogada (art. 144, § 1º)."

- 4) Ao revés, segundo o mesmo STF, autoridades policiais, Ministério Público e Tribunais de Contas não possuem a possibilidade de consultar diretamente dados protegidos pelo sigilo bancário sem prévia autorização judicial;
- 5) O STF abre exceção para o Ministério Público e o TCU requisitarem diretamente tais dados bancários somente nas situações que envolvam operações financeiras com recursos públicos;
- 6) A jurisprudência tradicional do STF não admitia que as autoridades fiscais tivessem acesso direto aos dados bancários dos contribuintes sem autorização judicial, pois tais condutas violariam uma reserva constitucional de jurisdição, bem como a Administração Tributária, por ser parte diretamente interessada, não estaria dotada da mesma imparcialidade do juízo;
- 7) Em fevereiro de 2016, a jurisprudência do STF sofreu radical alteração, passando-se a entender, em sede de repercussão geral e controle abstrato de constitucionalidade, que as autoridades fiscais podem acessar diretamente os dados bancários dos contribuintes, no interesse da fiscalização, sendo constitucionais os artigos da LC nº 105/2001 a esse respeito. Nestes casos, haveria mera transferência do sigilo que antes era bancário para o sigilo fiscal. Assim, a informação originalmente protegida pelo sigilo bancário agora estaria salvaguardada da curiosidade indevida de terceiros pelo sigilo fiscal. O mesmo vale para o compartilhamento, no interior da própria Administração Pública, de informações obtidas pelo Fisco, para fins de instrução de processo de apuração de infração administrativa;
- 8) em relação à Lei nº 10.174/2001, restou decidido que esta meramente ampliou os poderes de investigação das autoridades administrativas, não atraindo a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, nos termos do art. 144, §1º, CTN.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. O sigilo fiscal e os acordos internacionais para o combate à evasão, à elisão e à sonegação fiscal. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**. Vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 18, abr./jun. 1996.

CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário, **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, 1997.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solo. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al (Org.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

DICIONÁRIO LATIM-PORTUGUÊS. **Verbetes sigillum**. Porto: Porto Editora, 2001.

GUIMARÃES, Vasco Branco. A responsabilidade civil da Administração Pública Tributária. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 8, n. 46, jul./ago. 2010.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à privacidade: o sigilo bancário e a fiscalização da Receita Federal do Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, mar./abr. 2015.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e a administração tributária. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 32, n. 125, jan./mar. 1995.

_____. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, set. / out. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo bancário**: obtenção de informações pela administração tributária federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

* Recebido em 29 jun. 2016.



PAGAMENTO DE PARCELAS IRRISÓRIAS NO PAES (LEI Nº 10.684, DE 2003) E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

*Rodrigo Moreira Lopes**
*Liziane Angelotti Meira***
*Marcos Aurélio Pereira Valadão****

Resumo

A Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, instituiu um programa de parcelamento de dívidas tributárias (PAES), na esfera federal, para débitos mantidos perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Alguns contribuintes, com base em interpretação do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, entenderam que poderiam pagar valores mensais irrisórios, mesmo que isso não significasse a amortização do saldo devedor da dívida. Esse contexto conduziu a um cenário no qual o parcelamento teria duração superior ao prazo máximo de cento e oitenta meses, estipulado no art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. O propósito do presente artigo é analisar as consequências jurídicas dessa situação, levando em consideração a legislação e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras-chave

Parcelamento. Tributário. Parcelas irrisórias. Amortização de dívida.

PAYMENT OF DERISORY PARCELS IN PAES (LAW N. 10,684, OF 2003) AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

Abstract

Federal Law nº 10,684/2003, instituted an installment program for tax debts (PAES) held before the Federal Revenue Secretariat of Brazil or the Attorney-General's Office for the National

* Mestre em Direito Financeiro, Econômico e Tributário pela Universidade Católica de Brasília — UCB, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Procurador da Fazenda Nacional. Professor de Direito Financeiro e Tributário em cursos de graduação em Brasília/DF.

** Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Professora da Universidade Católica de Brasília. Professora e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasileiro de Direito Público. Professora da Escola de Administração Fazendária. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

*** Doutor em Direito (SMU - EUA, 2005), Mestre em Direito Público (UnB, 1999), Especialista em Administração Tributária (UCG, 1992); MBA em Administração Financeira (IBMEC - DF, 1996); Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB Auditor Fiscal RFB. Presidente da 1ª Seção do CARF.

Treasury. Some taxpayers, based on an interpretation of § 4 of art. 1 of the Federal Law nº 10.684/2003, convinced themselves that they could pay monthly paltry values, regardless of the amortization of debit. This context has led to a scenario in which the installment would last longer than the maximum term of one hundred and eighty months stipulated in art. 1 of the Federal Law nº 10.684/2003. The purpose of this paper is to analyze the legal consequences of this situation, taking into consideration the Brazilian law and the jurisprudence established by the Superior Court of Justice on that subject.

Keywords

Installment. Tax Law. Paltry installments. Debit amortization.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo no presente artigo é analisar a situação de microempresas e empresas de pequeno porte que estão incluídas no parcelamento instituído pela Lei nº 10.684, de 2003 — denominado Parcelamento Especial (PAES). Há uma importante questão a ser examinada, no que diz respeito à aplicação da referida lei, qual seja: algumas microempresas e empresas de pequeno porte pagam apenas o valor mínimo fixado pelo § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, mesmo que isso signifique a não amortização do saldo do débito no decorrer do parcelamento. Assim, como consequência da não amortização, a dívida continuaria a aumentar, conduzindo a um cenário em que o contribuinte não conseguirá quitar a sua dívida dentro do prazo de cento e oitenta meses — estipulado no art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.684, de 2003. Diante desse contexto, surgem questionamentos a respeito da situação do contribuinte ao final do prazo legal do parcelamento (cento e oitenta meses), quais sejam: (a) é possível que seja extrapolado o número de cento e oitenta parcelas, uma vez que o contribuinte não conseguiria adimplir sua dívida dentro desse prazo pagando apenas a parcela mínima? (b) não sendo possível ultrapassar os cento e oitenta meses, caberá ao contribuinte quitar o saldo devedor na última prestação do parcelamento? ou (c) identificado que não está ocorrendo a amortização da dívida, pode o contribuinte permanecer pagando apenas a parcela mínima, nos termos do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003?

2. DISCIPLINA LEGAL DAS PARCELAS MÍNIMAS NA LEI Nº 10.684, DE 2003

A Lei nº 10.684, de 2003, estabeleceu tratamento específico para as microempresas e empresas de pequeno porte, no que diz respeito ao cálculo da parcela mínima do parcelamento. Por essa razão, o primeiro passo será examinar o art. 1º, e seus §§ 3º e 4º, da referida lei, tendo em vista que estes são os dispositivos legais que disciplinam o cálculo da parcela mínima para microempresas ou empresas de pequeno porte. Confira-se:

Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

[...]

§ 3º O débito objeto do parcelamento será consolidado no mês do pedido e será dividido pelo número de prestações, sendo que o montante de cada parcela mensal não poderá ser inferior a:

I - um inteiro e cinco décimos por cento da receita bruta auferida, pela pessoa jurídica, no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, exceto em relação às optantes pelo Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e às microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas no disposto no art. 2º da Lei no 9.841, de 5 de outubro de 1999, observado o disposto no art. 8º desta Lei, salvo na hipótese do inciso II deste parágrafo, o prazo mínimo de cento e vinte meses;

II - dois mil reais, considerado cumulativamente com o limite estabelecido no inciso I, no caso das pessoas jurídicas ali referidas;

III - cinquenta reais, no caso de pessoas físicas.

§ 4º Relativamente às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES e às microempresas e empresas de pequeno porte, enquadradas no disposto no art. 2º da Lei no 9.841, de 5 de outubro de 1999, o valor da parcela mínima mensal corresponderá a um cento e oitenta avos do total do débito ou a três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, o que for menor, não podendo ser inferior a:

I - cem reais, se enquadrada na condição de microempresa;

II - duzentos reais, se enquadrada na condição de empresa de pequeno porte. (destaques não constam do original)

Trata-se, portanto, de regra direcionada ao Poder Público, que deverá obedecê-la quando desempenhar seu papel de administrador do parcelamento. Com efeito, a Administração Pública tem sua atuação limitada pelo princípio da legalidade¹, o que implica a necessidade de uma lei que autorize o agente público a adotar determinado comportamento. Assim, resta evidente que a regra prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, fornece os parâmetros que deverão ser utilizados pela Administração Pública para fixar a parcela mínima do parcelamento quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte. Ao mesmo tempo, deixa claro para o contribuinte quais os requisitos a serem preenchidos por ele e os critérios que balizarão a futura decisão do agente público.

¹ Art. 37, *caput*, da CF/88.

Outro aspecto importante é que o ajuste do valor da parcela mínima não altera nenhum dos elementos essenciais do parcelamento, dos quais citam-se os seguintes: os débitos que podem ser incluídos no regime instituído pela Lei nº 10.684, 2003;² o número máximo de prestações para quitar a dívida;³ os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária; o valor dos débitos; as hipóteses de extinção do parcelamento.

Para demonstrar que essa afirmação é válida, consideremos, por exemplo, que um contribuinte — pessoa jurídica de médio porte — tenha incluído no seu parcelamento um débito de dez mil reais, a ser quitado em 100 parcelas. Um ano depois, sua situação econômica não era mais a de uma pessoa jurídica de médio porte, mas sim de uma microempresa. Ora, se tão-somente o valor da parcela mínima for alterada, a essência do parcelamento permanecerá a mesma. Veja-se que o débito⁴ e a quantidade de parcelas inicialmente escolhida permanecem os mesmos; o sujeito passivo — apesar do enquadramento jurídico diferente — também é o mesmo. Enfim, não houve nenhuma modificação suficiente para descaracterizar o parcelamento. Dessa forma, forçoso reconhecer que os §§ 3º e 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, geram efeitos inclusive no decorrer do parcelamento, não se restringindo ao momento em que o sujeito passivo ingressou no PAES. Isso porque os supramencionados dispositivos não violam ato jurídico perfeito — representado pelo deferimento do pedido de parcelamento — tampouco descaracterizam o regime jurídico específico instituído pela Lei nº 10.684, de 2003.

Por outro lado, importante salientar que o art. 10 da Lei nº 10.684, de 2003⁵, atribuiu à Administração Tributária o dever de expedir os atos necessários à implementação do parcelamento. O exercício dessa competência consubstancia o Poder Regulatório da Administração Pública⁶ — que consiste em

² Débitos com vencimento até 28 de fevereiro de 2003.

³ Até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

⁴ Considerado aqui como o crédito regularmente inscrito em dívida ativa e que tinha seu vencimento dentro do prazo previsto pela Lei nº 10.684, de 2003, para que pudesse ser incluído no parcelamento. Portanto, quando foi dito que o débito permanece o mesmo, tem-se que imaginá-lo como o objeto do parcelamento. Nesse caso, os valores que o sujeito passivo teria recolhido no âmbito do parcelamento — no decorrer do ano em que ocorreu mudança de enquadramento da pessoa jurídica — não alteraram a natureza do crédito da União.

⁵ Art. 10. A Secretaria da Receita Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão, no âmbito de suas respectivas competências, os **atos necessários à execução desta Lei**. (Grifou-se).

Parágrafo único. Serão consolidados, por sujeito passivo, os débitos perante a Secretaria da Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

⁶ A autora Raquel Melo Urbano de Carvalho faz distinção entre **Poder Regulamentar** e **Poder Regulatório**. Para a doutrinadora, o primeiro consiste na edição de regulamentos pelo chefe do Poder Executivo — por meio de decretos — segundo dispõe o art. 84, IV, da CF/88. Seria, portanto, o “exercício da discricionariedade política” pelo chefe do Poder Executivo. Por outro lado, o **Poder Regulatório** consiste na “atividade exercida por qualquer entidade administrativa ou órgão público de quaisquer dos Poderes do Estado, no exercício de discricionariedade técnica, com o objetivo de viabilizar sua operacionalidade no cotidiano público”. CARVALHO, Raquel

editar regulamentos que tiram fundamento de validade de normas hierarquicamente superiores. Essa delegação, conferida à Administração Tributária, demonstra que o legislador reconheceu que seria praticamente impossível discriminar na Lei nº 10.684, de 2003, todos os detalhes que teriam alguma influência no parcelamento. Dessa forma, a fim de concretizar o que a lei previu abstratamente, transferiu-se aos órgãos técnicos responsáveis pela administração do parcelamento a tarefa de disciplinar com maior grau de detalhamento as situações que a lei não pôde prever.

Contudo, há que se ressaltar que a função regulatória encontra limites no princípio da legalidade. Trata-se de uma decorrência da própria natureza jurídica dos regulamentos expedidos pela Administração Pública.⁷ Ora, se o regulamento é um instrumento para possibilitar a execução da lei, sua finalidade é apenas complementá-la. Assim sendo, a Administração Pública não pode editar regulamento introduzindo normas com conteúdo inédito em relação à lei — pois somente esta tem a prerrogativa de inovar no mundo jurídico. Também, por óbvio, o regulamento não pode contrariar a norma que lhe serviu como fundamento de validade.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cumprindo a determinação do art. 10 da Lei nº 10.684, de 2003, editaram a Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 01 de setembro de 2003, que trouxe dispositivo expresso quanto ao ajuste do valor das parcelas mínimas se houver alteração do enquadramento da pessoa jurídica. Esse é o teor do art. 9º da referida Portaria:

Art. 9º O valor da prestação mensal deverá ser ajustado sempre que ocorrer alteração no enquadramento da pessoa jurídica, relativamente às situações previstas no § 3º, incisos I e II, e § 4º, do art. 1º, da Lei nº 10.684, de 2003.

Parágrafo único. O disposto neste artigo será aplicado a partir do próprio mês em que ocorrida a alteração do enquadramento.

Antes de analisar o conteúdo do dispositivo acima transcrito, vale lembrar que as pessoas jurídicas devem preencher alguns requisitos para serem consideradas microempresas ou empresas de pequeno porte.⁸ É evidente que

Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 314; p. 324-325.

⁷ Segundo a doutrina, a natureza jurídica desses regulamentos é de ato normativo secundário, pois o seu fundamento de validade é a lei. Os atos normativos primários são os que retiram fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, como os previstos no art. 59 da CF/88. Cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, op. cit., p. 315; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.338.

⁸ Os §§ 3º e 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, fizeram referência expressa às Leis nº 9.317, de 1996, e Lei nº 9.841, de 1999, quando disciplinaram o tratamento específico para as microem-

essas denominações jurídicas — microempresa e empresa de pequeno porte — estão relacionadas com situações fáticas, isto é, no momento em que uma pessoa jurídica reunir as condições necessárias para se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte, cabe ao Poder Público reconhecer esse fato e respeitar o regime jurídico especial que a lei tenha reservado para ela.

Partindo dessa premissa, fica claro que a regra contida no art. 9º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 2003, não viola o ordenamento jurídico. Com efeito, a Administração Tributária somente deixou explícita uma obrigação que deveria ser cumprida independentemente de estar presente no regulamento, qual seja: observar a situação de fato da pessoa jurídica para definir qual tratamento será dado a esta. Na prática, a Administração Tributária — tomando por base as informações prestadas pelo sujeito passivo ou apuradas em procedimentos de fiscalização — estabelece qual o valor mínimo que será aceito como prestação do PAES. Assim, o ajuste previsto no art. 9º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 2003, ocorrerá exatamente para adequar o valor da prestação do parcelamento à situação de fato da pessoa jurídica.

Além disso, importante destacar que a Lei nº 10.684, de 2003, não restringiu a aplicação do § 4º do seu art. 1º às pessoas jurídicas que, à época da adesão ao parcelamento, ostentavam a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte. Aliás, vale frisar que não há nenhuma limitação temporal nesse sentido. Desse modo, se a lei não restringe e tampouco há elementos que indiquem que desejava restringir, não cabe à Administração Pública fazê-lo. Portanto, é perfeitamente possível aplicar o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, às pessoas jurídicas que tenham alterado seu enquadramento para microempresa ou empresa de pequeno porte no decorrer do parcelamento.

Diante disso, tem-se que a regra disposta no art. 9º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 2003, não contrariou ou inovou em relação à Lei nº 10.684, de 2003, que serviu de fundamento para sua edição. Ao contrário, a Administração Pública — no exercício do seu Poder Regulatório — somente editou uma norma com caráter eminentemente procedimental, o que é a finalidade própria dos regulamentos. Pode-se concluir, assim, que esse ato normativo apenas complementa a Lei nº 10.684, de 2003, sem qualquer extrapolação dos limites definidos na mencionada lei.

Dessa forma, o ajuste do valor da parcela mínima, quando houver alteração no enquadramento da pessoa jurídica, encontra respaldo na Lei nº

presas e empresas de pequeno porte. O critério escolhido, tanto na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, quanto na Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, foi a receita bruta anual da pessoa jurídica.

10.684, de 2003, e na Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 2003. Esse entendimento, aliás, está em consonância com princípio da capacidade contributiva⁹, posto que o valor da parcela mínima irá variar de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Some-se a isso o fato do julgado acima transcrito trazer argumentos que vão ao encontro das ideias defendidas até aqui, demonstrando que há precedente jurisprudencial reconhecendo a legitimidade de realizar o ajuste da parcela mínima conforme o enquadramento da pessoa jurídica.

3. A QUESTÃO DO PAGAMENTO DE VALORES INSUFICIENTES PARA AMORTIZAR O VALOR DA DÍVIDA PARCELADA NO ÂMBITO DO PAES

A abordagem trazida no tópico II do presente artigo teve por finalidade apenas dar um panorama geral sobre as regras, previstas na Lei nº 10.684, de 2003, que tratam das parcelas mínimas do PAES para microempresas e empresas de pequeno porte. Contudo, o ponto central do presente artigo enfoca outra situação, qual seja: o fato da pessoa jurídica recolher valores irrisórios em cada parcela do PAES, que não são suficientes para amortizar o saldo da dívida. Nesse cenário, poder-se-ia argumentar que os contribuintes enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte teriam direito a pagar a parcela mínima estipulada pelo § 4º, I e II, do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, ainda que tal valor seja absolutamente insuficiente para amortizar a dívida.

O problema posto sob análise, portanto, consiste em saber se os valores ínfimos recolhidos no âmbito do PAES — que não conseguem amortizar a dívida do sujeito passivo — estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Para resolver essa questão é necessário investigar o conteúdo das normas que instituíram o PAES, pois isso permitirá demonstrar quais são os direitos e deveres tanto da Fazenda Pública quanto do contribuinte. Cabe ressaltar que para definir os limites desses direitos e deveres é imprescindível considerar outras normas além das previstas na Lei nº 10.684, de 2003, principalmente as advindas da Constituição Federal de 1988. Isso não quer dizer que as normas

⁹ Dentre os vários princípios que integram o sistema constitucional tributário, cita-se, como um dos mais importantes, o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da CF/88:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

da referida lei deixarão de ser aplicadas. O que se pretende é que sejam interpretadas de acordo com o ordenamento jurídico, e não isoladamente.

4. DO PRAZO MÁXIMO PARA O TÉRMINO DO PARCELAMENTO

Inicialmente, importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça — STJ se manifestou sobre o critério de cálculo das parcelas mínimas do PAES. A discussão central no STJ foi a respeito do prazo máximo para o término do parcelamento instituído pela Lei nº 10.684, de 2003, e o tratamento jurídico dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte. No entanto, o posicionamento do STJ¹⁰ deve ser apreciado cuidadosamente, razão pela qual mostra-se necessário analisar como aquela corte tratou do assunto, para que seja possível concluir se a decisão foi acertada ou não. Nesse ponto, conveniente salientar que o acórdão abaixo transcrito foi selecionado como paradigma pois ele é citado e utilizado como referência em outros julgados proferidos pelo STJ sobre o mesmo tema.

TRIBUTÁRIO. PAES. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INTERPRETAÇÃO DA LEI 10.864/2003. POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO ACIMA DE 180 VEZES. PAGAMENTO DAS PARCELAS COM BASE EM 0,3% INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA.

1. A **Empresa de Pequeno Porte** submete-se ao regime jurídico de pagamento com base em 0,3% incidente sobre a receita bruta, **ainda que exceda a 180 parcelas mensais**.

2. Recurso especial desprovido.¹¹ (Grifou-se).

O primeiro passo é verificar se o prazo de cento e oitenta meses previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, comporta exceções. A ministra Denise Arruda, no julgamento do REsp 893.351, apresentou as seguintes razões em seu voto:

O doutrinador Leandro Paulsen, em sua obra, **Direito Tributário** (Livraria do Advogado, 10ª edição, p. 1.051/1052), leciona:

"Prestação mínima para as empresas optantes pelo SIMPLES. Embora tenha limitado o parcelamento a 180 prestações no *caput* do

¹⁰ Os julgados encontrados sobre essa matéria foram proferidos tanto pela primeira quanto pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, mesmo não tendo havido julgamento pela 1ª Seção do STJ, pode-se afirmar que existe uma jurisprudência predominante naquele tribunal sobre esse tema.

¹¹ REsp 893.351 / SC; Relatora: Ministra DENISE ARRUDA; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 07/05/2009; Data da Publicação: 10/06/2009; Fonte: DJe. Conferir também: REsp 905.323 / SC; Relator: Ministro LUIZ FUX; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 20/08/2009; Data da Publicação: 16/09/2009; Fonte: DJe. REsp 1.119.618 / RS; Relatora: Ministra ELIANA CALMON; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do julgamento: 22/09/2009

artigo 1º da Lei 10.684/03, o § 4º do mesmo artigo estabeleceu uma norma especial para as empresas optantes pelo SIMPLES, neste caso restringindo o parcelamento a 180 prestações apenas quando cada qual fosse inferior a três décimos por cento da receita bruta, observado sempre o valor mínimo da parcela também estabelecido naquele parágrafo. A referência a 'o que for menor', no § 4º, não admite outra interpretação. Em sendo menor a prestação, por certo que o número de parcelas será maior. Tal interpretação foi explicitada, inclusive, no art. 4º, § 6º, da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01/03. Posteriormente, contudo, a Receita Federal editou a Portaria Conjunta PGFN/SRF de nº 03/04, revogando aquele artigo e negando tal possibilidade, incorrendo em ilegalidade."

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (Revista Dialética de Direito Tributário nº 135, p. 23), comentando o assunto, conclui:

"Por lesar injustificadamente a confiança legítima do contribuinte, a interpretação administrativa do art. 1º, parágrafo 4º, da lei 10.684/03, referente ao regime jurídico do PAES para as ME e EPP, exarada na Port. Conj. PGFN/SRF de nº 03/04, não tem qualquer aplicação, devendo prevalecer, em nome do Estado Democrático de Direito, a interpretação anterior, materializada na Port. Conj. PGFN/SRF nº 1, de 25 de junho de 2003, que em seu art. 4º, parágrafo 6º, dispôs que não se aplicava o limite de cento e oitenta parcelas para as ME e EPP."

No mesmo sentido, Fábio Junqueira e Maria Inês Murgel, em seu livro PARCELAMENTO Tributário & Moratória (Mandamentos, p. 113/114) esclarecem:

"No que tange às empresas optantes pelo Simples, empresas de pequeno porte e microempresas, o valor mínimo da parcela deveria ser o menor valor entre um cento e oitenta avos do total do débito ou 0,3% da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, não podendo ser inferior a:

I - Cem reais, se enquadrada na condição de microempresa;

II - duzentos reais, se enquadrada na condição de empresa de pequeno porte.

[...]

Não se pode conceber que uma Portaria limite e contradiga o dispositivo expresso de lei que permite que microempresas e empresas de pequeno porte quitem seus débitos em mais de 180 parcelas, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade."

[...]

Não merece reforma o acórdão recorrido, pois a legislação é clara no sentido de que é facultado à Empresa de Pequeno Porte o pagamento do seu débito em 180 parcelas, ou em tantas quanto forem necessárias, de acordo com o seu faturamento, desde que não sejam inferiores a R\$ 200,00 (duzentos reais).

A própria SRF editou uma resolução que corrobora esse entendimento. A sua revogação em momento posterior somente atendeu à conveniência e oportunidade da administração. Outrossim, ela não serve à interpretação da Lei 10.864/2003, principalmente porque, no caso do autos, o parcelamento especial foi requerido em julho de 2003, anteriormente, portanto, à data de edição da Portaria que revogou o benefício da recorrida.

Logo, a empresa, ora recorrida, deve ser mantida no PAES, submetendo-se ao regime jurídico de pagamento com base em 0,3%, incidente sobre a receita bruta, **ainda que o débito exceda a 180 parcelas mensais, de tal modo que deve ser aplicado, como melhor exegese da norma, o disposto no art. 4º, II e § 6º, da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 25/6/2003.** (Grifou-se).

Percebe-se, claramente, que a regra disposta no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, foi interpretada como uma exceção ao que está previsto no *caput* do mesmo artigo. Dessa maneira, quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte, o parcelamento instituído pela Lei nº 10.684, de 2003, poderia ultrapassar cento e oitenta meses. Por fim, acrescenta a Ministra Denise Arruda que a própria Administração Pública teria aplicado essa interpretação, consubstanciada na Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, e que a posterior revogação do § 6º do art. 4º da citada Portaria não seria suficiente para desfazer a interpretação anteriormente adotada pela Fazenda Pública.

Para redigir textos de leis é preciso observar as regras pertinentes ao desenvolvimento dessa atividade, a fim de otimizar a compreensão e o sentido das normas. Com efeito, as situações que precisam ser disciplinadas pelo legislador são muitas vezes complexas, o que exige atenção especial no momento de redigir os dispositivos legais. Isso para evitar textos confusos ou que possam gerar interpretações divergentes, dificultando o trabalho do intérprete e do aplicador do Direito. Daí surge a necessidade de estruturação das leis por meio de instrumentos de articulação, que permitem ao legislador redigir o texto da lei de forma mais clara, conjugando as diversas situações que podem eventualmente ocorrer.

Considerando essas particularidades que envolvem a edição do texto dos dispositivos legais, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, trouxe regras a serem observadas pelos legisladores, visando o aprimoramento

da atividade legislativa.¹² Pela leitura dos dispositivos da citada Lei Complementar, fica patente que os parágrafos têm duas funções primordiais, quais sejam: introduzir aspectos complementares ou criar exceções ao que foi disposto no *caput* do artigo. Essas finalidades dos parágrafos em textos normativos devem sempre ser consideradas não só pelo legislador, mas também pelo intérprete e pelo aplicador do Direito. Ora, se ao editar o texto da lei o legislador deve observar essas diretrizes fixadas pela Lei Complementar nº 95, de 1998, o trabalho do intérprete e do aplicador do Direito precisa orientar-se também de acordo com a técnica legislativa prevista na mencionada Lei Complementar. Assim sendo, cumpre investigar o sentido do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, a fim de esclarecer se é uma exceção ou apenas um aspecto complementar ao *caput*. Após a definição da natureza dessa norma, passa-se a avaliar se o entendimento adotado no STJ — exemplificado no julgado acima transcrito — representa a interpretação mais coerente da norma.

O art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, como uma norma introdutória do regime de parcelamento que a União pretendia instituir, delineou os aspectos gerais do PAES. Especificamente quanto ao *caput*,¹³ nota-se que o dispositivo prevê os débitos que poderão ser parcelados — com a indicação de um critério temporal que serve para restringir o universo de débitos que podem ser incluídos no parcelamento — e quem é o órgão responsável pela administração de tais débitos; além disso, determina o prazo de duração do parcelamento.

Nesse ponto, importante ressaltar que a regra do *caput* é inquestionável no que diz respeito ao prazo limite para o término do parcelamento. Ao se utilizar a expressão “até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas”, restou expressamente delimitado o número máximo de parcelas que o devedor teria para quitar seu débito com a Fazenda Pública. Para que esse prazo pudesse ser ultrapassado, seria necessário inserir uma exceção à regra prevista

¹² Dentre os dispositivos da Lei Complementar nº 95, de 1998, destacam-se os seguintes:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

I - a **unidade básica de articulação será o artigo**, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II - os **artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos**; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com **clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas**: [...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos **parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra** por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens. (Grifou-se).

¹³ Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser **parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas**. (Grifou-se).

no *caput*, o que — segundo a sistemática dos arts. 10 e 11 da Lei Complementar nº 95, de 1998 — exigiria a utilização de um parágrafo dentro do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003.

Por outro lado, tem-se o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, que representa o ponto crucial no julgamento proferido pelo STJ. Dada a importância do aludido dispositivo, considero importante transcrevê-lo novamente:

Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

[...]

§ 4º Relativamente às pessoas jurídicas optantes pelo **SIMPLES e às microempresas e empresas de pequeno porte**, enquadradas no disposto no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, o **valor da parcela mínima mensal** corresponderá a um cento e oitenta avos do total do débito ou a três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, o que for menor, **não podendo ser inferior a:**

I - cem reais, se enquadrada na condição de microempresa;

II - duzentos reais, se enquadrada na condição de empresa de pequeno porte. (Grifou-se).

Conforme salientado em linhas anteriores, verifica-se que esse dispositivo legal trouxe os parâmetros para se calcular o valor da parcela mínima do parcelamento quando se tratar de microempresas e empresas de pequeno porte. A essência do dispositivo, portanto, é deixar claro — tanto para a Administração Tributária quanto para o sujeito passivo — quais serão os critérios adotados para fixar o valor da parcela mínima. Trata-se de uma informação que detalha e confere transparência à atuação do agente público — no sentido de explicitar como será feito o cálculo da parcela mínima — o que também não deixa de ser uma concretização do princípio da legalidade, pois a Administração Pública deverá se pautar pelo que foi previsto em lei. Desse modo, não há indicativos explícitos — como as expressões “não se aplica”, “salvo”, que são usualmente utilizadas quando se pretende criar exceções — tampouco há elementos implícitos que conduzam à conclusão de que o parágrafo é uma exceção ao *caput*. Diante disso, é possível afirmar que a característica do § 4º é meramente complementar ao *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, e não uma exceção a este.

Todo o raciocínio desenvolvido acima permite a constatação de que o julgamento do STJ se fundamenta em uma premissa equivocada. Isso porque o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, tem natureza complementar em

relação ao *caput* do artigo, e não de exceção. Ademais, se considerarmos o princípio da isonomia tributária e a finalidade do parcelamento de créditos da Fazenda Pública — temas que serão abordados nos tópicos seguintes deste artigo, quando for analisado o sentido da norma prevista no citado dispositivo — visualizaremos que não há como se interpretar o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, como exceção ao *caput*. Destarte, o prazo limite de cento e oitenta meses, previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, é plenamente aplicável às pessoas jurídicas qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

Por outro lado, conveniente rebater mais um fundamento utilizado, no julgado acima transcrito, para fundamentar que o prazo estabelecido no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não se aplicaria às microempresas e empresas de pequeno porte. Segundo o que consta no inteiro teor do acórdão, o fato da própria Administração Pública ter manifestado, no § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003¹⁴, que o parcelamento poderia exceder cento e oitenta meses — no caso de microempresas e empresas de pequeno porte — demonstraria o caráter de exceção do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Por fim, aduziu-se que a posterior revogação do § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, não seria suficiente para desfazer a interpretação anteriormente adotada pela Fazenda Pública.

É preciso esclarecer, de início, a natureza do art. 18 da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 03, de 25 de agosto de 2004¹⁵, que retirou do ordenamento jurídico o § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003. Formalmente, aparenta ser uma simples revogação de um ato normativo por outro. Entretanto, vale lembrar que o regulamento — que por vezes é exteriorizado em formato de Portaria — é um ato administrativo, sendo classificado como “ato-regra” em virtude da situação jurídica que cria. Essa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹⁴ Art. 4º O valor da prestação será:

I - em se tratando de pessoa física, um cento e oitenta avos do débito consolidado, não podendo resultar inferior a cinqüenta reais;

II - no caso de microempresa e empresa de pequeno porte optante pelo Simples, bem assim as enquadradas no disposto no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, o menor valor entre um cento e oitenta avos do total do débito consolidado e três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, não podendo ser inferior a cem reais para as microempresas e duzentos reais para as empresas de pequeno porte;

§ 6º No caso do inciso II, o quantitativo total das prestações poderá exceder a cento e oitenta, quando o valor da prestação, calculado com base na receita bruta, não for suficiente para liquidar o parcelamento naquele número de parcelas. (Revogado pela Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 3, de 25/08/2004)

¹⁵ Art. 18. Revoga-se o disposto no art. 4º, § 6º, da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 1, de 25 de junho de 2003.

(1) Atos-regra — os que criam situações gerais, abstratas e impessoais e por isso mesmo a qualquer tempo modificáveis pela vontade de quem os produziu, **sem que possa opor direito adquirido** à persistência destas regras. Exemplo: o **regulamento**.¹⁶ (Grifou-se).

Assim sendo, a retirada de um item do regulamento pela própria Administração Pública é assunto que diz respeito ao âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente, à extinção de um ato administrativo. Restringindo ainda mais esse campo, a análise aqui será direcionada somente aos institutos da revogação e da invalidação¹⁷, formas de extinção do ato administrativo que são usualmente empregadas quando se trata de atos gerais e abstratos. A revogação, como é sabido, ocorre por razões de conveniência e oportunidade da Administração Pública, objetivando aprimorar a consecução do interesse público. A invalidação, por sua vez, deverá ser promovida quando for identificada alguma incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

Conforme restou demonstrado, o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não pode ser encarado como norma que excepciona o prazo de cento e oitenta meses para o término do PAES. Diante disso, o § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, não detinha o necessário suporte legal de validade que é inerente aos atos administrativos. Isso porque a mencionada Portaria, em um primeiro momento, ampliou uma limitação trazida pela Lei nº 10.684, de 2003. No entanto, a lei não permitia tal ampliação, o que resultou em desconformidade entre o regulamento — Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003 — e a lei que justificava sua existência — Lei nº 10.684, de 2003. Ora, se o § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, estava contaminado por uma ilegalidade, não se pode conceber que seja aceito como válido perante o ordenamento jurídico. Nessa situação, cabia à Administração Tributária corrigir o ato viciado, que estava incompatível com o ordenamento jurídico.

Percebe-se, assim, que a extinção do ato administrativo não se operou por motivos de conveniência ou oportunidade. Não obstante o art. 18 da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 03, de 2004, ter utilizado o termo “revogação”, é preciso ter em mente o conteúdo do ato praticado para definir sua natureza jurídica, e não o aspecto puramente formal. Na essência, tem-se que a Administração Tributária reconheceu que a regra prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não comporta exceções, razão pela qual foi necessário invalidar o ato administrativo, tornando a Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 420.

¹⁷ Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, há distinção entre anulação e invalidação, sendo esta gênero do qual a anulação configura apenas uma espécie. Outros doutrinadores também seguem essa corrente, dos quais: José dos Santos Carvalho Filho, Raquel Melo Urbano de Carvalho.

2003, compatível com a referida lei. Portanto, a natureza jurídica da retirada do § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, é de invalidação de um ato administrativo, em decorrência da mencionada ilegalidade.

Importante destacar, ainda, que o art. 18 da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 03, de 2004, foi editado dentro do prazo que a Administração Pública dispunha para invalidar o ato. Basta lembrar que o art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁸, estabelece prazo decadencial de cinco anos para que a Administração Pública possa exercer o dever de sanar os atos administrativos praticados em desconformidade com o ordenamento jurídico. Considerando que entre a publicação da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, e o ato de invalidação do § 6º do seu art. 4º transcorreu um lapso temporal de pouco mais de um ano, resta inquestionável que foi respeitado o prazo de decadência previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999.

Por sua vez, partindo do pressuposto de que a retirada do § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, detém a natureza jurídica de invalidação e que esta foi efetivada dentro do prazo permitido pela legislação, fica patente que o desfazimento do ato administrativo surtirá efeitos sobre o parcelamento. A esse respeito, vale a pena conferir os ensinamentos de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Não se pode admitir que um vício grave da Administração sacrifique toda a sociedade em favor de um indivíduo que termine “premiado” com uma ilegalidade. Impedir a retroatividade da invalidação de ato restritivo de direito significa transformar o vício administrativo em sorte do terceiro que se relaciona com o Estado, deixando a sociedade refém duas vezes: primeiro, da incompetência, da desonestidade ou da inabilidade da Administração ao cumprir a ordem jurídica; segundo, da impossibilidade de recompor o patrimônio, tornando definitivo o benefício que jamais o terceiro poderia ter obtido, em flagrante comprometimento da juridicidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

Por estas razões, não se aquiesce com recente tendência a propósito da retroatividade do ato de invalidação. Entende-se que **os efeitos da invalidação são, em qualquer caso, ex tunc**. Em outras palavras, **a invalidação retroage quando extingue ato viciado restritivo de direito e quando atinge ato viciado ampliativo de direito**. A segurança jurídica e a boa-fé serão asseguradas, sem

¹⁸ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

qualquer prejuízo, em razão do processo administrativo que se exige previamente ao controle de legalidade¹⁹. (Grifou-se).

As palavras da doutrinadora se encaixam perfeitamente ao caso ora analisado. Defender que a invalidação de um dispositivo da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, não pode influenciar o parcelamento afronta o interesse público. Com efeito, esse entendimento provocaria uma situação temerária, qual seja: a Administração Pública não pode cometer erros ao exercer o seu poder regulatório, pois isso gera direito adquirido ao contribuinte — mesmo quando se verifique a existência de vícios graves. Não parece ser este o sistema axiológico assegurado em nosso ordenamento jurídico. Por um lado, tem-se a segurança jurídica como um valor a ser respeitado, e sobre isso não há a menor dúvida. No entanto, a prerrogativa da Administração Pública de invalidar seus próprios atos não infirma o princípio da segurança jurídica, desde que haja um fator de restrição que mantenha o equilíbrio nas relações entre o Estado e os particulares. Daí a existência de uma norma prevendo um prazo máximo para o exercício da prerrogativa de invalidação de atos administrativos — criando uma limitação temporal para a Administração Pública se manifestar quanto à validade do ato.

Na realidade, esta norma complementa a lógica do sistema de direitos e deveres da Administração e dos administrados. Isso em decorrência da sua qualidade de conciliar os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público e o princípio da segurança jurídica. Verifica-se a preservação do interesse público justamente no oferecimento de suporte legal para a Administração Pública invalidar seus próprios atos — possibilitando a correção de atos administrativos sem a necessidade de buscar a chancela do Poder Judiciário. Por seu turno, concretiza-se a segurança jurídica ao se garantir que depois do prazo de cinco anos as relações jurídicas se estabilizam, não podendo mais ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública. Portanto, a norma específica que confere à Administração Pública o dever-poder²⁰ de anular seus próprios atos, quando estes apresentem vícios insanáveis, está em sintonia com o ordenamento jurídico, sem que se possa falar em violação ao princípio da segurança jurídica ou mesmo da boa-fé do administrado.

Desse modo, a invalidação do § 6º do art. 4º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003, implica, sim, efeitos sobre o parcelamento. Notadamente, vedando qualquer possibilidade do prazo de cento e oitenta meses, previsto

¹⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 477.

²⁰ Conceito defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, para deixar claro que a Administração Pública sempre age no exercício da função administrativa. Assim, os poderes que o ordenamento jurídico lhe confere são meros instrumentos a serem utilizados para satisfazer o interesse público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71-72)

no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, ser extrapolado pelo contribuinte — inclusive para os que aderiram ao parcelamento antes da retirada do mencionado dispositivo da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 01, de 2003.

Diante disso, forçoso concluir que o entendimento fixado no STJ — quanto à possibilidade de ultrapassar o prazo limite previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003 — não encontra respaldo no ordenamento jurídico. O fato de haver posicionamentos divergentes no próprio STJ mostra que a matéria é suscetível de discussão, mesmo sabendo que a jurisprudência predominante daquele Tribunal é no sentido de ser possível extrapolar o prazo máximo de 180 meses.

5 DO SENTIDO DA NORMA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1º DA LEI Nº 10.684, DE 2003

Volta-se, agora, ao objeto central do presente artigo, qual seja: saber se os valores ínfimos recolhidos no âmbito do PAES — que não conseguem amortizar a dívida do sujeito passivo — estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o estabelecimento da premissa relacionada ao prazo limite do parcelamento era uma etapa necessária e prévia à discussão sobre a amortização do saldo do débito parcelado. Isso porque de nada adiantaria debater sobre a amortização se o contribuinte pudesse permanecer pagando indefinidamente. Ora, a Lei nº 10.684, de 2003, não fixou um critério objetivo — expresso em porcentagem, por exemplo — para definir quanto precisa ser abatido do saldo do débito com o pagamento mensal de cada parcela. Assim, o contribuinte poderia pagar qualquer valor que fosse suficiente para diminuir parte do seu débito — mesmo a situação esdrúxula, por exemplo, de abatimento de dez centavos — sem que isso implicasse violação às normas do parcelamento. Com esse contexto, se considerássemos que seria permitido ultrapassar o prazo limite de cento e oitenta meses, bastaria uma amortização mensal irrisória para que o contribuinte conseguisse arrastar o parcelamento por incontáveis anos. Desse modo, percebe-se que apenas a amortização não seria suficiente para resolver o problema.

Conforme já salientado em itens anteriores deste artigo, a Lei nº 10.684, de 2003, trouxe regulamentação diferente para as microempresas e empresas de pequeno porte — no que se refere ao cálculo da parcela mínima. A regra estipulada pelo § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, estabeleceu duas fórmulas para o cálculo da parcela mínima mensal, a saber: (a) divisão do valor do débito por 180; e (b) três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela.

O problema quanto a esse ponto reside no fato de ter sido determinada a utilização do critério que resultar no **menor valor para a parcela mínima**

mensal. Baseado nesse dispositivo, alguns contribuintes vêm recolhendo mensalmente valores irrisórios — que são insuficientes para amortizar o saldo do débito — utilizando como critério a vinculação a uma porcentagem da receita bruta da pessoa jurídica para aferir o valor da parcela mínima mensal. O outro critério não traz maiores preocupações, visto que determina a divisão do montante da dívida pelo número total de parcelas do parcelamento. Assim, a pessoa jurídica apresenta faturamento bruto baixo e, conseqüentemente, recolhe valores diminutos em face do montante total da dívida, alegando que a própria Lei nº 10.684, de 2003, oferece respaldo a essa prática. É justamente esse aspecto que precisa ser analisado.

Portanto, cumpre analisar o conteúdo das normas que instituíram o PAES, interpretando-as em conjunto com outras normas presentes no ordenamento jurídico. Com isso, será possível averiguar se há suporte jurídico para manter um parcelamento no qual as parcelas pagas mensalmente não amortizam o saldo do débito. O primeiro passo será verificar se o sujeito passivo tem direito de pagar mensalmente apenas o valor que a Lei nº 10.684, de 2003, estipulou como o mínimo, independentemente de estar ou não amortizando a dívida.

À primeira vista, poderia parecer que a intenção do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, era explicitar o valor da parcela mensal do parcelamento. Contudo, uma análise mais aprofundada demonstra que esse dispositivo não permite essa interpretação. Para compreender o conteúdo dessa norma, serão utilizados como balizas os ensinamentos de Humberto Ávila, segundo o qual não basta ao intérprete a preocupação de identificar o significado de cada palavra que consta no texto legal. Lógico que as palavras já possuem um significado próprio que deve ser respeitado. No entanto, a proposta é construir o sentido da norma considerando o uso da linguagem empregado pelo grupo de pessoas às quais a norma se aplica. Desse modo, haveria a conciliação do significado próprio da palavra, usada no texto do ato normativo, com o sentido que deve ser consagrado como de interesse do ordenamento jurídico.²¹ Esse

²¹ Conforme Humberto Ávila:

Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um **ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto**. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado — sentidos —, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.

[...]

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. [...] Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo

método de interpretação é que torna possível afirmar que **o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não pode ser entendido como uma norma voltada para estabelecer a parcela mensal do parcelamento, mas, sim, o valor da parcela mínima**. Para demonstrar a validade dessa assertiva, propõe-se verificar o significado próprio dos termos que estão presentes no dispositivo ora analisado e, posteriormente, construir o sentido da norma.

A expressão “valor da parcela mínima mensal”, que se encontra no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, 2003, deve ser entendida como uma indicação do piso, do menor valor, da quantia mínima que poderá ser atribuída a uma parcela do PAES. É preciso, ainda, considerar a informação que consta no final do citado dispositivo: “não podendo ser inferior a”. Neste trecho encontram-se outras palavras que também denotam a estipulação de um valor mínimo, um piso da parcela mensal do parcelamento. Essas conclusões partem do significado das palavras que compõem o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, 2003. Com efeito, é inegável que “mínimo” quer dizer o menor possível, enquanto “inferior” significa o que está abaixo. Conjugando essas duas expressões, percebe-se que são complementares: a primeira está relacionada à escolha do critério de cálculo para se chegar ao valor da parcela mínima mensal — um cento e oitenta avos do total do débito ou três décimos por cento da receita bruta; enquanto a segunda introduz uma limitação à aplicação do mencionado critério de cálculo. Assim, o valor encontrado por meio da utilização do critério de cálculo ainda deve respeitar um patamar quantitativo mínimo — fixado numericamente pelos incisos I e II do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003.

A partir dessas considerações, passa-se a construir o sentido da norma. Para isso, é imprescindível analisar o contexto fático que motivou a edição do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, 2003. Inicialmente, cabe lembrar que as microempresas e empresas de pequeno porte são, por sua natureza, pessoas jurídicas que movimentam volume financeiro mais baixo — se comparado com o das pessoas jurídicas que não se enquadram nesse perfil. Corrobora essa afirmação o fato de que, à época da promulgação da referida lei, para qualificar uma pessoa jurídica como microempresa utilizava-se como parâmetro a sua receita bruta, que deveria ser igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) ou a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) — dependendo da lei aplicável.²² Por seu turno, para as empresas de pequeno porte o valor da receita bruta deveria ser superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) ou superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou

interpretativo individual. (Grifou-se). ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 31-34.

²² Valores de acordo com a Lei nº 9.317, de 1996, e Lei nº 9.841, de 1999, respectivamente.

inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) — igualmente dependeria da legislação aplicável.²³

Portanto, considerando essa realidade econômica, é plausível presumir que as dívidas das microempresas e empresas de pequeno porte com a Fazenda Pública sejam em montantes mais baixos — compatíveis com a sua capacidade de gerar riquezas. E qual seria a importância desse fato? Ora, a interpretação de uma norma que prevê uma disciplina específica para uma determinada categoria de pessoa passa necessariamente pela análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que motivaram a sua edição. Isso porque é indispensável averiguar se a diferença de tratamento implementada pela lei — especialmente quando se trata de tributos — está em harmonia com o ordenamento jurídico. Dessa forma, no caso da regra prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, é conveniente levar em conta as peculiaridades que envolvem as microempresas e empresas de pequeno porte — visto que a norma trouxe uma diferenciação em razão dessas pessoas jurídicas.

Daí a relevância da presunção levantada no parágrafo anterior, pois permite vislumbrar a seguinte situação: havia a possibilidade de que microempresas e empresas de pequeno porte pretendessem incluir no PAES débitos com montantes reduzidos. Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, surgiu para evitar que pessoas jurídicas com dívidas de menor monta com a Fazenda Pública — se comparadas com débitos das demais pessoas jurídicas — pagassem mensalmente valores que não justificariam a existência do parcelamento — considerando a relação custo-benefício. Prova disso é que, além de estabelecer o critério de cálculo da parcela mínima, o legislador ainda optou por incluir uma limitação objetiva para a definição do valor dessa parcela, qual seja: a observância da quantia mínima fixada nos incisos I e II do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Percebe-se, assim, que houve uma preocupação voltada para impedir o pagamento de parcelas com valor muito baixo.

Nesse ponto, indispensável trazer mais um elemento favorável aos argumentos defendidos até aqui. Trata-se de um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicabilidade do limite de cento e oitenta meses, previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, às microempresas e empresas de pequeno porte. Convém ressaltar que este julgado foi proferido pela primeira turma do STJ — a mesma que proferiu o REsp 893.351, que serviu como paradigma no decorrer deste tópico do artigo. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE PARCELAMENTO ESPECIAL-PAES. ART. 1º DO § 4º DA LEI 10.684/2003. CRITÉRIOS DE CÁLCULO DAS PRESTAÇÕES MENSAIS.

²³ Id.

OBRIGATORIEDADE DE QUITAÇÃO EM 180 PARCELAS. PARCELA NO VALOR MÍNIMO DE CEM REAIS. PAGAMENTO CONSIDERADO INCORRETO. DESRESPEITO AO DETERMINADO PELA LEI.

[...]

6. O § 4º do art. 1º, da Lei 10.684/2003, ao estabelecer a parcela de R\$ 100,00 (cem reais) previu um limite mínimo da prestação, no intuito de evitar situações de parcelamento de dívidas em valores irrisórios. Essa situação serve para empresas que possuem débitos, que, quando divididos na proporção 1/180, o valor da parcela corresponde a menos de R\$ 100,00 (cem reais), e, portanto, como a lei impõe valor mínimo, o débito deverá ser quitado antes de completar os 180 meses.

7. Recurso especial provido, para que **o saldo devedor da ora recorrida seja dividido por 180 meses**, contando como termo a quo o mês de julho de 2005, data em que deixou de recolher o parcelamento.²⁴ (Grifou-se).

Dessa maneira, pode-se afirmar que o critério de cálculo da parcela mínima foi instituído em favor das microempresas e empresas de pequeno porte — tendo em conta o seu tratamento diferenciado — enquanto o limite de valor foi instituído visando preservar os interesses da Fazenda Pública. Trata-se de medida razoável e legítima, posto que evita excessos e harmoniza os anseios tanto do credor quanto do devedor. Destarte, o conteúdo do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, aponta para uma regra destinada a estipular um valor mínimo que pode ser aceito mensalmente pela Administração Pública no âmbito do parcelamento. Esse é o sentido que se extrai do significado denotativo dos termos empregados na legislação e do contexto fático que guardava pertinência com a criação da norma.

Demonstrado o sentido que se entende mais adequado para norma, a questão a ser respondida, agora, é se o sujeito passivo teria ou não direito a realizar seus pagamentos mensais baseando-se apenas nos critérios designados para calcular a parcela mínima. O primeiro ponto a ser analisado é o tratamento diferenciado criado pelo § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, e sua legitimidade perante o ordenamento jurídico. Nesse aspecto, imperioso ressaltar que o fato de existir na lei um regime jurídico específico para determinada categoria de pessoa não é suficiente para qualificá-lo como contrário ao

²⁴ REsp 1101043 / SC RECURSO ESPECIAL 2008/0235328-9; Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142); Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 18/05/2010; Data da Publicação: 02/06/2010; Fonte: DJe.

Com o mesmo entendimento acerca do prazo máximo do PAES: REsp 1125020 / RS RECURSO ESPECIAL 2009/0033609-1; Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 03/11/2009; Data da Publicação: 10/11/2009; Fonte: DJe.

direito. O princípio da isonomia, aliás, se concretiza quando são reconhecidas e aceitas as desigualdades, cabendo à legislação equilibrar essas diferenças disciplinando as situações fáticas de acordo com as peculiaridades da pessoa que se submeterá à norma. Contudo, o tratamento diferenciado somente será válido se respeitar alguns limites. Sobre esse assunto, vale a pena conferir as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há **justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.**

[...]

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver **adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado ao que se inserem na categoria diferenciada.**

[...]

À guisa de conclusão deste tópico, fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois **não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima.** Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.²⁵ (Grifou-se).

O doutrinador procurou delinear em sua obra os requisitos para que um tratamento discriminatório seja encarado como válido perante o ordenamento jurídico. No trecho citado acima, foram destacados dois pressupostos fundamentais para se alcançar a isonomia: o primeiro seria o vínculo lógico e racional entre as diferenças do caso concreto e o regime jurídico estabelecido para nivelar as desigualdades; o segundo consiste em que o fundamento utilizado para justificar o regime jurídico adotado esteja em consonância com os valores e interesses resguardados pela “ordenação jurídica máxima”, ou seja, a ordem constitucional.

Aplicando esse raciocínio ao tema ora analisado, cumpre desde logo destacar que o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte encontra respaldo em dispositivos constitucionais.²⁶ Implica di-

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª ed. 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38-39; 43.

²⁶ CF/88

zer que o nosso sistema constitucional reconheceu que as características peculiares dessas pessoas jurídicas autorizariam a criação de um regime jurídico especial — distinto do conferido às demais pessoas jurídicas. Dessa forma, a regra do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, apresenta um fator de discrimen reconhecidamente válido pelo ordenamento jurídico.

No que se refere aos dois pressupostos que servem de balizas para determinar se a discriminação legal afronta ou não o princípio da isonomia, podem ser visualizadas duas hipóteses — a depender da interpretação que se faça do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Na primeira, seria entendido que o mencionado dispositivo não confere direito ao contribuinte de recolher mensalmente apenas o valor estipulado como parcela mínima quando não se verifique amortização da dívida — sendo tão-somente uma regra voltada para indicar o menor valor que a Administração Pública pode aceitar em cada pagamento. Na segunda, a interpretação permitiria que o contribuinte pagasse em cada parcela apenas a quantia correspondente ao mínimo — segundo os critérios definidos no citado dispositivo legal — independentemente da efetiva amortização do saldo do débito.

A primeira hipótese levantada teria fundamento na própria argumentação defendida acima sobre o sentido da norma disposta no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Isso porque se trata de uma regra destinada somente a fornecer parâmetros para se calcular o valor da parcela mínima mensal do PAES. Significa dizer que a norma se restringe a esse ponto, sem trazer qualquer indicativo de que o sujeito passivo teria direito de pagar mensalmente somente aquele valor. Além disso, essa interpretação legitima a vinculação lógica entre as diferenças verificadas — no caso, entre as microempresas e empresas de pequeno porte e as demais pessoas jurídicas — e o regime jurídico instituído. Com efeito, a criação de uma fórmula específica para calcular a parcela mínima para as microempresas e empresas de pequeno porte apresenta um nexu lógico e racionalmente justificável com a desigualdade identificada e

Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

X - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

utilizada como fator de discrimen. Por sua vez, o fundamento para esse tratamento diferenciado está em harmonia com os preceitos fixados na Constituição Federal de 1988 — posto que consistiria em estabelecer critérios mais benéficos para assegurar que o valor de cada parcela seja condizente com a realidade fática do devedor com menos capacidade econômica. Assim, entende-se que o princípio da isonomia estaria plenamente respeitado.

Por sua vez, a segunda hipótese demanda uma análise mais detida de alguns pontos, principalmente ao se considerar as consequências que poderiam ocorrer caso seja adotada. Nesse ponto, conveniente lembrar que o pagamento das parcelas mínimas, seguindo a regra prevista no § 4º, I e II, do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, pode levar a situações em que o sujeito passivo não consegue sequer amortizar o saldo devedor do débito parcelado. Significa dizer que os pagamentos não seriam suficientes para fazer frente à atualização monetária e aos juros, que incidem sobre o montante da dívida, e igualmente não reduziriam o valor do débito principal — no caso, o “débito principal” corresponde ao valor do tributo devido. A permanecer essa situação, fica evidente que o contribuinte não está cumprindo a sua obrigação de quitar seu débito com a Fazenda Pública. Basta observar que o desfecho inevitável para esse caso seria o crescimento do montante do débito ao longo do tempo, tendo em vista a ausência de amortização. Assim, ao final do parcelamento ter-se-ia uma dívida muito maior do que aquela incluída inicialmente no PAES. Veja-se, e isso é importante frisar, que só ocorrerá tal situação porque o sujeito passivo paga mensalmente apenas os valores mínimos que constam no § 4º, I e II, do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, mesmo não havendo a diminuição gradativa do montante do débito.

Cabe, então, a pergunta: entender que o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, assegura ao contribuinte o direito a pagar somente os valores estipulados como parcela mínima mensal, ainda que não haja amortização da dívida, é juridicamente aceitável? A resposta é negativa. Impende ressaltar que a Constituição Federal buscou proteger as pessoas jurídicas que possuem capacidade econômica menos expressiva, de modo a incentivar o seu desenvolvimento e, até mesmo, prover condições para que consigam se manter ativas. Essa postura justifica-se, pois é de interesse do Estado a subsistência das microempresas e empresas de pequeno porte. Com efeito, essas pessoas jurídicas integram e fortalecem a economia, geram riquezas, além de contribuir para o fornecimento de recursos financeiros para Estado, na forma de tributos.

No entanto, não há liberdade irrestrita para criar tratamentos diferenciados para microempresas e empresas de pequeno porte, instituindo-se regimes jurídicos que importem em benefícios injustificáveis. Ao contrário, um regime jurídico diferenciado circunscrito a algumas pessoas deve sempre passar por um juízo de ponderação, avaliando-se as circunstâncias fáticas que motivaram sua instituição e a razoabilidade das medidas escolhidas para balancear

as desigualdades. Com isso, consegue-se averiguar a legitimidade do tratamento desigual, identificando se houve algum desvirtuamento dos valores que o ordenamento jurídico pretendia preservar.

Para demonstrar a incompatibilidade da segunda hipótese com o ordenamento jurídico, socorre-se ao princípio constitucional da isonomia tributária,²⁷ seguindo os dois pressupostos defendidos por Celso Antônio Bandeira de Mello. Em primeiro lugar, ressalta-se que já foi demonstrado que o fator de *discrímen* é válido — microempresas e empresas de pequeno porte em relação às demais pessoas jurídicas. Por seu turno, haveria relação lógica entre a mencionada desigualdade e o regime jurídico instituído, visto que traria um benefício — direito de pagar apenas valores mensais mínimos no parcelamento — para as pessoas jurídicas que detém situação menos favorável economicamente. Entretanto, fica prejudicado o último pressuposto, que correlaciona o fundamento lógico utilizado para justificar a criação do regime jurídico diferenciado e os interesses constitucionalmente protegidos. Pelas consequências que a segunda hipótese poderia trazer, o seu fundamento lógico seria algo nesse sentido: as microempresas e empresas de pequeno porte podem parcelar seus débitos com a Fazenda Pública e pagar pequenas quantias mensalmente, mesmo que não haja amortização do saldo do débito, em virtude da sua capacidade econômica reduzida.²⁸

Importante notar que esse fundamento permitiria, na prática, o não cumprimento da obrigação do contribuinte de quitar sua dívida. Ora, se o pagamento não é suficiente nem para liquidar os juros e a correção monetária que recaem sobre o débito, resta evidente que a prestação oferecida pelo sujeito passivo não satisfaz o direito de crédito da Fazenda Pública. Dessa maneira, o resultado do entendimento de que o sujeito passivo teria direito recolher mensalmente apenas os valores mínimos estipulados pelo § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, será o reconhecimento de que este poderá passar

²⁷ CF/88

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

²⁸ Importante esclarecer que esse fundamento foi elaborado a partir das consequências fáticas que poderiam resultar do entendimento de que o contribuinte tem direito a pagar apenas parcelas com valores mínimos no âmbito do PAES. Não há na exposição de motivos da Lei nº 10.684, de 2003, tal justificativa. Daí porque preferimos utilizar a expressão “algo nesse sentido”, para demonstrar que não houve definição explícita do legislador e que foi uma construção feita no trabalho de interpretação da norma. Nada impede que sejam feitas outras proposições, porém, acreditamos que sempre haveria em comum o fato de que essa interpretação — corporificada neste artigo pela mencionada “segunda hipótese” — conduz à possibilidade do contribuinte pagar valores diminutos mesmo que implique a não amortização do débito.

anos pagando quantias irrisórias sem qualquer perspectiva de quitação do débito. Nesse aspecto, sobressai a violação ao princípio da isonomia tributária, cujo conteúdo visa garantir que todos submetam-se à incidência das normas tributárias e cumpram a obrigação de pagar os tributos quando ocorrer a situação hipotética descrita na norma como suficiente para surgir a obrigação tributária.

As normas constitucionais que recomendaram o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte em nenhum momento indicaram que essas pessoas jurídicas seriam excepcionadas da obrigação de pagar tributos. A igualdade entre todos, que é um dos pilares do Estado brasileiro, não permitiria tal exceção sem que houvesse uma justificativa razoável para servir-lhe de suporte. Nesse ponto, vale lembrar que até mesmo as imunidades possuem uma motivação que legitima a limitação ao poder de tributar do Estado. Dessa forma, o regime especial para microempresas e empresas de pequeno porte, que a Constituição Federal de 1988 explicitou em alguns de seus dispositivos, não pode servir de escusa para instituir privilégios e benefícios desprovidos de razoabilidade e fundamentação plausível. Isso causaria distorções na relação de igualdade que deve existir entre os contribuintes, desvirtuando as normas que o ordenamento jurídico consagrou justamente para evitar tais desequilíbrios.

No caso ora examinado, não havia nenhuma circunstância fática ou jurídica, à época da edição da Lei nº 10.684, de 2003, que legitimasse a criação de uma norma que conferisse somente às microempresas e empresas de pequeno porte o direito de parcelar seus débitos com a Fazenda Pública e pagar valores que implicariam — em última análise — a não quitação a dívida. Assim, todos que ingressassem no regime instituído pela referida lei deveriam pagar mensalmente uma quantia a fim de satisfazer o direito creditório da União Federal. Vale dizer, todos encontravam-se na mesma situação perante o Fisco, sendo que ninguém foi contemplado com o direito de não adimplir suas obrigações tributárias.

Portanto, forçoso concluir que a segunda hipótese — segundo a qual o contribuinte teria direito a pagar em cada parcela apenas a quantia correspondente ao mínimo, independentemente de haver ou não amortização da dívida — apresenta fundamento lógico incompatível com os valores e interesses protegidos pela ordem constitucional. Isso porque provoca uma situação de desigualdade não aceita pelo ordenamento jurídico, razão pela qual não poderia subsistir como uma interpretação válida para o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, por desrespeitar o princípio da isonomia tributária. Além disso, a norma de parcelamento não pode resultar em remissão indireta de tributos,

tendo em vista que isso fere o disposto no § 6º do art. 150 da Constituição Federal de 1988²⁹.

Nesse ponto, importante esclarecer que não se está afirmando a inconstitucionalidade do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Tem-se, na verdade, duas interpretações possíveis para esse dispositivo, sendo que uma delas considera-se inconstitucional por violar o princípio da isonomia tributária. Desse modo, a interpretação do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, mais compatível com o ordenamento jurídico é aquela representada pela primeira hipótese descrita em linhas anteriores deste artigo, qual seja: essa norma não confere ao contribuinte o direito a recolher mensalmente apenas o valor estipulado como parcela mínima — havendo tão-somente uma regra voltada para indicar o menor valor que a Administração Pública pode aceitar em cada pagamento.

Por fim, pode-se construir mais um argumento contrário à aplicação do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, como norma que permite o pagamento mensal apenas de valores irrisórios, independente do valor da dívida. Trata-se de uma análise voltada para o instituto do parcelamento. Antes de prosseguir, importante frisar que a pretensão aqui não é determinar a sua natureza jurídica — tema que ainda suscita debates na doutrina — mas enfocar algumas de suas características.

O parcelamento configura um regime especial de pagamento, instituído pelo Estado, a fim de possibilitar aos que não conseguiram cumprir suas obrigações tributárias que possam fazê-lo ao longo do prazo estabelecido na lei. Para isso, os devedores devem se comprometer a pagar mensalmente uma determinada quantia, a título de prestação do parcelamento. Nesse aspecto é que se encontra um detalhe elementar, qual seja: os pagamentos mensais realizados pelo contribuinte devem amortizar uma parte do saldo do débito. Isso porque é da essência do parcelamento que, ao seu final, o débito seja extinto por meio dos pagamentos realizados no decorrer do prazo definido na lei para duração do parcelamento. Com efeito, não haveria sentido o Estado se mobilizar — inclusive com gastos de recursos financeiros para implementar o parcelamento — se não houver perspectiva de que receberá o seu crédito. A esse respeito, confira-se o que dizem Ériko Hack e Dalton Luiz Dallazen:

²⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Deve-se apontar que o parcelamento sempre visa à extinção do crédito tributário por meio do pagamento das parcelas. Este pode ser considerado outro elemento que caracteriza o parcelamento: **os pagamentos devem ter a faculdade de diminuir o crédito tributário até que este não mais exista.** Se for facultado ao contribuinte suspender o crédito tributário por meio de pagamentos periódicos e sucessivos que nunca terão o efeito de extinguir o crédito, estar-se-á diante de moratória condicionada a pagamentos mensais, e não de parcelamento. **Este exige a possibilidade de extinguir o crédito tributário para ser assim denominado.**³⁰ (Grifou-se).

Percebe-se, portanto, que é imprescindível que haja a cada mês uma amortização da dívida, sob pena do parcelamento perder seu sentido. Sem o abatimento gradativo do débito, o parcelamento tornar-se-ia apenas uma medida inócua, que não traz nenhum benefício para a Administração Pública. Ao contrário, significaria gastos sem a necessária contrapartida do contribuinte — consubstanciada no pagamento do crédito público. Isso claramente não se mostra razoável.

Esses argumentos reforçam a tese de que o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não poderia autorizar que os contribuintes realizassem pagamentos mensais ínfimos mesmo sem a pertinente amortização do saldo do débito. Com efeito, haveria uma distorção da própria finalidade do parcelamento, que precisa ser visualizado sob um duplo aspecto: de um lado, a concessão de uma modalidade de pagamento mais benéfica para o contribuinte quitar sua dívida; por outro lado, o direito do Estado receber seu crédito.

6 POSICIONAMENTO DO STJ QUANDO O VALOR PAGO MENSALMENTE É INCOMPATÍVEL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

Não obstante o STJ ter firmado entendimento no sentido de que seria permitido que as microempresas e empresas de pequeno porte extrapolem o prazo de 180 meses, previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, a situação de diversos contribuintes que não estavam sequer amortizando o débito incluído no PAES parece ter sensibilizado o STJ. Com efeito, ao constatar que o pagamento de parcelas irrisórias, nos moldes previstos no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não estavam reduzindo o valor dos débitos parcelados, os ministros do STJ desenvolveram duas teses para enfrentar o problema, quais sejam: a “tese da parcela ínfima” e a “tese da ausência de receita bruta”. Essas duas teses serviram de fundamento para atestar a inadimplência dos

³⁰ HACK, Érico; DALLAZEM, Dalton Luiz. **Parcelamento do Crédito Tributário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

contribuintes, no âmbito do PAES, e, conseqüentemente, considerar legal a exclusão desses contribuintes do parcelamento especial.

A “tese da parcela ínfima” surgiu em decorrência da percepção de que a parcela que os contribuintes vinham pagando não eram suficientes para quitar sequer os encargos moratórios (juros e multa). Se levamos em consideração que o STJ entende que o prazo de 180 meses pode ser extrapolado pelas microempresas e empresas de pequeno porte, esses pagamentos ínfimos poderiam conduzir a um cenário no qual os contribuintes demorariam centenas de anos para quitar seus débitos.³¹ Implica dizer que, apesar de a microempresa ou empresa de pequeno porte estar pagando as prestações do parcelamento conforme o disposto no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, a dívida com a Fazenda Pública não seria quitada ou somente seria liquidada após centenas de anos. A partir disso, percebeu-se que a interpretação dos dispositivos da Lei nº 10.684, de 2003, não poderia ser meramente literal, sem dar relevância para os efeitos práticos que adviriam da interpretação conferida à norma.

Nesse contexto, chegou-se à conclusão de que as parcelas ínfimas não poderiam ser consideradas válidas perante o ordenamento jurídico, tendo em vista que a finalidade do parcelamento jamais seria alcançada. Mais precisamente, ter-se-ia que afastar a possibilidade de os contribuintes não quitarem seus débitos e, o que é pior, com o risco de a dívida aumentar ao longo do prazo do parcelamento. Dentre os diversos julgados que analisaram o tema, no âmbito do STJ,³² considero pertinente transcrever trecho do voto do Min. Mauro Campbell Marques, relator do REsp 1.187.845:

Com efeito, entendo que as normas que disciplinam o parcelamento não podem ser interpretadas fora de sua teleologia. Se um programa de parcelamento é criado e faz menção a prazo determinado para a quitação do débito e penaliza a inadimplência (arts. 1º e 7º da Lei n. 10.684/2003 — 180 meses), não se pode compreendê-lo fora dessa lógica, admitindo que um débito passe a existir de forma perene ou até, absurdamente, tenha o seu valor aumentado com o tempo diante da irrisoriedade das parcelas pagas. A finalidade de todo o parcelamento, salvo disposição legal expressa em sentido contrário, é a quitação do débito e não o seu crescente aumento para todo o sempre. Sendo assim, a impossibilidade de adimplência há que ser equiparada à inadimplência para efeitos de exclusão do dito programa de parcelamento.

E mais, admitir que um parcelamento poderia assim subsistir significaria legitimar e estimular o **procedimento assaz comum de**

³¹ Cita-se como exemplo o REsp 1.187.845/ES, no qual o contexto fático permeou o julgamento, ou seja, os Ministros voltaram a sua atenção para o fato de que o pagamento de parcelas irrisórias arrastaria o parcelamento por infundáveis anos.

³² REsp 1.187.845/ES; REsp 1.117.034/SC; REsp 1.237.666/PR; REsp 1.307.628/GO.

alguns contribuintes no sentido de esvaziar as atividades e, por consequência, a receita bruta da empresa em cujo nome estão os débitos tributários parcelados (forçando o seu enquadramento na faixa de parcela mínima — R\$100,00), e migrar todas as atividades e receita bruta para uma outra empresa nova, recentemente constituída, sem qualquer pendência, em evidente simulação vedada expressamente pelo Código Tributário Nacional. Veja-se:

[...]

Esse procedimento de manter a empresa antiga endividada para com o Fisco eternamente pagando parcela irrisória, funcionando como escudo a proteger da cobrança do crédito tributário os sócios e a empresa nova inaugurada para desenvolver as mesmas atividades outrora desenvolvidas pela antiga, por ser expressamente vedado por lei (art. 155-A, §2º c/c art. 154, parágrafo único, do CTN) é verdadeira **evasão fiscal e não planejamento tributário**.³³ (Grifou-se).

Os argumentos externados pelo Min. Mauro Campbell Marques corroboram o que fora exposto no presente artigo. Na opinião do Min. Relator, não seria admissível que um contribuinte eternize sua dívida com a Fazenda Pública, mesmo sob o pretexto de que a lei teria autorizado o pagamento de parcelas mínimas. Ainda mais grave é a tática utilizada por alguns contribuintes de tentar aproveitar abusivamente do parcelamento, ao “esvaziar” a pessoa jurídica endividada e transferir as atividades para outra pessoa jurídica — que pertence aos mesmo sócios daquela endividada. Para os que adotaram esse procedimento, não haveria nenhum problema nessa conduta, e a justificativa ou escusa seria a de que se trata de um planejamento tributário. Contudo, não se pode qualificar tal comportamento como válido juridicamente, tanto que o Ministro Mauro Campbell chega a caracterizar como uma espécie de evasão fiscal a estratégia escolhida pelos contribuintes.

No trecho transcrito acima, sobressai a situação anômala provocada pelas parcelas mínimas para microempresas e empresa de pequeno porte, no PAES, quando não há perspectiva de o débito ser extinto. Trata-se de um cenário no qual o direito da Fazenda Pública estaria injustificadamente sendo posto de lado, para atender apenas aos interesses de alguns contribuintes, que não tem a menor intenção de quitar seus débitos. Isso explica porque o STJ resolveu chancelar a exclusão do PAES de contribuintes que possuíam débitos consideravelmente elevados e, mesmo assim, estavam pagando valores irrisórios mensalmente. Segundo o entendimento do STJ, o pagamento de parcelas irrisórias, que não chegam a amortizar sequer os encargos moratórios (juros e

³³ REsp 1.187.845/ES; Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 19/10/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 28/10/2010.

multa), equivaleriam à inadimplência e, com isso, autorizariam a exclusão da pessoa jurídica do PAES.³⁴

Outra situação examinada pelo STJ foi a de microempresas e empresas de pequeno porte inativas, ou seja, sem desempenhar atividades operacionais. A consequência da inatividade foi a ausência de receita bruta, justamente o critério elencado pelo § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, para definir o valor das prestações do parcelamento para essas empresas. Nesse caso, a caracterização do uso abusivo do parcelamento foi mais flagrante, uma vez que as pessoas jurídicas que se enquadraram nessa situação passaram a ter existência meramente formal. Nessa perspectiva, ter-se-ia pessoas jurídicas inativas (existência formal), possuindo débitos significativos com a Fazenda Nacional e, ainda assim, pagando apenas a parcela mínima de R\$ 100,00 ou R\$ 200,00.

Os agentes da Fazenda Pública começaram, então, a excluir as microempresas e empresas de pequeno porte inativas — vale frisar, sem receita bruta. Os contribuintes contestaram a exclusão do parcelamento no Poder Judiciário e a controvérsia foi examinada pelo STJ. No julgamento do REsp 1.321.865/PE, restou definido que a ausência de receita bruta inviabiliza o pagamento de parcelas mínimas, no valor de R\$ 100,00 ou 200,00. Isso porque o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, estabeleceu dois critérios para definir a prestação mensal do parcelamento, quais sejam: utilizar um percentual (0,3%) da receita bruta ou dividir o débito por cento e oitenta (1/180). Ora, se a pessoa jurídica está inativa e, portanto, sem auferir receita bruta, não há como ela pretender que seja aplicado o critério do percentual da receita bruta. Segundo o Min. Humberto Martins, relator do REsp 1.321.865/PE, nessa situação não haveria base contábil — em razão da ausência de receita bruta — para calcular a parcela, de modo que a única alternativa é utilizar o critério de divisão do débito por cento e oitenta (1/180).³⁵ Esse entendimento foi confirmado no julgamento do REsp 1.376.744, no qual o Min. Mauro Campbell Marques (relator), deixou clara a distinção entre a “tese da parcela ínfima” e a “tese da ausência de receita bruta”.³⁶

³⁴ Nesse sentido: REsp 1.238.519/PR. EDcl no AREsp 277.519/DF. REsp 1237666/PR,

³⁵ REsp 1.321.865/PE; Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 26/06/2012; Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2012.

³⁶ Confira trecho do voto do Min. Mauro Campbell: “Veja-se que a primeira tese, a “tese da parcela ínfima” é completamente diferente desta segunda tese, a “tese da ausência de receita bruta”. A primeira tem por causa uma parcela que jamais pagará o parcelamento em absoluto e em qualquer prazo, pois não cobre sequer os encargos mensais da dívida, a segunda tem por causa a inatividade da empresa, o que implica que a única forma de se calcular a parcela é sua divisão por 180 meses. Ambas levam à exclusão, mas são teses completamente distintas e que trilham caminhos distintos, muito embora possam ser utilizadas em conjunto para a exclusão do programa por duplo fundamento.” REsp 1.376.744/PE; Relator: Ministro MAURO CAMPBELL

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos tópicos anteriores deste artigo, ficaram constatados o sentido que se entende deva ser atribuído à norma prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, e os limites que advêm do próprio ordenamento jurídico para sua interpretação e aplicação. Diante disso, chegou-se às seguintes conclusões:

- O § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, é uma regra voltada para estabelecer o menor valor que a Administração Pública pode receber mensalmente no parcelamento, quando se tratar de microempresas e empresas de pequeno porte;
- O conteúdo dessa norma não pode ser concebido como concessão de direito ao contribuinte de pagar apenas a parcela mínima, visto que possibilitaria, em alguns casos, a não amortização da dívida e, conseqüentemente, o não cumprimento da obrigação de quitar o débito.

Partindo dessas premissas, resta ainda explicitar qual a solução a ser dada quando o sujeito passivo não puder recolher mensalmente apenas os valores correspondentes às parcelas mínimas mensais, devido à ausência de amortização da dívida. No caso aqui examinado, a solução seria voltar para a regra geral prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, que determina a concretização do parcelamento em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas. Com efeito, se a parcela mínima representar uma quantia que não atenda aos interesses do ordenamento jurídico — e considerando que o contribuinte não teria direito a pagar apenas o valor da parcela mínima mensal — há que ser afastada a aplicação do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Corrobora essa assertiva o fato de o mencionado parágrafo ser apenas complementar ao *caput*, isto é, a natureza da relação entre esses dispositivos permite afirmar que, se a norma prevista no parágrafo não puder ser utilizada, permanece hígida a norma prevista no *caput*. Desse modo, não haveria nenhum problema em seguir diretamente os comandos do *caput* do art. 1º da referida lei, caso o § 4º do mesmo dispositivo não puder ser aplicado.

Antecipando-se a eventuais questionamentos, convém esclarecer uma dúvida que poderia surgir, qual seja: não se estaria deixando de aplicar uma norma vigente e presumidamente constitucional? Nesse ponto, importante notar que, em nenhum momento, concluiu-se no sentido da inconstitucionalidade do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. O estudo desenvolvido no presente artigo apenas indicou a interpretação mais adequada para o mencionado dispositivo à luz da Constituição Federal. O resultado foi a constatação de que o contribuinte, em determinadas situações, não teria o direito a pagar apenas os valores referentes à parcela mínima — visto que haveria afronta ao

princípio da isonomia tributária. Diante disso, resta patente a viabilidade jurídica de se aplicar somente a interpretação da norma que seja mais compatível com a Constituição Federal, isto é, que esteja em harmonia com o ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações, tem-se que só restaria a divisão do montante do débito pelo número de parcelas do parcelamento. Isso decorreria diretamente da regra prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003. Aliás, essa fórmula não seria passível de contestação, visto que a própria lei fez menção a tal procedimento em dois momentos: no § 3º do art. 1º; e no § 4º do art. 1º, que descreve dois modos de se calcular a parcela mínima, sendo que dentre eles consta a divisão do débito pelo número de parcelas³⁷. Desse modo, identificado que os valores pagos mês a mês, pelo contribuinte, não são suficientes para amortizar o saldo do débito, deverá ser recalculado o valor das parcelas devidas. Para isso, realizar-se-á a divisão do saldo do débito pelo número restante de parcelas, respeitado o prazo máximo de cento e oitenta meses.

Nesse ponto, vale lembrar que as duas turmas da 1ª Seção do STJ têm entendido que o pagamento de parcelas irrisórias configuraria inadimplência e, assim, autorizaria a exclusão do PAES. Não obstante, considero que seria cabível recalcular as parcelas — por meio da divisão do débito pelo prazo do parcelamento (180 meses) — e intimar o contribuinte para que, se tiver interesse, pague as parcelas recalculadas. É preciso reconhecer que uma pessoa jurídica, que tinha dívidas milionárias e vinha pagando R\$ 100,00 ou R\$ 200,00

³⁷ Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

...

§ 3º O débito objeto do parcelamento será consolidado no mês do pedido e será **dividido pelo número de prestações**, sendo que o montante de cada parcela mensal não poderá ser inferior a:

I - um inteiro e cinco décimos por cento da receita bruta auferida, pela pessoa jurídica, no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, exceto em relação às optantes pelo Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e às microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas no disposto no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, observado o disposto no art. 8º desta Lei, salvo na hipótese do inciso II deste parágrafo, o prazo mínimo de cento e vinte meses;

II - dois mil reais, considerado cumulativamente com o limite estabelecido no inciso I, no caso das pessoas jurídicas ali referidas;

III - cinqüenta reais, no caso de pessoas físicas.

§ 4º Relativamente às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES e às microempresas e empresas de pequeno porte, enquadradas no disposto no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, o valor da parcela mínima mensal corresponderá a **um cento e oitenta avos do total do débito** ou a três décimos por cento da receita bruta auferida no mês imediatamente anterior ao do vencimento da parcela, o que for menor, não podendo ser inferior a:

I - cem reais, se enquadrada na condição de microempresa;

II - duzentos reais, se enquadrada na condição de empresa de pequeno porte. (Grifou-se).

mensais, provavelmente não terá condições ou interesse em honrar as novas prestações do parcelamento. Ainda assim, acredito que esse deva ser o procedimento a ser adotado.

Por seu turno, também não seriam sustentáveis as críticas fundadas em violação a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. No que se refere ao primeiro, fora demonstrado, em linhas anteriores deste artigo, que o § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003, não assegurou ao contribuinte o direito a pagar, em qualquer hipótese, apenas os valores correspondentes à parcela mínima. O fato de a Administração Pública ter aceitado esses pagamentos até o presente momento não altera em nada essa perspectiva. Dessa forma, não se vislumbra sequer a possibilidade de surgimento de direito adquirido, pois a lei não oferece subsídios para tal pretensão em favor do sujeito passivo. O ato jurídico perfeito também não sofreria abalos, visto que o parcelamento — que configura o objeto a ser resguardado — continuaria a existir sem qualquer alteração que pudesse descaracterizá-lo ou inviabilizá-lo.

Diante de todo o exposto, o entendimento que se consolida é no sentido de que os pagamentos ínfimos que são insuficientes para amortizar o saldo dos débitos, realizados por microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito do PAES, não podem ser considerados válidos perante o ordenamento jurídico. Isso em virtude do prazo máximo para o término do parcelamento (cento e oitenta meses) e do conteúdo do § 4º do art. 1º da Lei nº 10.684, de 2003 — que foi analisado sob a ótica do princípio da isonomia tributária e da finalidade do parcelamento. Além disso, a “tese da parcela ínfima” e a “tese da ausência de receita bruta” corroboram a percepção de que é necessário haver amortização da dívida com o pagamento de cada parcela, para que seja cumprida a finalidade do parcelamento. Essas duas teses, encampadas pelo STJ, podem ser consideradas uma resposta à utilização abusiva das regras do parcelamento, que configuram, em última análise, inadimplência perante a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

HACK, Érico; DALLAZEM, Dalton Luiz. **Parcelamento do Crédito Tributário**.
Curitiba: Juruá, 2008.

* Recebido em 10 nov. 2015.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



LA EVOLUCIÓN DE FUNCIÓN EXTRAFISCAL DE LOS TRIBUTOS

*Daniel Yacolca Estares**

1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN EXTRAFISCAL DE LOS TRIBUTOS

El tributo ha evolucionado en el tiempo, pasó de ser un simple acto de reciprocidad en los inicios de la humanidad, para luego convertirse en un signo de dominación de los vencedores a los vencidos, basándose en un poder tributario arbitrario. Donde no existía el respeto de los derechos fundamentales, debido a que se desarrolló en un mundo sumido en la total desigualdad y sesgado por un poder imperio. Es así que los impuestos siempre han estado presentes y han sido parte de los grandes cambios de la humanidad. Como ejemplos podemos citar la dación de la Carta Magna en Inglaterra de 1215, firmada por el Rey Juan Sin Tierra para evitar el incremento de los impuestos extorsivos y su cobro con crueldad, los impuestos a las colonias británicas de 1776 y el motín del té como una de las causas de su independencia, el absolutismo Francés 1779 que negó reformas tributarias propuestas por Turgot y Calonne, que incluían como contribuyentes a los miembros de la nobleza y a la iglesia, y por último, la marcha de Gandhi en 1930 contra el impuesto a la sal del imperio británico. De los hechos descritos se puede advertir que el origen del constitucionalismo estuvo impregnado del núcleo tributario con rasgos de arbitrariedad, para luego forjarse como una fuente de justicia hasta fundarse la constitución como norma jurídica y proclamarse en su seno el respeto de los derechos fundamentales. Surge así el tributo como deber de contribuir de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos en el marco de un modelo de Estado de Derecho, que se forjó durante la revolución francesa.

Desde que en la Revolución Francesa se configuro el modelo de Estado de Derecho, este modelo se fue cimentando como un nuevo paradigma para la humanidad, como

* Doctor en derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente de posgrado en derecho tributario y metodología en la maestría y doctorado en Política Fiscal y Sistema Tributario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[...] aquel Estado dentro del cual se presenta una situación en la que su poder y actividad se encuentran reguladas y controladas por el derecho; donde la esfera de derechos individuales es respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un adecuado ejercicio del poder público.¹

En ese sentido, el Estado de Derecho representa un estado de seguridad. Mediante la continua evolución del tributo se convirtió en lo que denominamos deber de contribuir, dentro de la estructura del nuevo modelo de Estado de Derecho Constitucional y Social, que implica la luz o faro del principio de solidaridad colectiva, el respeto a los derechos fundamentales y la proscripción de la arbitrariedad. Desprendiéndose de los denominados modelos de estados totalitarios que representaban el germen del poder tributario confiscatorio del derecho de propiedad y abuso de los derechos fundamentales.

De otro lado, a decir de GARCIA AÑOVEROS,

[...] la solidaridad es, entre otras cosas, una virtud que, por desgracia, tiene que traducirse casi siempre en hechos, hechos económicos. Las proclamas podrán ser encendidas y admirables, pero, si no siguen los hechos, la declaración puede apuntar los caminos del cinismo o de la pura idiotez. Las unidades políticas, por amplias y flexibles que sean, por muchos y variados territorios que comprendan, requieren, para su subsistencia como tales unidades políticas, un sentir solidario que se haga efectivo en hechos. La conciencia de pertenecer a una unidad política territorial supone que las personas vinculadas a los distintos territorios se consideren mutuamente como pertenecientes a esa unidad; y esto supone que unos se interesen por los problemas de los otros. Por lo demás, si entre las diversas partes las diferencias, por ejemplo económicas, son abismales, difícilmente aparecerá o se mantendrá esa conciencia de unidad; y sin esa conciencia la unidad, sencillamente, desaparecerá o no llegará a existir. Es cierto que un poder superior puede mantener la unidad de lo heterogéneo, pero será unidad por poder, que durará cuanto dure la fuerza suficiente.²

En esa línea, como explicara FRANCISCO ESCRIBANO, desde una perspectiva de la configuración jurídica del deber de contribuir,

[...] será tributo toda prestación pecuniaria o, excepcionalmente, in natura, exigida coactivamente, de acuerdo con la capacidad económica de cada ciudadano, con la finalidad de contribuir al

¹ MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. "Introducción al Estudio del Derecho, Una nueva visión del Estado de Derecho" Capítulo 6. Porrúa, México, 2007, página 224.

² GARCIA AÑOVEROS, Jaime, Solidaridad, Sección Tribuna, en el Diario El País de España, del 24 de diciembre de 1998. http://elpais.com/diario/1998/12/24/espana/914454017_850215.html.

sostenimiento de los gastos públicos, siendo el destinatario del pago, necesariamente un ente público, mediante un sistema de categorías que se configuran sobre un deber de base solidaria inspirado en los principios de igualdad y generalidad.”³

En tal sentido, el tributo resulta ser un concepto muy dinámico que hoy en día nos entrega un nuevo concepto constitucional, para proteger derechos fundamentales, mediante la función fiscal y extrafiscal del tributo, que a su vez, se ciñen a forjar un bien común. Por lo cual el concepto constitucional del tributo constituye la base o cimiento donde nacen sus fines. El fin fiscal que está enfocado en el incremento del ingreso público vía recaudación tributaria y el fin extrafiscal que está diseñado para utilizar al tributo como un instrumento económico que internalice las externalidades negativas y fomente las positivas, que deben estar enfocadas en perseguir los mismos fines del Estado, reduciendo los gastos públicos con sus efectos. En ese sentido, la simetría de la evolución del concepto del tributo con un Estado de derecho social y democrático, permite que el tributo no sea más parte de abusos, confiscaciones y violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino todo lo contrario, que sirva para hacer realidad el funcionamiento del Estado de derecho.

Los tributos son la mejor fuente de ingresos que tienen los Estados, para financiar los fines programáticos. Por eso la historia del Estado no se puede desligar de la historia del tributo. Los pasos que han tenido que dar la evolución del tributo para ser aceptado como instrumento de intervención, ha sido muy accidentado, más aún cuando el tributo persigue fines extra fiscales y su aceptación constitucional dentro del Estado de derecho social y democrático. Por lo que la constitución ingresa al núcleo del tributo, es invasora del derecho tributario y de todas las ramas del derecho.

En materia tributaria con más razón, debe haber un respeto irrestricto a la constitución, porque el derecho tributario es un derecho de intervención, como también lo es el derecho penal. Dado que están más cerca de los derechos fundamentales y su aplicación puede ponerlo en peligro o provocarle un daño. La evolución del tributo crea nuevas recetas para solucionar las incertidumbres que enfrentamos y que vendrán durante este milenio, en temas referidos a la protección de bienes valiosos de la sociedad, como el medio ambiente, a la utilización de los medios virtuales para su aplicación menos invasiva y con mayor eficiencia en el cumplimiento tributario.

³ ESCRIBANO LOPEZ, Francisco, Configuración Jurídica del Deber de Contribuir: perfiles constitucionales, AIDET y GRIJLEY, 2009, página. 857.

2. EL CAMINO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTRAFISCALIDAD

Si bien es cierto, la extrafiscalidad está dentro de la estructura del tributo desde siempre, sin embargo, ahora se presenta con más incidencia y con sustrato constitucional, puesto que el recorrido de la extrafiscalidad del tributo para ser aceptado constitucionalmente, ha sido un camino largo y sinuoso⁴. En esa línea, cabe recordar que la actividad financiera ha existido desde siempre, ya que desde el momento en que se establece el poder bajo cualquier forma en la sociedad, la primera función que ejerce es la de proporcionarse recursos materiales para su mantenimiento⁵. Por dicha razón la hacienda pública⁶, desempeñó y desempeña en el seno del Estado una función instrumental, que admite grados diversos y se concreta en diferentes modalidades, según la naturaleza y destino de los recursos que la integran, pero cuyo fin es siempre el mismo: hacer posible la existencia del Estado y el cumplimiento de los fines que el mismo persigue, y por tanto, el desarrollo de la actividad administrativa típica.

Cabe recordar que la hacienda clásica limitó al mínimo las actividades del Estado, dado que la actividad financiera, se circunscribía a suministrarle los recursos necesarios para cubrir los gastos ocasionados por las funciones de administración que le estaban encomendadas⁷. Los tres pilares sobre los que se sustentaba, eran: la neutralidad impositiva, el equilibrio presupuestario y la justa distribución de la carga impositiva⁸. Al ser el criterio de la neutralidad el dominante en su sistema fiscal, la influencia del impuesto en la realidad económica se reducía al mínimo y, al mismo tiempo los recursos que obtenían se destinaban de modo exclusivo a nutrir el presupuesto financiero del Estado, es decir, a sostener los servicios públicos indispensables para la vida colectiva.⁹ La quiebra del orden liberal así construido, se hizo patente básicamente tras la crisis internacional de 1929, momento a partir del cual quedaron claramente al descubierto las bases en que se apoyaba éste. Ya no era viable mantener por parte del Estado la anterior inhibición frente a los problemas económicos y sociales aunque ésta nunca fue total y tajante. Tenía que asumir como afirma

⁴ FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

⁵ Véase GARCIA VILLAREJO, A. y SALINAS SANCHEZ, J. Manual de Hacienda Pública, Tecnos, Madrid, 1994, p. 77. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, Óp Cit., págs. 39 al 41.

⁶ VICENTE-ARCHE DOMINGO, F. Hacienda Pública y Administración Pública, HPE, N° 26, 1974, pág. 77. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, Óp Cit., págs. 39 al 41.

⁷ DUVERGER, M. Hacienda Pública, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 7. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, Óp Cit., págs. 39 al 41.

⁸ GARCIA VILLAREJO, A. y SALINAS SANCHEZ, J. Manual de Hacienda Pública, Óp Cit, pág.82. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. Óp Cit., págs. 39 al 41.

⁹ SAINZ DE BUJANDA, F. Hacienda y Derecho, vol. I, reimpresión, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 94. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, Óp Cit., págs. 39 al 41.

CHECA GONZÁLEZ¹⁰, un nuevo e importante papel como agente del proceso económico. Se inició de este modo, la etapa de un Estado de impuestos para solventar el gasto público cada vez mayor.

De esta manera, el Estado tuvo que comenzar a proporcionar una serie de prestaciones, desconocidas hasta entonces. Esa mayor necesidad de gasto público trajo inevitablemente consigo un mayor aumento también de los ingresos, y fundamentalmente de los más importantes, esto es, de los impuestos, ya que como señala RODRIGUEZ BEREIJO ¹¹ “entre los impuestos y los gastos públicos ha de existir una íntima conexión”. Nexo que debe actuar, y esto es importante destacarlo, no solo en el plano cuantitativo, sino asimismo en el cualitativo, con lo cual el impuesto tenía necesariamente que abandonar el carácter neutral que tenía en la época liberal. ¹² Así las cosas, de acuerdo con la nueva concepción de la hacienda pública, hoy en día no hay duda de la generalización en los Estados contemporáneos, de la utilización del impuesto para otros fines que no sean el meramente recaudatorio. ¹³

La hacienda pública actualmente, se ha convertido en la pieza imprescindible, en torno al cual gira toda la política pública, y a través de la cual se trata de lograr la realización efectiva de esos principios fundamentales del ordenamiento jurídico como la libertad, la igualdad y la justicia: porque hoy esos fines es imposible conseguirlos si no es a través de un papel destacado y muy activo de la hacienda pública¹⁴. De manera que el impuesto no aparece reflejado, como establece LEJEUNE VALCARCEL¹⁵, como una institución cerrada en sí misma, que agote su eficacia en el instante que cumple con su función recaudadora, sino que en cuanto institución constitucional, tiene un papel que cumplir al servicio del programa y los principios constitucionales¹⁶. Con lo cual

¹⁰ CHECA GONZALEZ, C. Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que lo justifican y sobre su admisibilidad constitucional, REDF, N° 40, 1983, pág. 506 y 507. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, *Óp Cit.*, págs. 39 al 41.

¹¹ RODRIGUEZ BEREIJO, A. El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), REDC, N° 36, 1992, pág.17. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. *La tributación medioambiental: Teoría y Práctica*, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

¹² CHECA GONZALEZ, C. *Impuestos con fines no fiscales*, op. cit. págs. 508 y 509. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. *La tributación medioambiental: Teoría y Práctica*, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

¹³ SOLER ROCH, M. T. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pág 35.

¹⁴ MARTINEZ LAGO, M. A. Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de la confiscatoriedad, *Gaceta Fiscal*, N° 81, 1990, pág. 149. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime, *Óp Cit.*, págs. 39 al 41.

¹⁵ LEJEUNE VALCCARCEL, E. *Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria*, en la obra de AAVV: *Seis estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributaria*, Edersa, Madrid, 1980, págs. 120 a 121.

¹⁶ CHECA GONZALEZ, C. *Los impuestos con fines no fiscales*, op. cit. pág. 510.

la actividad impositiva adquiere de este modo un nuevo carácter y desempeña un nuevo papel que viene amparado por la Constitución.

En ese sentido, la extrafiscalidad es concebida como “una excepción a la clásica definición de la capacidad económica como límite cualitativo a la soberanía del legislador tributario, que determinaría la inconstitucionalidad de cualquier tributo que no tomase como hecho imponible algún dato o elemento revelador de tal capacidad económica”¹⁷. Convirtiendo dicho cambio de paradigma como la más reciente evolución de la función del tributo amparado constitucionalmente. Así, desde dicha perspectiva, **“la constitución es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas y que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple”**.¹⁸

En tal virtud, la extrafiscalidad busca lograr los mismos fines del Estado, al servicio del programa y los principios constitucionales, basados en el incentivo y/o desincentivo tributario, que permitan incidir en el comportamiento de los ciudadanos y/o agentes económicos, reduciendo las externalidades que generan, para evitar mayores gastos públicos (buscando el ahorro público para evitar seguir en el círculo vicioso de la simple recaudación).

3. DEL CARÁCTER INSTRUMENTAL DEL TRIBUTO Y SUS FINES

El carácter instrumental de los tributos denota una doble función según el fin que se persigue, y se son:

- La finalidad fiscal: El tributo como instituto jurídico financiero con el elemental fin de allegar recursos al Estado para el sostenimiento de las necesidades públicas, materializando así el deber de contribuir prescrito por la Constitución.¹⁹ No debemos olvidar que dentro de los tributos con finalidad fiscal también se puede encontrar el elemento extrafiscal dentro de su estructura, diseñado como exenciones, reducciones, bonificaciones,

¹⁷ GARCIA NOVOA, Cesar, Concepto Constitucional del tributo: Una experiencia española. En: Revista Peruana de Derecho Tributario, Universidad de San Martín de Porres, Tax Law Review, editado por el Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Derecho de la USMP, Año 1, Número 4, paína 25, Lima, Perú. www.derecho.usmp.edu.pe/cet.

¹⁸ Vid., Prólogo a la obra de GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 1988, páginas 20 y 21.
Citado por: GAMBA VALEGA, Cesar, Principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Derecho Tributario, I Congreso Internacional del Derecho Tributario, AL-DET y Grijley, 2009, página. 33.

¹⁹ «Interesa (. . .) resaltar que en la perspectiva constitucional el tributo, como instituto jurídico financiero, no puede desconectarse del deber de contribuir», G. CASADO OLLERO, «Los fines no fiscales ... », cir. p. 116. Citado por JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 85.

deducciones, tipos de gravamen reducidos y otros de semejante naturaleza.

- La finalidad extrafiscal: El tributo como instrumento de política social o económica, con el objetivo de llevar a cabo diversos fines de interés general, como por ejemplo la protección ambiental²⁰, la protección de la salud pública, fomento de la educación e investigación, por citar algunos ejemplos.

La extrafiscalidad es un concepto que se integra dentro de los tributos como una fuente de justicia. Partiendo de la idea de igualdad colectiva. Persiguen los mismos objetivos constitucionales que la finalidad fiscal y su cualidad más esencial es su carácter instrumental.

Cuando la extrafiscalidad es incorporada en una prestación patrimonial de carácter público, produce efectos en el comportamiento humano. Cuando éste se comporte de modo perjudicial, se incrementa la carga fiscal y cuando su comportamiento es favorable se reduce la carga tributaria. Como sostiene JUAN ENRIQUE VARONA, el impuesto extrafiscal siempre incorpora dos metas, una positiva y otra negativa, que operen estrechamente unidas y que aparecen como las dos caras de una sola moneda. Esta doble finalidad es la incentivadora o persuasiva, por un lado, y la desincentivadora o disuasoria, por otro. Cuando se persiga una acción o una omisión, siempre aparece aquella doble vertiente (persuasiva-disuasoria) inescindiblemente unida. Cuando el tributo tienda fundamentalmente a inculcar conductas omisivas, incorporará el efecto persuasión incentivando fiscalmente el no obrar, y el efecto disuasión desincentivando el obrar de un determinado modo. Y lo mismo sucede cuando el tributo fomente una conducta positiva en el contribuyente, quien se verá animado a obrar así y desincentivado a no obrar o a hacerlo de otro modo.²¹ La finalidad conductista es inherente al tributo extrafiscal, que tiende a corregir determinados comportamientos e implantar aquellas actitudes que favorezcan la consecución del objetivo extrafiscal.²²

Por tanto, esta finalidad conductista desplaza de forma clara a la recaudatoria, ya que al tributo extrafiscal le preocupa más inculcar hábitos y generar determinadas actitudes sociales que el recaudar dinero²³. Evita el largo camino que implica la finalidad fiscal plagada de evasión tributaria y de corrupción en algunos países más que otros. Asimismo, la extrafiscalidad tiene un alcance

²⁰ JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. Óp Cit., p. 85.

²¹ VARONA ALABERN, Juan Enrique. Extrafiscalidad y dogmática tributaria. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág 31.

²² *Ibidem*, p. 31.

²³ *Ibidem*, p. 31.

preventivo frente a problemas sociales como la salud, la educación y el medioambiente.

4. PLANOS DE LA EXTRAFISCALIDAD: TRIBUTOS Y ELEMENTOS EXTRAFISCALES

Según precisa CASADO OLLERO²⁴ existe distintos planos de extrafiscalidad, los cuales, a manera de clasificación, consideramos importante plasmar para así delimitar de manera clara el ámbito de extrafiscalidad²⁵.

a) Plano de consecuencias o efectos no fiscales de los tributos.

Según sostenía GRIZIOTTI, no es posible en efecto, ignorar que con la aplicación o el simple anuncio de cualquier tributo, o con la preparación incluso de cualquier medida tributaria se desencadenan directa o indirectamente, consecuencias no fiscales²⁶, aseveración de la que se desprende lo que en este momento señalamos como la primera categoría de extrafiscalidad y que corresponde a las consecuencias o efectos no fiscales de los tributos, que pueden tener lugar, por el simple hecho del anuncio, ni siquiera de la entrada en vigencia, de cualquier medida tributaria, negando con esto el llamado efecto neutral de los tributos²⁷.

b) Plano donde los tributos persiguen fines recaudatorios y buscan la obtención de fines extrafiscales. Elementos extrafiscales.

Los tributos con fin no fiscal, constituyen tributos que además de perseguir fines recaudatorios buscan la obtención de fines extrafiscales, es decir, de ordenamiento. Ejemplo típico de esta clase de tributos con fin no fiscal son los impuestos aduaneros, que si bien intentan percibir de manera coactiva una cantidad destinada a los fondos públicos, buscan también proteger el mercado interno. Importante es señalar que estos tributos encuentran dentro del ordenamiento constitucional ciertos límites que sirven de tope al legislador.

Estos límites son:

- Que el ente público que los establezca posea doble titularidad competencial, es decir que tenga tanto competencia financiera como material;

²⁴ CASADO OLLERO, G. op. cit. pp. 103 y ss. Citado por JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 85.

²⁵ JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 85.

²⁶ CASADO OLLERO, G. op. cit. pp. 103 y ss. Citado por JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 85.

²⁷ JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. El tributo como instrumento de protección ambiental, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 85.

- Que esa doble competencia se ejercite legalmente y no en fraude de Constitución (fraude del sistema Constitucional de distribución de competencias), y,
- Que el tributo en cuestión sea antes que nada un tributo propiamente dicho, es decir una detracción patrimonial coactiva con el fin de satisfacer las necesidades públicas.²⁸

Es así que en los tributos genuinamente fiscales es muy difícil que no aparezca algún elemento o aspecto extrafiscal, bien porque el gravamen beneficie a determinadas actividades o situaciones por motivos ajenos al principio de capacidad económica (a través de exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones, tipos de gravamen reducidos), o bien porque endurezca, también por razones distintas a aquel principio, el tratamiento dispensado a otras conductas (por ejemplo elevando en determinados casos el tipo de gravamen)^{29 30}.

c) Plano de los tributos no fiscales o extrafiscales que aparta el fin recaudatorio.

Los tributos no fiscales o extrafiscales, designan un fin distinto al recaudatorio, como es el caso de los tributos ambientales, para ser reconocidos como tales, es indispensable que su estructura se configure con el fin recaudatoria en segunda lugar o segundo grado que el fin extrafiscal persigue en primer grado³¹.

No obstante, es preciso indicar que la utilización del sistema tributario para fines extrafiscales, resulta muy debatida, pese a que dicho empleo extrafiscal está admitido en los sistemas jurídicos, como ocurre el difícil filtro que tiene que pasar a la luz del principio constitucional de capacidad económica y de los principios constitucionales aplicables en materia tributaria.³²

Por último, a decir de CASADO OLLERO, el problema no radica en la aceptación o legitimidad constitucional del intervencionismo fiscal, sino en la delimitación constitucional del fenómeno, esto es en la necesidad de concretar

²⁸ JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 85.

²⁹ En este orden de ideas, señala AMATUCCI respecto de los tributos fiscales que siempre persiguen simultáneamente fines fiscales y extrafiscales. *L'ordinamento giuridico della Finanza Pubblica*, Padova, Jovene editore, 2007, p. 92.

³⁰ VARONA ALABERN, *Óp. Cit.*, p. 44.

³¹ Cfr. también la distinción que realiza ALONSO GARCIA, L. M. entre «fines extrafiscales» y efectos extrafiscales», *Los impuestos autonómicos de carácter extra fiscal*. Marcial Pons, Madrid. 1995. p. 21. Citado por JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge *Óp. Cit.*, p. 85.

³² JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge *Óp. Cit.*, p. 81.

las posibilidades y, sobre todo, los límites de la instrumentación extrafiscal del mecanismo tributario³³.

*** Recibido em 14 jan. 2016.**

³³ CASADO OLLERO, G. «Los fines no fiscales ...», cit. p. 115. Citado por JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. Óp. Cit., 1998, p. 90.



UN PROJET COMMUN POUR LA MEDITERRANEE : DE L'IMPORTANCE DES DROITS DE PROPRIETE, POUR LE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE ET LA GESTION ENVIRONNEMENTALE

*François Facchini**

*Max Falque***

Resumé

Cet article souhaite défendre l'idée que les pays de la Méditerranée pourraient se fédérer autour d'un projet commun qui permettrait d'écartier, d'une part, la menace que constitue l'interprétation classique ou radicale de la parole du Prophète pour les libertés individuelles et *in fine* le développement économiques et la qualité de l'environnement des pays du sud de la Méditerranée et de redonner vie, d'autre part, à ce qui a fait la grandeur de l'occident, à savoir le reconnaissance des libertés individuelles à travers la protection de la propriété privée.

Mots-Clés

Droits de propriété. Développement économique. Gestion environnementale. Méditerranée.

A COMMON PROJECT FOR THE MEDITERRANEAN: THE IMPORTANCE OF PROPERTY RIGHTS FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL MANAGEMENT

Abstract

This article aims to defend the idea that the Mediterranean countries could unite around a common project that would remove, in one hand, the threat of conventional or radical interpretation of the Prophet for individual freedoms and ultimately the economic development and environmental quality of the southern Mediterranean countries and revive, on the other hand, what has made the greatness of the West, namely the recognition of freedoms individual through the protection of private property.

Keywords

Property rights. Economic development. Environmental management. Mediterranean.

* UP11, RITM et économiste associé au Centre d'Economie de la Sorbonne.

** Délégué Général de l'International Centre for Research on Environmental Issues (ICREI).

1. INTRODUCTION

Une large partie de l'Occident partage avec l'Orient une même mer, la Méditerranée. Sept mille ans d'Histoire des conquêtes d'Alexandre et de César aux Sarrasins, puis aux croisés et aux Ottomans lient les pays du nord et du sud de la Méditerranée. Aujourd'hui les révolutions arabes semblent déboucher sur une alternative ; inventer un nouveau modèle de société islamique intégrant l'apport des Lumières occidentales ou reconstruire la cité du Prophète. Si on retient l'idée qu'un souffle de liberté traverse des pays aussi divers que la Syrie, l'Égypte, la Lybie et la Tunisie il faut s'interroger sur la place que les intellectuels de ces pays compte faire à la propriété privée, car la condition institutionnelle de la liberté est depuis Locke la protection des droits de propriété de chacun sur lui-même et les fruits de son travail. Ce qui est intéressant c'est que ce projet d'une société libérale fondée sur la reconnaissance de la propriété de chacun sur lui-même peut aussi être un projet pour les pays du nord de la Méditerranée qui ont progressivement abandonné cet idéal pour un modèle d'égalité réelle, largement inspiré par les différentes idéologies socialistes qui ont traversé l'histoire et notamment toutes les expériences d'économie dirigée qu'ont été Vichy, le franquisme, le National-Socialisme, et le socialisme soviétique. Tous les pays de la mer méditerranée pourraient, pour des raisons éthiques ; le respect de la liberté, mais aussi économique ; la croissance de la production s'entendre sur un même projet ; établir des droits de propriété complet des individus sur eux-mêmes et les fruits de leur travail.

Ce projet aurait aussi une dimension environnementale, car une partie de la littérature des sciences juridiques et sociales a mis en évidence cette relation de la structure des droits de propriété avec la qualité de l'environnement. Cette relation reste pourtant relativement méconnue à l'heure par exemple où Paris va accueillir la conférence sur le Climat. Les travaux autour de la courbe de Kuznets ne permettent pas, de plus, de dissocier la question du développement économique de la qualité de l'environnement. L'histoire politique des années trente rappelle aussi que la construction d'une société fondée sur une éthique de la liberté peut se trouver menacée par la montée du chômage, de la pauvreté, et plus généralement le déclin économique et sociale. L'euroscélérose i.e. le déclin économique relatif de l'Occident vis-à-vis des autres régions du monde ; on pense à l'Asie du sud-est et des pays d'Amérique du Sud comme le Brésil et la montée de l'abstention et des partis extrêmes (extrême droite et gauche) apparaissent comme de nouvelles menaces pour l'idéal d'une société ouverte. On ne peut pas écarter non plus l'idée que les tensions dans les pays occidentaux autour de l'Islam ne sont pas explicables par la caractère liberticide d'une certaine interprétation des paroles du Prophète. Malgré la popularité de l'anti-libéralisme dans une partie de l'opinion, l'occident reste le berceau de la doctrine libérale et son droit largement inspiré par cette idéologie. Réussir à fédérer les pays de la méditerranée autour de la construction d'une société d'hommes propriétaire d'eux-mêmes et des fruits de leur

travail serait alors aussi un moyen de limiter ses tensions. La diffusion d'une interprétation libérale de la parole du Prophète permettrait d'unir la méditerranée autour de la construction de sociétés ouvertes et respectueuses de leur culture. .

Ce petit article souhaite donc défendre l'idée que les pays de la Méditerranée pourraient se fédérer autour d'un projet commun qui permettrait d'écarter, d'une part, la menace que constitue l'interprétation classique ou radicale de la parole du Prophète pour les libertés individuelles et *in fine* le développement économiques et la qualité de l'environnement des pays du sud de la Méditerranée et de redonner vie, d'autre part, à ce qui a fait la grandeur de l'occident, à savoir la reconnaissance des libertés individuelles à travers la protection de la propriété privée.

Un tel projet repose soit sur la conviction que la liberté est bonne en elle-même soit sur les conséquences bénéfiques que le respect de la propriété privée peut permettre de réaliser. Parmi les objectifs que la protection des droits de propriété privée peut réaliser, il y a le respect de l'environnement. Cette conséquence est sans doute la moins connue et la moins discutée des bienfaits de la liberté, tant l'écologie se voit comme une critique radicale de la société de consommation et par voie de conséquence du capitalisme qui est finalement perçu comme un modèle de développement économique non durable. Elle existe, pourtant, belle et bien et pourrait être une bonne justification de la construction de cette société euro-méditerranéenne et ouverte. La protection de la mer méditerranée pourrait ainsi être le patrimoine commun que la reconnaissance des libertés individuelles par le renforcement de la propriété privée pourrait réaliser.

Ce projet n'a par définition aucune réalité. Il ne peut pas être jugé sur pièce. Il relève presque de l'utopie. Hors d'éthique de la conviction il peut cependant être étayé par un certain nombre de faits que l'on peut tirer de l'usage de la multiplication des mesures des arrangements institutionnels mais aussi de la qualité de l'environnement que les grandes organisations interétatiques comme la Banque mondiale ou à but non lucratifs que sont les « *think-tank* » proposent pour étayer leurs positions et utiliser les expériences passées pour construire l'avenir. Sur la base de ces indicateurs on peut constater que les pays du sud de la méditerranée sont à la fois moins libéraux que les pays du Nord, moins développés et aussi possèdent en environnement de moins bonne qualité. Un tel constat milite en faveur de l'idée que le renforcement des libertés individuelles sur les deux rives de la méditerranée est une solution crédible à la fois pour le développement économique, mais aussi pour l'environnement. Il peut aussi rassembler l'orient et l'occident autour d'une même éthique, celle de la liberté.

2. LES PAYS DE LA MÉDITERRANÉE

Les pays de la méditerranée au sens strict sont les pays riverains de la mer méditerranée. Une telle définition écarte le nord de la France et le Portugal, mais aussi la Jordanie qui est privée d'accès à la mer. Elle est, comme toutes les définitions, un peu arbitraire, mais elle permet de faire une liste de pays qui n'est pas contestable. Au Nord les pays riverains de la méditerranée sont : l'Espagne, la France, l'Italie, la Croatie, l'Albanie, Malte, la Slovénie, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, l'Albanie et la Grèce. Sur la rive asiatique il y a la Turquie, Chypre, la Syrie, le Liban, Israël et la Palestine. Sur la rive africaine on trouve l'Égypte, la Libye, la Tunisie, l'Algérie et le Maroc. Tous ces pays ont des profils économiques, institutionnels et environnementaux très variés.

3. DES NIVEAUX DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE TRÈS DISPARATES

Ils ont, tout d'abord, des profils économiques très disparates et des histoires économiques différentes. Sur la rive Nord on trouve les pays les plus riches i.e. les pays anciennement industrialisés comme la France, l'Italie et l'Espagne. Sur cette rive il y a aussi les pays qui ont expérimenté des modèles d'économie socialiste : Croatie, Bosnie-Herzégovine, Slovénie et l'Albanie. Ces pays ont des niveaux de développement très variés. Certains comme la Croatie et la Slovénie sont désormais très proches d'un pays comme la Grèce, d'autres comme la Bosnie-Herzégovine et l'Albanie sont plus proches des niveaux de développement des pays de la rive africaine ; Maroc, Algérie, Tunisie, Libye et Égypte et d'une partie de la rive asiatique et de la Syrie. Sur cette rive il faut noter le formidable essor d'Israël et la réussite relative de la Turquie qui se place à un niveau intermédiaire. Les pays de la rive a. La Libye était avant la chute du colonel Kadhafi le 17ème producteur mondiale de pétrole. L'Algérie est de son côté le quinzième producteur de pétrole et le dixième producteur de gaz naturel au monde. L'Algérie comme l'Égypte, Israël, le Maroc, la Syrie et la Tunisie sont aussi riches en phosphate¹. La Figure 1 montre sur la base d'un simple indicateur de Production Intérieure Brute par Habitant la hiérarchie qui existe entre ces vingt pays sur la base de ce critère.

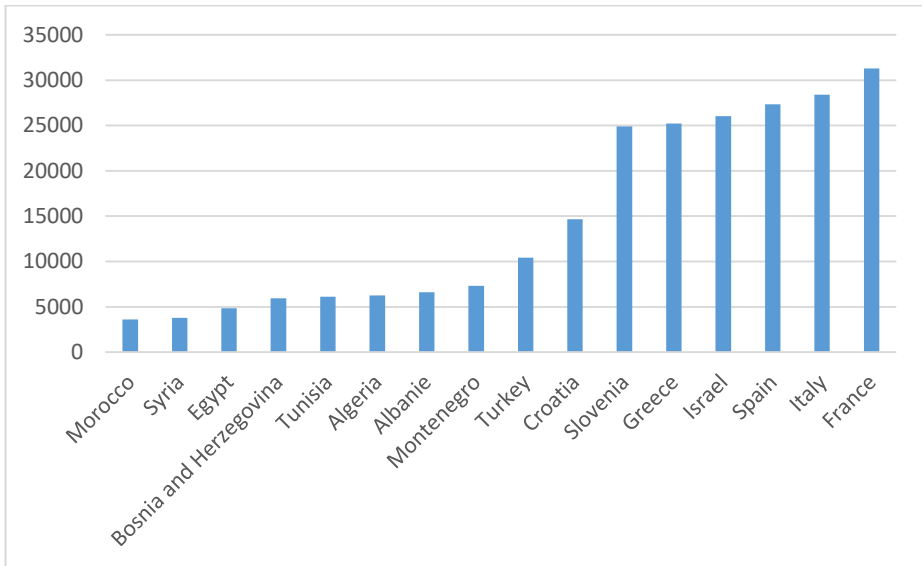
4. LA QUALITÉ DE LA STRUCTURE DE LA PROPRIÉTÉ

Les régimes de propriété sont aussi très différents d'un pays à l'autre. Pour mesurer la qualité du système de propriété on peut utiliser l'*International Performance Index* publié chaque année par la *Property Rights Alliance* (organisation dirigée par Hernando de Soto) en collaboration avec l'*Institute for Liberty*

¹ Le phosphate est utilisé dans l'agriculture comme engrais pour enrichir les fruits et légumes en source de phosphore. Il apporte aussi de l'azote, du calcium et de l'aluminium.

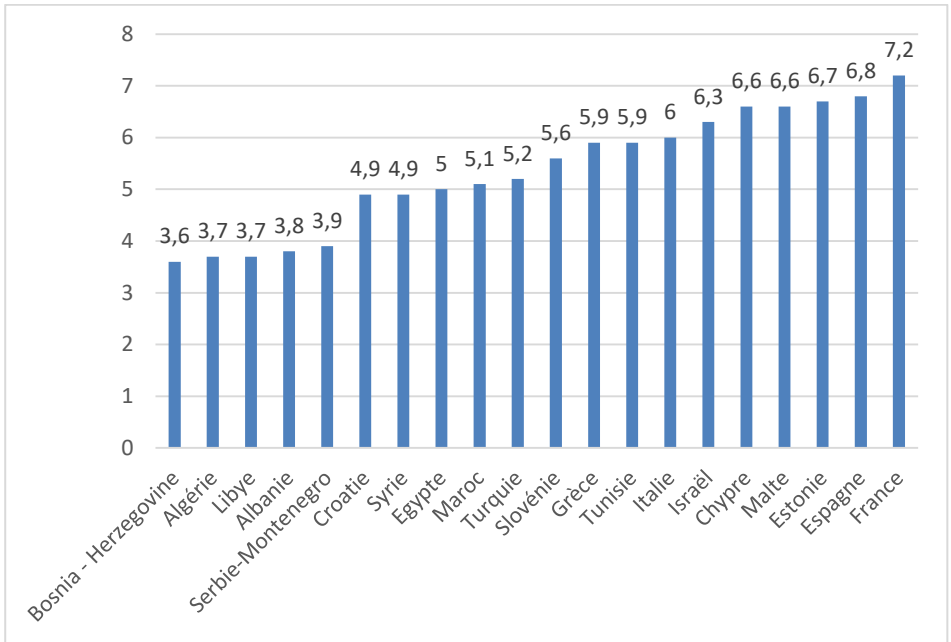
and Democracy. qui donne des indications sur la protection des droits de propriété physiques et intellectuels dans le monde. Cet index examine les droits de propriété dans chaque pays en collectant des informations sur l'environnement juridique et politique, la propriété des biens physiques et la propriété intellectuelle. Il propose une échelle de 1 à 9 ; 9 correspond à une situation où le pays est très respectueux des droits de propriété, 1 très peu respectueux. Le thème de la propriété des biens physiques combine trois types d'information : la protection des droits de propriété physiques, l'enregistrement des petites propriétés et l'accès au crédit.

Figure 1 – Production Intérieure Brute par Habitant (année 2010)



Source : PENN WORLD TABLES. https://pwt.sas.upenn.edu/php_site/pwt71/pwt71_retrieve.php

Figure 2 – Index de qualité du régime de propriété (année 2010)



Source : *International Property Rights Index* (2010)

On retrouve finalement quasiment la hiérarchie constaté partir de l'indicateur de PIB par habitant. Les pays les plus riches sont aussi les pays qui respectent le mieux le régime de la propriété privée i.e. qui se rapprochent le plus de l'idéal d'exclusivité et de libre cessibilité. Ce simple constat confirme l'importante littérature qui s'est consacré à l'étude de cette relation entre régime de propriété et développement économique (Hernando de Soto 2005², Baumol, 1990³, Hayek, 1973⁴, 86, Besley, 1995⁵, Keefer et Knack 1995⁶, Dawson, 1998⁷). H. de Soto (2005) distingue six effets : fixer le potentiel économique des biens et le régime juridique qui a apporté aux pays occidentaux la clé du développement moderne, intégrer dans un même système des informations jusque-là dispersée, établir les responsabilités de chacun et donc transformer

² De Soto, H. (2005). *Le mystère du capital*, Flammarion, Paris.

³ Baumol W.J. (1990), "Entrepreneurship: productive, unproductive and destructive" *Journal of Political Economy*, 98, 5, (1), p.893 – 921.

⁴ Hayek F. (1973, 1980), *Law, Legislation and Liberty*, vol.1, *rules and order*. Chicago: University of Chicago Press.

⁵ Besley T. (1995), « Property Rights and Investment Incentives : Theory and Evidence from Ghana », *Journal of Political Economy*, vol. 103, n°5, p.903-937.

⁶ Keefer P. and Knack S. (1995), "Institutions and Economic Performance: Cross Country Tests Using Alternative Institutional Measures", *Economics and Politics*, November, p.207-227

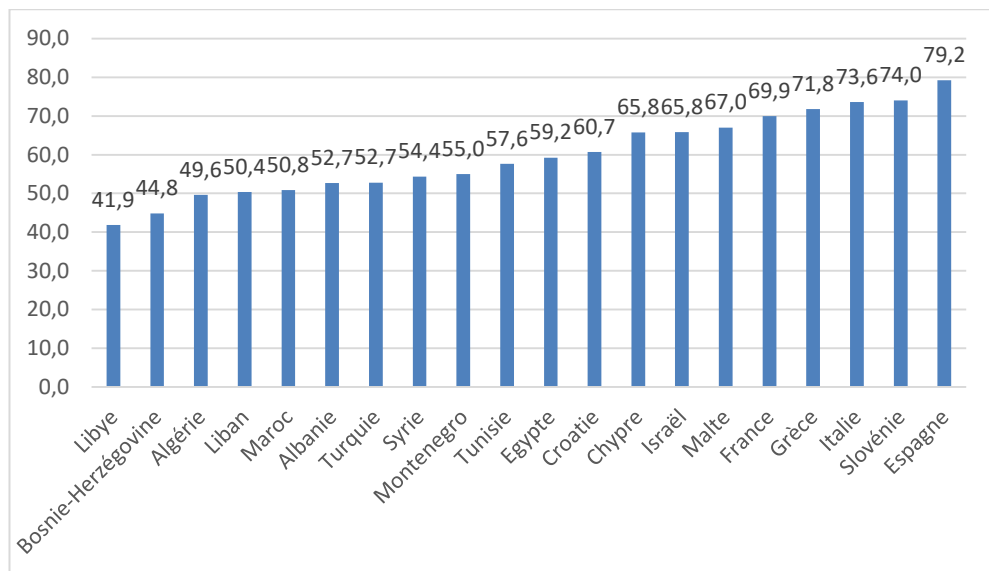
⁷ Dawson J.W. (1998), "Institutions, Investment, and Growth: New Cross-Country and Panel Data Evidence", *Economic Inquiry*, vol.XXXVI, October, p.603-619.

le propriétaire en individu, rendre les biens fongibles, créer des liens sociaux, et protéger les transactions.

5. LA QUALITE DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES PAYS MEDITERRANEENS

Sous l'indicateur de performance environnementale publié chaque année par le *Yale Center for Environmental Law and Policy* on peut dire que la qualité de l'environnement est très différent d'une rive à l'autre de la méditerranée. L'*Environmental Performance Index* (EPI) est publié chaque année de 2002 à 2012. Il agrège 25 critères regroupant des informations sur la santé environnementale et la vitalité des écosystèmes. Il permet de faire plusieurs constats. Le premier est que les pays du nord de la méditerranées qui n'ont pas été soumis au modèle socialiste autogestionnaires (hors Slovénie) pour les anciens membres de la Yougoslavie ou au socialisme d'obédience Maoïste pour l'Albanie ont en moyenne des indicateurs de performance environnementale beaucoup plus élevés que le reste des pays de l'échantillon. Les pays de rive asiatique Musulman (Turquie) et de la rive africaine ont en revanche des indicateurs de performances environnementales très inférieurs (Figure 3).

Figure 3 – Moyenne des indices de performance environnementale sur la période 2002-2012



Source : Yale Center for Environmental Law and Policy (YCELP), Yale University ad Center for International Earth Science Information Network (CIESIN), Columbia University ; disponible sur le site <http://epi.yale.edu>

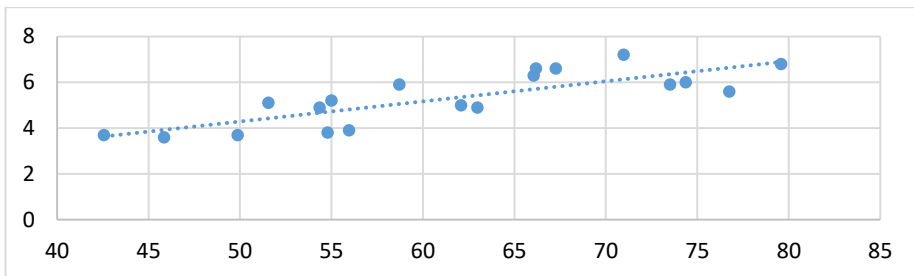
6. EXPLICATIONS

La grande diversité à la fois des performances économiques et environnementales s'explique par le régime de propriété d'une part parce que le développement économique induit par la structure incitative fait passer les biens environnementaux de la catégorie des biens de luxe à celle des biens normales. Leur demande impose aux entreprises d'en tenir compte et aux gouvernements de mettre en place des politiques qui leur sont favorables. C'est ce que tend à montrer l'existant, malgré tout très débattue d'une courbe environnementale de Kuznets⁸. La qualité de l'environnement se détériorerait avec la croissance du revenu par tête, dans un premier temps, puis s'améliorerait. Une courbe en cloche décrirait ainsi la relation entre revenu par tête et qualité de l'environnement. L'industrialisation d'une économie est associée à l'augmentation de la pollution. Avec l'âge post-industriel, des technologies propres, des industries de service, et l'avènement d'une économie de l'information remplacent les industries polluantes et conduisent à une amélioration de la qualité de l'environnement. Dans une économie où les revenus sont élevés; l'élasticité – revenu pour les biens et services de subsistance est faible et baisse au fur et à mesure que les revenus augmentent. Inversement, l'élasticité de la demande pour les biens d'agrément (aménités) s'accroît. La situation est inverse dans les pays pauvres. Plus les pays sont développés et plus ils privilégient la qualité de leur environnement.

L'autre explication est liée au qualité incitative spécifique du régime de propriété privée. La Figure 4 corrèle simplement performance environnementale et régime de propriété. Elle montre que les pays où les performances environnementales sont les plus fortes sont aussi les pays qui ont les régimes de propriété les proches proche de l'idéal d'exclusivité et de libre cessibilité.

⁸ Cette courbe, sans que les débats qu'elle suscite ne soient tranchés, montre que d'importants indicateurs de qualité de l'environnement tels que la qualité de l'eau, les matières fécales dans les rivières, l'émission de CO₂, la déforestation, la concentration de dioxine et PCB dans l'air, etc. peuvent à partir d'un certain niveau de revenu s'améliorer avec la croissance des revenus par tête (Yandle, Battari et Vijayraghavan, 2004⁸, Antle et Heidebrink, 1995⁸).

Figure 4 – Relation entre Performance environnementale et qualité du régime de propriété



Sources : données des Figures 2 et 3.

Ce résultat est là encore assez peu original par rapport à l'importante littérature produite par l'école de la free écologie⁹. Il y a les exemples classiques de la conservation des éléphants en Afrique et plus généralement l'évolution très contrastée des espèces domestiques (bétail, chevaux, lamas, dindes, poules, etc.) et des espèces sauvages (Simmons 1989, p.46-49¹⁰). Il y a, ensuite, tous les travaux sur l'inefficacité relative de la gestion publique des ressources naturelles et de la propriété collective. Dans les années 1970 – 1980 la dégradation de l'environnement dans les économies socialistes a été croissante à un rythme exponentiel. Mikhail Bernstam¹¹ relevait dans son compte rendu de l'ouvrage *The Wealth of Nations and the Environment* que l'émission de polluants industriels et domestiques dans l'air était en 1987 cinq fois plus élevée en URSS qu'aux Etats-Unis, malgré un PIB deux fois plus faible.

Aux Etats-Unis les expériences de gestion publique des ressources naturelles n'ont plus été toujours concluante. La propriété publique a progressivement pris une place importante dans la gestion des ressources forestières et hydrique notamment. La création au début du XIX^e siècle du *National Forest Service* a correspondu avec l'idée que la gestion privée des forêts mènerait à une pénurie de bois avant le début des années 1920. Le même raisonnement fût mené en matière de ressource hydriques (eau), minières, et/ou cynégétique. La traduction foncière de cette politique fût la nationalisation d'une grande partie du territoire américain et en outre l'ouest du Mississipi et

⁹ Dénommée aussi écologie positive, common sense ecology ou Free Market Environmentalism. Cf. « Ecologie et liberté : une autre approche de l'environnement » Falque M; et Millière G. LITEC, 1992

¹⁰ Simmons, Randy (1989). Herd mentality : banning ivory sales is no way to save the elephant, Policy Review, automne, p.46-49.

¹¹ Mikhail Bernstam (1991) dans son compte rendu de *The Wealth of Nations and the Environment*, Occasional Paper n°85, IEA rapport ce résultat. Journal des Economistes et des Etudes Humaines, 3, 1.

l'Alaska. Une telle politique n'a pas eu les effets escomptés¹². A) Elle a exposé les forêts à la tragédie de la pâture commune. Le libre accès aux forêts publiques favorisa -1- la surexploitation des ressources cynégétiques par braconnage ou chasse légale trop intensive, et -2- la multiplication des feux de forêts accidentels provoqués par des campeurs et/ou des promeneurs. B) Elle a rendu les ressources naturelles prisonnières des intérêts des groupes de pression, des bureaucrates et des élus. Alors que le propriétaire est incité à faire un bon usage de son bien, les fonctionnaires et les hommes du gouvernement (politicien) ont des intérêts qui ne sont pas liés à la bonne gestion de la ressource. Ce qu'ils souhaitent c'est maximiser leur budget pour les uns et/ou gagner les élections pour les autres. Si la question sociale centrale lors d'une élection est l'emploi et le chômage, il n'est pas très important pour les politiciens de soutenir des programmes de préservation des ressources. Ils vont mettre en œuvre des politiques d'industrialisation forcées quitte à détruire l'environnement. Au lieu de préserver la forêt ils vont intensifier par exemple son exploitation en vue de produire de la pâte à papier ou du bois de sciage. C) Elle a créé, enfin, des profits artificiels pour un certain nombre de professions et notamment les agriculteurs. Comme toutes interventions publiques la mise en place par exemple d'importants programmes d'irrigation et de construction de barrage lors du New Deal des années trente a créé artificiellement des opportunités de profit. Les agriculteurs ont pu cultiver des plantes très demandées d'eau dans des zones arides. Ils ont, par exemple, semé et cultivé de la luzerne en Arizona. La raison est qu'il ne payait qu'un cinquième du coût de production de l'eau qui leur permettait de faire pousser leur semi. D) La dernière conséquence de cette politique de droits de propriété délégués à des personnes privées de ressources publiques comme les forêts a été d'inciter les firmes qui ont obtenu ce type de contrat du gouvernement à des comportements opportunistes. La firme privée qui gère la ressource pour la collectivité n'a, en effet, aucune incitation à développer une stratégie de gestion de la ressource de long terme, car rien ne lui garantit qu'il sera toujours le gestionnaire de la ressource dans cinq ou dix ans. Il sait en effet que l'idéologie du gouvernement peut changer, et que les hommes du gouvernement peuvent se renouveler. Il n'a alors aucune garantie que le contrat de délégation qu'il a passé avec l'autorité publique soit renouvelé. Cela ne l'incite pas à bien gérer la ressource (Holcombe 1995, p.29)¹³.

¹² On peut consulter le site du *Political Economy Research Center* (PERC) pour une liste d'études sur le sujet.

¹³ Holcombe, Randall, G. (1995). *Public Policy and the Quality of Life: market incentives versus government planning*, Greenwood Press.

7. CONCLUSION

Toutes ces expériences permettent de comprendre dans ses grandes lignes pourquoi la rive africaine de la méditerranée et plus généralement les pays qui ont les régimes de propriété les plus éloignés de l'idéal d'exclusivité et de libre cessibilité ont des performances environnementales moindres. Ils renforcent l'intérêt d'un projet commun sur toutes les rives de la méditerranée. Faire de la mise en œuvre de droits de propriété exclusifs et librement cessible un objectif pour les pays de la méditerranée ce serait 1) protéger un patrimoine commun ; la mer méditerranée et son environnement, 2) répondre aux aspirations des Printemps Arabes qui cherchaient en partie à imiter les Lumières occidentales et leur recherche d'une société ouverte respectant la liberté de conscience et in fine les libertés économiques aussi replacer les pays du nord de la Méditerranée sur le chemin de la croissance économique et leur permettre ainsi de rattraper une partie du retard qu'ils ont accumulé vis-à-vis des nouveaux pays industrialisés mais aussi des pays d'Amérique du Nord.

RÉFÉRENCES

- Baumol W.J. (1990), "Entrepreneurship: productive, unproductive and destructive" **Journal of Political Economy**, 98, 5, (1), p. 893 – 921.
- Besley T. (1995), « Property Rights and Investment Incentives : Theory and Evidence from Ghana », **Journal of Political Economy**, vol. 103, n° 5, p. 903-937.
- Dawson J.W. (1998), "Institutions, Investment, and Growth: New Cross-Country and Panel Data Evidence", **Economic Inquiry**, vol.XXXVI, October, p. 603-619.
- De Soto, H. (2005). **Le mystère du capital**, Flammarion, Paris.
- Hayek F. (1973, 1980), **Law, Legislation and Liberty**, vol. 1, **rules and order**. Chicago: University of Chicago Press.
- Holcombe, Randall, G. (1995). **Public Policy and the Quality of Life: market incentives versus government planning**, Greenwood Press.
- Keefer P. and Knack S. (1995), "Institutions and Economic Performance: Cross Country Tests Using Alternative Institutional Measures", **Economics and Politics**, November, p. 207-227
- Mikhail Bernstam (1991) dans son compte rendu de The Wealth of Nations and the Environment, Occasional Paper n° 85, IEA rapport ce résultat. **Journal des Economistes et des Etudes Humaines**, 3, 1.

Simmons, Randy (1989). Herd mentality : banning ivory sales is no way to save the elephant, **Policy Review**, automne, p. 46-49.

* **Recebido em 08 abr. 2016.**



L'IMMIGRATION DANS UN PAYS EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT : ANALYSE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES ÉTRANGERS AU BRÉSIL

*Lara Campos Arriaga**

Résumé

Le cadre de protection établi par la Déclaration des droits de l'homme de 1948 comprend, au sens large, la protection de l'être humain dans le cas où il souffre d'une sorte de persécution à l'endroit où il habite. Ce document soutient également la possibilité de l'homme de sortir et de retourner dans son pays d'origine et donc de se déplacer et de choisir son lieu de résidence dans l'Etat, ce qui est prévu dans l'article 13 et dans l'article 14 de la Déclaration. Concernant à la question actuelle de l'asile et à la problématique des réfugiés, ceci n'est pas seulement un problème que l'on peut trouver dans les pays développés. Dans les nations émergentes, cette thématique est devenue de plus en plus importante au cours des dernières années, comme c'est le cas au Brésil. À certains égards, la loi brésilienne est contradictoire et incomplète, en établissant des droits qui, cependant, ne sont pas bien réglementés et qui donnent des privilèges aux étrangers originaires des certains pays en détriments d'autres. Au cours des dernières années, le gouvernement brésilien a élaboré des résolutions humanitaires a fin de réglementer la situation des haïtiens et des syriens au Brésil, néanmoins ces instruments normatifs établissent des traitements différents entre les étrangers, tenant en compte leurs origines, représentant, pourtant, une incompatibilité avec l'actuelle constitution.

Mots-clés

Déclaration des droits de l'homme de 1948. Asile. Résolutions humanitaires. Haïtiens. Syriens. Non-constitutionnalité.

A IMIGRAÇÃO EM UM PAÍS EM DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Resumo

Em sentido amplo, o quadro de proteção estabelecido pela declaração dos direitos humanos de 1948 inclui a proteção dos seres humanos no caso de ser vítima de algum tipo de perseguição no lugar onde ele reside. Este acordo internacional também oferece a possibilidade ao homem de sair e de regressar ao seu país de origem, de se locomover e de escolher seu local de residência

* Assistente de missão na Delegação Permanente de Portugal junto à UNESCO em Paris. Advogada inscrita na Ordem dos advogados do Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2014) e Mestrado em Master 2 Droit Public et politiques publiques du développement pela Université de Sorbonne Paris Cité (2016). Doutoranda na Université de Sorbonne Paris Cité (2016-2017).

no interior Estado, o que está previsto no artigo 13º e no artigo 14º da Declaração. No que diz respeito à questão atual do asilo e dos refugiados, estes não são problemas apenas de países desenvolvidos. Em países emergentes, este tema foi objeto de uma maior importância ao longo dos últimos anos, como, por exemplo, no Brasil. De certa forma, a lei brasileira é contraditória e lacunosa, estabelecendo direitos que, no entanto, não são bem regulados e que concedem privilégios a estrangeiros provenientes de determinados países em detrimento de outros. Nos últimos anos, o governo brasileiro tem elaborado resoluções humanitárias a fim de regulamentar a situação dos haitianos e dos sírios no Brasil, entretanto esses instrumentos normativos estabelecem tratamentos diferenciados entre os estrangeiros, levando em consideração suas origens, o que representa, portanto, uma incompatibilidade com a atual constituição federal.

Palavras-chave

Declaração dos direitos do homem de 1948. Asilo. Resoluções humanitárias. Haitianos. Sírios. Inconstitucionalidade.

THE IMMIGRATION INTO A COUNTRY IN DEVELOPMENT: ANALYSIS OF THE LEGAL PROTECTION OF FOREIGNERS IN BRAZIL

Abstract

In a broad sense, the protection framework established by the Declaration of human rights of 1948 includes the protection of human beings in the event of being the victim of some kind of persecution in the place where he resides. This document also supports the possibility the man to leave and return to their country of origin and, then, to move and choose their place of residence in the State, which is laid down in article 13 and in article 14 of the Declaration. With regard to the current issue of asylum and refugees, these are not only problems of developed countries. In emerging countries, this topic was the subject of a greater importance over the last few years, as in Brazil. In a way, the Brazilian law is confusing and incomplete, establishing rights, however, are not well regulated and that grant privileges to foreigners from certain countries at the expense of others. In recent years, the Brazilian Government has developed humanitarian resolutions in order to regulate the situation of Haitians and the Syrians in Brazil, however these regulatory instruments establish different treatments between foreigners, taking into consideration its origins, what represents an unconstitutionality.

Keywords

Universal Declaration of human rights of 1948. Asylum. Humanitarian resolutions. Haitians. Syrians. Unconstitutionality.

1. INTRODUCTION

À certains égards, la loi brésilienne est confuse et incomplète, en établissant des droits que, cependant, ne sont pas bien réglementés et qui donnent des privilèges aux étrangers originaires des certains pays en détriments d'autres origines. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a été le document international qui a favorisé un caractère plus humain à l'individu, quelle que soit son origine, où il est et où il habite. Selon cet important document international, la communauté internationale doit œuvrer pour que l'homme puisse avoir garantis au moins les droits établis par cette déclaration, c'est à dire ses droits fondamentaux. À cet égard, l'article 1^{er} de ce document stipule que : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.*

Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »¹

Le cadre de protection établi par la Déclaration de 1948 comprend, au sens large, la protection de l'être humain dans le cas où il souffre d'une sorte de persécution à l'endroit où il habite, conformément à son article 14 lequel certifie que :

[...] devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile dans d'autres pays. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.²

En 1951, les Nations Unies ont créé la Convention relative au Statut des réfugiés afin de déterminer les aspects de la protection moderne aux victimes d'une sorte de persécution. Ce document a eu une grande importance pour la communauté internationale, car il est l'instrument juridique de protection maximale aux réfugiés, ayant une compilation des droits et des garanties à ceux qui y sont considérés. Suivant son article premier, le terme réfugié doit être appliqué à la personne :

Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.³

La création du Protocole de 1967 a eu aussi une importance significative concernant aux droits de réfugiés et demandeurs d'asile, vu la fin de la limitation temporaire et géographique qui étaient prévues dans la Convention, ainsi que la prévision des nouvelles catégories de réfugiés qui sont nés après 1951 et qui n'avaient aucune protection juridique précisé par cet accord international.

En effet, différentes raisons font que les personnes décident de quitter leur pays et de migrer ailleurs, de plus, beaucoup d'étrangers demandent à un autre pays un type de protection, car parfois leur vie devient risquée dans le pays d'origine. C'est pourquoi Le Pors A., affirme que les raisons qui font que les personnes demandent une protection à un état étranger peuvent être : «

¹ Article 1 de la déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948

² Article 14 de la déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948

³ Article premier alinéa A §2 de la Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951

un désastre naturel, une épidémie ou une extrême misère de masse, mais aussi d'une situation de guerre civile ou bien de persécutions aux motifs variés exercées par des autorités publiques ou d'autres forces bafouant les droits de l'homme. À ces raisons peuvent se mêler des mobiles purement économiques ou des agissements délictuels. »⁴

En ce que concerne la question actuelle de l'asile et la problématique des réfugiés, ceci n'est pas seulement un problème que l'on peut trouver dans les pays développés, car dans les nations émergentes, cette thématique est devenue de plus en plus importante au cours des dernières années, comme c'est le cas du Brésil, où la question des réfugiés est apparue dans au XXe siècle et le gouvernement a ratifié la Convention de 1951 et le Protocole de 1967.

Le flux d'étrangers à la recherche de meilleures conditions de vie a augmenté dans la dernière décennie et le pays a connu une nouvelle vague de migration dans son histoire, en particulier d'origine latino-américaine et africaine, malgré l'actuelle crise politico-économique que traverse la nation après la fin 2014. Selon les dernières statistiques du Comité national pour les réfugiés (Conare), au cours des cinq dernières années, les demandes d'asile au Brésil sont passées de 966 en 2010 à 28.670 en 2015. En 2010, 3.904 réfugiés ont été reconnus. En avril de cette année, le total a atteint 8.863, soit une augmentation de 127% de réfugiés reconnus y compris leur réinstallation. Très significatif aussi a été le mouvement haïtien vers le Brésil, car, après le tremblement de terre qui a eu lieu au Haïti en 2010, plus de 65.000 haïtiens ont immigré au Brésil par différentes routes.

La solution trouvée par le gouvernement brésilien pour régler la condition de ces étrangers au Brésil a été l'élaboration d'une résolution normative, visant à accorder un visa humanitaire à ces migrants, en tenant compte de la situation du pays après le tremblement de terre de 2010. De même, vu le conflit en Syrie et ses conséquences pour ce pays, une autre résolution a été créée afin de faciliter l'installation et le séjour de ces étrangers dans le territoire brésilien.

De cette manière, ce mécanisme d'accorder des visas humanitaires à un groupe en particulier semble être une affronte à la constitution fédérale, car il contredit le principe de l'égalité, prévu dans l'article 5 le Charte Brésilienne de 1988 lequel affirme que les droits fondamentaux à la vie, à la liberté, à la sécurité, à l'égalité et à la propriété sont garantis également aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays.

Dans cet article, nous allons nous concentrer sur cette problématique : Est-il raisonnable pour la loi brésilienne d'établir des priorités entre les ressortissants d'un pays par rapport aux ressortissants d'un autre pays ?

⁴ LE PORS Anicet, « Introduction », **Le Droit d'Asile**, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011, 128 pages

2. LA CONDITION JURIDIQUE DE L'ETRANGER AU REGARD DU CADRE LEGISLATIF ACTUEL BRESILIEN

2.1. Le développement de la protection nationale aux migrants et réfugiés

Même s'il est un pays émergent, les statistiques officielles montrent une augmentation des demandes d'asile et les concessions de ce statut depuis l'année 2010.

Tout au long de l'histoire du pays, la protection aux réfugiés a vécu de nombreux changements ; il est donc important de comprendre le développement de la protection nationale aux migrants et réfugiés et bien sûr les différences pertinentes entre l'instauration juridique de l'asile et du refuge au Brésil.

En ce que concerne le début de l'entrée des migrants au Brésil, elle remonte à différentes périodes de l'histoire. L'arrivée des étrangers a eu lieu pour plusieurs raisons, marquées par les intérêts de chaque époque et en fonction de la scène internationale. Au moment où le pays était une colonie du Portugal (entre 1500 et 1822), l'attrait pour le commerce de la canne à sucre a facilité l'entrée de nombreux Portugais dans le pays, attirés par la valeur élevée du produit dans la scène internationale, ainsi que d'autres groupes qui avaient des intérêts à tirer profit de cette matière première, comme les Hollandais, qui ont envahi plusieurs fois le nord-est du pays, intéressés par le profit commercial local et par le commerce d'esclaves. Avec la fin du cycle de la canne à sucre, le Brésil a subi d'autres cycles économiques importants, parmi lesquels on peut mettre en évidence le cycle de l'or, qui a eu lieu au XVIII^e siècle dans la région du Minas Gérais et le cycle du café, qui a débuté à la fin du XIX^e siècle. Considérant que, en 1888, le Brésil a aboli l'esclavage avec la Loi Aure, le pays a eu besoin de main-d'œuvre pour travailler dans les plantations de café, ce qui était un encouragement à l'immigration.

La situation économique européenne au cours de cette période a favorisé l'arrivée au Brésil d'immigrants italiens, portugais, espagnols, allemands, libanais etc. En outre, des nombreux japonais y sont arrivés à partir de 1908. Dans la période marquée par la crise de 1929, le pays a commencé à établir des mesures pour contrôler l'immigration, en raison de l'impact de la crise mondiale sur l'économie locale, et pourtant, l'Etat a déterminé la limitation à la quantité de migrants qui pouvaient entrer sur le territoire, dans la Constitution de 1934 (*politique de quotas*).⁵ Pendant cette époque, la politique interne

⁵ ANDRADE José H. Fischel, *O Brasil e a Organização Internacional para Refugiados (1946-1952)*, [en ligne], Revista Brasileira de Política Internacional, Ed. 48, 2005, 37 p., disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a03.pdf>> [notre traduction]. (consulté le 17 juillet 2016)

brésilienne pour les migrants et réfugiés était plutôt une politique de blanchissement, qui favorisait l'entrée des migrants blancs dans le pays.

En ce que concerne à l'arrivée des réfugiés au Brésil, l'accueil de cette catégorie légale de personnes a commencé depuis la Seconde guerre mondiale (1939-1945), ensuite le pays adopta la Convention de 1951 lors du gouvernement de Getúlio Vargas en 1952 et elle entra en vigueur dans l'ordre juridique brésilienne en 1961 (par le président de l'époque M. Juscelino Kubitschek). Certains accords au niveau régional pour réglementer l'entrée des réfugiés au Brésil ont également été créés, *tels que le Brésil et le Comité Intergouvernemental de Réfugiés, en 1947, par lequel le pays a accepté recevoir un premier groupe d'immigrés, comme une expérience.* ⁶ Touchant à la ratification par le pays du Protocole de 1967, ceci a été fait en 1972 sous le gouvernement du président Emilio Médici et, cinq ans après, en 1977 un bureau du HCR s'installa à Brasilia.

En 1980, période marquée par la dictature militaire au Brésil et l'excessif nationalisme, une loi, encore en vigueur, a été instaurée : le Statut de l'Étranger pour réglementer les droits des étrangers sur le territoire. Dix-sept années après, en 1997 pendant le gouvernement du Président Fernando Henrique Cardoso, la Loi 9.474 de 1997 (Statut du Réfugié) a été promulguée pour réglementer la concession de l'asile au Brésil.

En effet, la Loi 9.474 de 1997 représente une percée très importante dans la politique interne brésilienne de concession d'asile. Dans ce cadre, on ne peut pas oublier de mentionner que cet instrument juridique a créé un organe interne lié au Ministère de la Justice, c'est-à-dire le Comité national pour les réfugiés - Conare), qui est l'organisme brésilien chargé d'examiner les demandes d'asile et d'aider les demandeurs d'asile avec leurs démarches.

Après le gouvernement de Fernando Henrique Cardoso, la politique externe du président Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), membre du Parti des Travailleurs, a été marquée par l'approximation du Brésil avec plusieurs pays et l'entrée du pays au BRICS. La fin du gouvernement de Lula a aussi été marquée par l'arrivée des nouveaux groupes migratoires attirés par la croissance économique du Brésil et la possibilité de trouver de meilleures conditions de vie dans ce pays. Durant cette époque aussi, la question des réfugiés a été mise plus en évidence et la problématique des réfugiés a été objet de la politique du président Lula, qui à l'époque gouvernait un pays émergent, qui recherchait de sa projection dans la scène mondiale.

⁶ ANDRADE José H. Fischel, *O Brasil e a Organização Internacional para Refugiados (1946-1952)*, op. cit.

De plus, l'ex président Lula a aussi promulgué en 2009 la Loi d'Amnistie Migratoire (loi du 2 juillet 2009) qui a eu pour but fournir la résidence provisoire pour les étrangers qui étaient arrivés au le territoire jusqu'au 1^{er} février 2009 et qui étaient en situation irrégulière. Selon la parole de Hervé T.,

La nouvelle loi permet à tous les étrangers en situation irrégulière, entrés au Brésil avant le 1^{er} février de cette année, de régulariser leur situation. Cette mesure concerne les personnes entrées irrégulièrement au Brésil, dont le visa d'entrée était périmé ou qui n'ont pas bénéficié de la dernière loi d'amnistie migratoire, en 1998, soit, selon les calculs du ministère de la Justice, autour de 50 000 personnes (certaines institutions internationales estiment à 200 000 le nombre total d'étrangers en situation irrégulière au Brésil). Outre les Boliviens, les Chinois, les Paraguayens, les Péruviens et les Russes sont les principaux groupes concernés.⁷

Référant au gouvernement de l'ex présidente Dilma Rousseff, qui a eu son deuxième mandat suspendu par le Congrès National en août 2016, pendant son premier mandat (2011-2014), alors que le pays vivait encore une bonne époque économique, les chiffres officiels ont exposé plusieurs nouveaux flux migratoires, surtout des personnes originaires des pays africains et des pays latino-américains, comme l'arrivée du contingent d'haïtiens depuis les années 2010, qui a eu comme conséquence la création des résolutions normatives afin de régulariser le séjour de ces nouveaux migrants.

Dans cette perspective, lors de l'assemblée de l'ONU du 28 septembre 2015, Dilma Rousseff a dit que le Brésil était un pays de réfugiés. Pendant son discours au sein de l'assemblée générale de l'ONU, l'ex présidente avait affirmé aussi que le pays était ouvert pour accueillir les réfugiés : « *Le Brésil est un pays de réfugiés. Nous sommes un pays multiethnique vivant avec les différences et nous savons l'importance de celui-ci pour nous faire riche et diversifié.* »⁸ En 2010, durant son gouvernement, la présidente signa aussi la Déclaration de Brasilia sur la protection des réfugiés et des apatrides dans les Amériques et la Déclaration et le Plan d'action du Brésil. Ce dernier document a été élaboré en visant le renforcement de la protection aux réfugiés et aux apatrides et la lutte pour trouver des solutions aux défis qui existaient encore.

⁷ THÉRY Hervé, « **Migrations internationales et populations étrangères en France et au Brésil** », **op. cit. Hommes et migrations** [En ligne], 1281 | 2009, mis en ligne le 29 mai 2013, consulté le 16 juillet 2016. URL : <http://hommesmigrations.revues.org/372>

⁸ EBC Agência Brasil, Discours de la présidente Dilma ROUSSEFF le 28/05/2015. [en ligne], disponible en : <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/brasil-e-um-pais-de-refugiados-diz-dilma-na-assembleia-geral-da-onu> (consulté le 19 juillet 2016)

Conformément à la protection des réfugiés dans le cadre de la plus grande organisation économique d'Amérique du Sud, la Déclaration de principes du Mercosur sur la protection internationale des réfugiés a été élaboré lors d'une réunion par les pays membres en 2012 à Fortaleza, au Brésil, dont le but était de renforcer la protection aux victimes de persécution au sein de l'Amérique du Sud.

Concernant au gouvernement de l'actuel président M. Michel Temer, sa politique migratoire est plus restrictive. En juin 2016, le nouveau président du Brésil a suspendu les négociations que l'ex présidente Dilma Rouseff avait menée avec l'Union Européenne pour la réinstallation des migrants syriens.

2.2. La vision de l'étranger par la législation interne

Touchant aux les lois brésiliennes relatives aux réfugiés et étrangers, la législation est divisée selon la hiérarchie des normes de Hans Kelsen, afin de garantir l'effectivité des droits, ce qui veut dire que les lois doivent être en phase avec les normes de la constitution et aussi avec les traités internationaux, qui ont dans la constitution brésilienne de 1988 le statut juridique d'amendement à la charte.

Dans ce cadre, l'article 5, alinéa II de la Constitution de 1988 établit que le Brésil est régi dans ses relations internationales par le principe de la prévalence des droits de l'homme, constituant un état démocratique fondée sur la dignité de l'être humain, ainsi les droits et les garanties qui y sont exprimés n'excluent pas d'autres découlant du régime et des principes qu'il a adopté, ou des traités internationaux auxquels le Brésil fait partie. Le 3^{ème} paragraphe de l'article 5 montre la préoccupation de l'État brésilien avec la garantie de droits de l'homme, ainsi cet article détermine que : « *les traités et les conventions internationales sur les droits de l'homme qui sont approuvés dans chaque maison du Congrès National, en deux tours, par trois cinquièmes des voix de ses membres, sont équivalents à des amendements constitutionnels.* »⁹

Par conséquence, avec l'assimilation du principe de la prévalence des droits de l'homme dans la Charte brésilienne de 1988, qui a été la première constitution à adopter un article concernant à l'importance des droits de l'homme au pays, l'État s'est soumis à l'élaboration des normes liées au Droit International des Droits de l'Homme.

Relatif à son article 4, alinéa X, il prévoit l'octroi de l'asile politique par l'État et l'instauration de l'asile en cas d'une persécution à une certaine personne accusé de crime politique. En effet, l'instauration de l'asile politique est commune en Amérique Latine et a eu son origine avec le Traité de Droit Pénal International de Montevideo en 1889. Cet institut est destiné à accueillir une

⁹ Article 5 §3 de la Constitution Brésilienne de 1988, 5 octobre 1988 [notre traduction]

personne dans un autre territoire ou dans une répartition diplomatique, différemment du refuge. Ceci n'est pas un acte humanitaire, mais une mesure à caractère politique. Cette instauration, typique en Amérique Latine est un acte de souveraineté de l'État, discrétionnaire et qui appartient pourtant au président du pays, tant que le refuge possède une portée universelle et qui est appliquée normalement dans le cas d'une persécution généralisée.

En effet, il est indispensable aussi de mentionner la contribution de la déclaration de Carthagène de 1984 à l'élaboration de plusieurs principes de la constitution de 1988, liés à la protection des droits de l'homme, et à l'octroi de la condition de réfugié à la victime d'une violation générale de ses droits, prévu dans le corps de la loi 9.474 de 1997.

En ce qui concerne le Statut de l'Étranger (Loi 6815 du 1980), il est le principal instrument juridique pour les migrants au Brésil et sa création a eu lieu en 1980, durant la dictature militaire. L'affliction du gouvernement à l'époque était aussi en lien avec les intérêts nationaux, fait qui est exposé dans les articles 1^{er} et 3^{ème} de cette loi, car pour le codificateur, l'entrée et la sortie du pays par les étrangers était sauvegardée par les intérêts de la nation, tout comme la concession de visas. De plus, selon son deuxième article : « *Lorsque cette loi sera appliquée seront recherchés la sécurité nationale, l'organisation institutionnelle politique, socio-économique et culturelle au Brésil, ainsi que la défense des travailleurs nationaux.* »¹⁰ Plus généralement, nous pouvons dire qu'il y a encore une législation en vigueur au Brésil, 36 années après son élaboration, qui protégé excessivement les intérêts nationaux au détriment des besoins des étrangers, cependant, la Constitution de 1988, crée dans la période de la démocratisation du pays, après la dictature militaire, établit dans son article 5 qu'il doit exister l'égalité entre les brésiliens et les étrangers. En effet, la loi défend pourtant que les brésiliens et les étrangers qui ont leur séjour régularisé ont les mêmes droits mais aussi les mêmes obligations, pourtant, les réfugiés et demandeurs d'asile devraient avoir les mêmes droits sociaux, civils et politiques que tous les étrangers et que les brésiliens, conformément à ce qu'établit le Statut dans son article 95 : « *Les étrangers résidant au Brésil jouissent de tous les droits accordés aux Brésiliens, en vertu de la Constitution et les lois.* »¹¹

Conformément à la loi 9474 de 1997, son article premier établit les conditions pour obtenir le statut de réfugié, qui sont :

[...] La qualité de réfugié est reconnue à tous ceux qui :

I – par crainte d'être persécuté en raison de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou à de

¹⁰ Article de 2 de la loi 6815 de 1980 [notre traduction]

¹¹ Article de 95 de la loi 6815 de 1980 [notre traduction]

ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut pas ou ne souhaite pas plaider pour la protection de ce pays;

II – n’ayant pas de nationalité ou étant hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut pas ou ne souhaite pas y rentrer, en raison des circonstances prévues au paragraphe ci-dessus.

III – en raison de graves violations généralisées des droits de l’Homme, est contraint de quitter son pays de sa nationalité pour demander refuge à un autre pays. »¹²

Relatif à la procédure nationale de concession d’asile, la demande doit être faite à l’autorité qui est dans la frontière du Brésil et le demandeur ne peut pas être expulsé vers son pays d’origine si sa vie ou sa liberté est menacée, conformément au principe du *non-refoulement*, présent dans l’article 33 de la Convention de 1951 et aussi dans l’article 22 de la Convention Américaine Relative aux Droits de l’homme, qui dit :

En aucun cas l’étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d’origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l’objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques.¹³

En revanche, la perte du statut de réfugié sera décidée par le Conare, mais la personne qui se sent lésée peut faire un recours administratif.

Ainsi, le réfugié aura le droit à obtenir une carte d’identité d’étranger, un permis de travail et un document de voyage. En effet, selon le Statut du Réfugié, le migrant qui ait sa condition de réfugié reconnue, ne peut pas être extradé ni expulsé, sauf en cas de menace à la sécurité du pays.

2.3. La condition juridique des haïtiens et des syriens dans le cadre législatif brésilien

Bien qu’ils soient objet d’étude depuis quelques années, les réfugiés de l’environnement n’ont pas encore de protection internationale, même si cette migration devient de plus en plus évidente dans plusieurs régions du monde ; il existe cependant des tentatives internes dans certains pays pour régler cette situation de nouveaux migrants, comme c’est le cas au Brésil. Pour Cournil C.,

¹² Article 1^{er} de la loi 9.474 du 22 juillet 1997 [notre traduction]

¹³ Article 22 de la Convention Américaine des droits de l’homme du 22 novembre 1969

La définition '*environmental refugee*' apparaît officiellement dans la littérature de l'ONU dans un rapport en 1985 pour le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE). Essam El-Hinnawi, auteur du rapport, a défini les réfugiés de l'environnement comme : ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie ». ¹⁴

Parmi les nouveaux flux migratoires vers le Brésil, il est très important de mentionner le cas des Haïtiens, qui ont été les plus nombreux. Le Haïti est un pays insulaire, très pauvre et qui a connu des périodes marquées par l'instabilité politique. De plus, en 2010, il a été secoué par un puissant tremblement de terre, qui a détruit des nombreuses villes et a tué des milliers de personnes, ce qui a contribué à l'immigration des habitants vers d'autres nations du monde, parmi lesquels le Brésil. Au début de l'augmentation de la migration en 2010, la majorité des migrants haïtiens qui sont arrivés au Brésil clandestinement entraient par le nord du Brésil, en particulier par les États d'Acre et d'Amazonas, cependant, vu que les immigrants haïtiens ne répondent pas aux exigences de la loi 9474 de 1997, car ils ne fuient pas leur pays à cause d'une sorte de persécution, le gouvernement brésilien ne leur donne pas le statut juridique de réfugié. Par corrélation, sans avoirs les papiers en règle, les étrangers étaient marginalisés et en situation précaire, car ils ne pouvaient pas travailler pour avoir de moyens suffisants pour vivre.

C'est pourquoi, même sans avoir la protection par le Droit International des Réfugiés, en 2012, après beaucoup de pression, le gouvernement a reconnu le besoin de protection de ces étrangers et a ainsi promulgué la Résolution normative n° 97 de 2012, afin de régulariser le séjour de ces étrangers au Brésil, en les accordant un visa humanitaire permanent. Cet instrument normatif a permis la concession de 1200 visas humanitaires par an. Selon l'article 1^{er} de cette résolution normative, « *sont considérés comme des raisons humanitaires, celles résultantes de la détérioration des conditions de vie du peuple haïtien par le séisme eu lieu dans ce pays le 12 Janvier 2010.* » ¹⁵ Ce changement a fait que, avec le visa humanitaire, les haïtiens ont pu travailler dans le territoire brésilien et y rester pour une période de 5 ans avec la possibilité de renouveler son visa après son expiration. Conformément aux données du Ministère du travail du Brésil, « *à la fin de 2012, le Conseil National d'Immigration avait accordé 5.601 visas humanitaires et le Ministère des Affaires Étrangères avait accordé, à l'ambassade de*

¹⁴ Cournil Christel, « Émergence et faisabilité des protections en discussion sur les « réfugiés environnementaux » », *Revue Tiers Monde* 4/2010 (n°204), p. 35-54 URL : www.cairn.info/revue-tiers-monde-2010-4-page-35.htm.

¹⁵ Article 1^{er} de la Résolution Normative 97 du 13 janvier 2012, **Concession du visa permanent aux haïtiens**

Port-au-Prince plus de 1200 visas prévus dans le quota établi par la Résolution 97. »¹⁶ En revanche, vu l'augmentation des demandes de visa humanitaire, le gouvernement a instauré en 2013 une autre résolution, c'est-à-dire la Résolution normative 104 de 2013, laquelle a permis la concession illimitée de visas humanitaires aux haïtiens.

En ce que concerne les syriens, ils ont représenté la catégorie d'étrangers qui ont eu leurs demandes d'asile le plus acceptées au Brésil entre les années 2010 et 2016, car avec la crise humanitaire qui se déroule actuellement en Syrie, des milliers de personnes originaires de cette nation ont décidé de demander la protection dans d'autres pays, parmi lesquels le Brésil. Comme décrit dans les statistiques du Conare du mois d'avril de cette année, le Brésil a reconnu comme réfugiés près de 2.500 Syriens, en leur accordant la protection humanitaire. C'est pourquoi le gouvernement de l'ex présidente Dilma Rousseff a établi une Résolution normative (La Résolution normative 17 de 2013) pour pouvoir réglementer l'émission de visas humanitaires aux nationaux de ce pays qui se déplacent vers le Brésil. On constate aussi que, pour le Comité national des réfugiés, les raisons humanitaires qui les ont donnés accès à ce visa, ont été, selon la résolution normative 17 du 20 septembre 2013, « *celles qui résultent de la détérioration des conditions de vie de la population en Syrie, ou dans les régions frontalières avec cela, à la suite d'un conflit armé dans la République arabe syrienne.* »¹⁷ En septembre 2015, cette résolution normative a été prolongée pour deux ans en plus et, selon les données du gouvernement, jusqu'à cette date, plus de 7500 visas avaient été donnés aux demandeurs aux ambassades du Brésil au Liban, en Jordanie et en Turquie.¹⁸

Dans ce cadre, on constate alors que le statut de l'étranger ne prévoit pas l'octroi de visa humanitaire à un groupe particulier d'immigrants originaire d'un certain pays, comme c'est le cas des Haïtiens et les Syriens, qui ont été protégés par de visas humanitaires créés par le gouvernement brésilien. Ce changement de paradigme a représenté, pourtant, une mesure d'exception créée par l'État Brésilien.

Plus généralement, le Statut de l'Étranger est un outil juridique qui réglemente le séjour des migrants mais aussi des touristes qui entrent dans le pays, alors que le Statut du Réfugié est destiné à légiférer sur les droits des étrangers qui ont été forcé à partir ailleurs, ce qui signifie donc qu'on considère qu'il y a une totale séparation dans la législation brésilienne en ce que con-

¹⁶ MINISTÈRE DU TRAVAIL DU BRÉSIL, sous la direction de FERNANDES Duvail, **O Brasil e a migração internacional no século 21 – notas introdutórias**, in Ministério Público do Trabalho, Migrações e Trabalho, Brasília, 2015

¹⁷ Résolution normative N° 17 du 20 septembre 2013 [notre traduction]

¹⁸ PORTAL BRASIL, Brasil prorroga por dois anos emissão de vistos especiais para refugiados sírios, Disponible en: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/09/brasil-prorroga-por-dois-anos-emissao-de-vistos-especiais-para-refugiados-sirios> (consulté le 18 juillet 2016)

cerne droits des migrants et des réfugiés, car même si les deux sont des étrangers, chaque catégorie est vue d'une manière totalement différente et protégée par un instrument normatif différent. Ceci représente un paradoxe, pourtant, on se demande jusqu'à quel point cela est correct, car le réfugié est en grande vulnérabilité lorsqu'il s'installe au pays, ainsi comme les migrants économiques. C'est pourquoi, tant qu'étrangers, les réfugiés et les demandeurs d'asile devraient recevoir une protection prévue aussi dans le Statut de l'Étranger, vu que cet instrument normatif détermine des lois qui doivent être appliquées aux étrangers en général.

3. LES POSSIBLES ADAPTATIONS DANS LA LÉGISLATION BRÉSILIENNE POUR RÉGLEMENTER LES DROITS DES RÉFUGIÉS

Tout d'abord, la taille du Brésil, ainsi que l'existence de 26 états fédéraux et l'existence d'un corps articulé au ministère de la Justice, qui est un organisme du pouvoir exécutif fédéral dont le Conare, responsable de l'articulation et la coordination des politiques publiques sur les réfugiés, sont des facteurs qui entravent l'action à des niveaux de politiques publiques étatiques et municipales en faveur de ces étrangers, vu que pour que le traitement de la demande d'asile et les besoins des réfugiés soient bien respectés, il est nécessaire une actuation articulée des organismes chargés de ces fonctions. Cet obstacle montre que la distance entre le Conare par rapport aux demandeurs d'asile est responsable par beaucoup de problèmes pour ces personnes, parmi lesquelles on peut citer la difficulté dans la procédure de demande de papiers d'asile, puisque la plupart des candidats n'ont aucune connaissance de la langue locale et, en plus, ces étrangers ont des difficultés pour trouver de l'aide auprès de la société civile.

Par corrélation, vu l'importance et la reconnaissance du HCR à niveau mondiale, cette organisation pourrait aussi agir d'une façon à établir un dialogue plus grand avec le gouvernement fédéral et pourquoi pas les gouverneurs des états fédérés brésiliens et municipalités, afin de les convaincre sur l'importance d'améliorer les conditions des migrants qui arrivent au pays et qui dans la plus part des cas n'ont pas des moyens pour reconstruire leur vie et qui donc au début dépendent des aides de la société civile pour trouver un travail et un logement.

3.1. L'exigence d'un consensus juridique et politique comme paradigme de l'égalité entre les migrants et réfugiés au Brésil

Compte tenu de ce qui précède dans ce travail, on peut voir que l'actuelle constitution du Brésil ne prévoit pas de mécanismes normatifs pour établir les différences entre les étrangers, selon le principe constitutionnel de

l'égalité. Paradoxalement, nous notons qu'au Brésil, ces derniers temps, des résolutions normatives ont été élaborées pour promouvoir l'amélioration du cadre juridique des nouveaux arrivants originaires de certains pays, ce que l'on voit surtout dans les cas des Haïtiens et des Syriens. Ainsi, les demandes d'asile réalisées par les Haïtiens ont passé à être envoyés au Conseil national de l'immigration (CNIg), un organisme du Ministère du travail, qui est le responsable de délivrer cette modalité de visa, vu qu'ils n'étaient pas des réfugiés. Pour parvenir à cet objectif, l'article 1^{er} de la Résolution normative 97 de 2012 stipule que :

A l'originaire du Haïti peut être accordé un visa permanent prévue à l'art. 16 de la loi n° 6815, du 19 Août 1980, pour des raisons humanitaires, sous réserve d'une période de cinq (5) ans, conformément à l'article. 18 de la même loi, une circonstance qui comprendra la carte d'identité de l'Etranger.¹⁹

La protection humanitaire fournie aux haïtiens a son origine dans le droit international humanitaire, avec le but de donner la nécessaire protection aux personnes qui se trouvent dans zones marquées par des conflits armés ou par des catastrophes naturelles, mais ni la constitution fédérale, ni le Statut de l'étranger, ni le Statut du réfugié prévoit l'octroi du visa humanitaire à l'étranger en vulnérabilité. Ainsi, vu que l'État ne peut pas accorder le statut de réfugié aux Haïtiens demandeurs d'asile, car il n'existe pas une réglementation interne ni internationale qui reconnaît l'existence des réfugiés de l'environnement ou des réfugiés écologiques, on dirait plutôt que l'état brésilien a agi de façon humanitaire pour bénéficier les migrants économiques originaires du Haïti.

Ensuite, concernant à la résolution normative créée pour faciliter le séjour des syriens au Brésil, le flux de personnes originaires de cette nation a bien augmenté au Brésil depuis le début du conflit dans ce pays en 2011, alors que pour régler la situation des syriens, le Conare a élaboré la résolution normative n.° 17 de 2013. En effet, dans son texte normatif, cette résolution a tenu en compte l'existence d'un numéro expressif des descendants de syriens au Brésil, la haute quantité des réfugiés syriens dans le monde, la volonté de chercher l'asile au Brésil, les difficultés des syriens de se déplacer dans le territoire brésilien pour demander le refuge, ainsi comme le besoin humanitaire brésilien de faciliter le déplacement des syriens dans le territoire national. Dans cette optique, l'ex présidente du pays, Mme. Dilma Rousseff, en 2015, a prolongé la validité de cette résolution humanitaire normative, ce qui a été fait avec la création de la résolution normative n° 20 de 2015. En plus, une autre mesure adoptée par l'état brésilien pour faciliter l'installation des réfugiés syriens au Brésil a été la possibilité de faire la demande du visa humanitaire dans des pays voisins de la Syrie, comme la Jordanie, le Liban et la Turquie avant

¹⁹ Article 1^{er} de la résolution normative No 97 du 13 Janvier 2012

de l'entrée du réfugié au Brésil. Par conséquent, l'élaboration des résolutions normatives pour faciliter l'entrée et l'établissement de ce peuple au Brésil montre la tendance de la politique plus humanitaire que le Brésil a adopté depuis les dernières années relatives au traitement des demandes d'asile de cette population.

En effet, on constate que l'actuel cadre normatif national donne des priorités à des groupes d'étrangers en détriment d'autres qui parfois ont la même nécessité, comme c'est le cas de la concession du visa humanitaire aux haïtiens pour régulariser leur séjour au Brésil par le Conseil national de l'immigration. Dans ce contexte, on aperçoit que dans la législation brésilienne il existe quelques contradictions concernant au traitement de questions liées à la problématique des étrangers.

L'octroi du visa humanitaire, bien que ce soit une mesure de protection et qui cherche à simplifier le séjour des Haïtiens et l'entrée des Syriens au Brésil, fait d'une certaine manière que ces groupes soient plus avantagés dans le pays par rapport aux autres car ils peuvent demander leurs documents de séjour dans le territoire brésilien, dans le pays où ils résident ou dans les pays voisins, ainsi leurs démarches concernant à l'installation dans le territoire brésilien sont moins compliquées, car même avec les problèmes socio-économiques qui existent au Brésil, parce qu'il est un pays émergent, les flux migratoires ont augmenté au cours des dernières années, et, de la même façon que les Haïtiens et les Syriens, des nombreux autres groupes arrivent dans le pays et ont aussi le besoin d'une protection humanitaire.

Vu la croissance récente du nombre de réfugiés qui sont arrivés au Brésil au cours des dernières années, quelques universités ont créé de quotas pour faciliter l'accès d'eux dans ces établissements, cependant, cette mesure est un facteur qui aussi met en question la concession des avantages à des étrangers originaires de certains pays en détriment d'autres nations, car il n'existe pas une loi qui réglemente pourquoi un réfugié à un tel droit d'accéder plus facilement à une faculté et un migrant ne possède pas ce même droit. Ceci affronte la constitution fédérale, car elle prévoit expressément qu'entre les étrangers et les brésiliens ne sera pas établi des critères de différenciation. C'est pourquoi ce n'est pas seulement les réfugiés, mais les étrangers qui prouvent être dans les mêmes critères déterminés par la loi aux brésiliens qui devraient avoir aussi le droit aux quotas pour accéder le système universitaire. Dans cette perspective, une autre critique peut être établit concernant à la concession d'une aide sociale à un groupe d'étrangers par rapport à un autre groupe. Bien que les réfugiés au Brésil, qui généralement sont en vulnérabilité, ont le droit à demander la Bourse-famille, même si la loi No 10.836 de 2004 (loi qui a été responsable de la création de ce programme) ne prévoit rien, on se demande donc pourquoi les migrants économiques en vulnérabilité, comme par

exemple les haïtiens et d'autres étrangers n'ont pas ce même droit ? On aperçoit que la jurisprudence a récemment établi des privilèges à certains migrants, cependant, par analogie, il est clair que d'autres étrangers auraient les mêmes droits.

3.2 Le besoin d'une nouvelle politique migratoire pour l'État Brésilien

Les lois brésiliennes ont toujours des lacunes qui difficolitent la garantie des droits des migrants et réfugiés. Par conséquent, même que ça soit un débat plus récent au sein de la société brésilienne il a besoin de plus d'attention, car l'analyse des lois concernant à la protection des étrangers montrent que pour avoir certains droits au Brésil il faut avoir venu d'un certain pays, ainsi on aperçoit que la politique d'immigration actuelle au Brésil a toutefois des aspects de la politique d'immigration du 19ème siècle.

Avec tous les changements socioéconomiques que le Brésil a vécu au cours des dernières années, il a attiré un nombre significatif de migrants des pays étrangers, cependant, le pays n'a pas une politique d'immigration qui est en conformité avec la scène projetée par le pays dans le contexte économique international et national. Son cadre juridique n'est pas suffisant et actualisé pour atteindre aux besoins des étrangers. De plus, les modifications législatives que le gouvernement a fait pour protéger les migrants, semblent être souvent faites sur les privilèges. Ainsi, selon Fernandes D., De Castro M. C. G. et Milesi R.,

[...] il serait d'une importance fondamentale définir une politique migratoire avec des propositions efficaces et sans créer de privilèges. Il est bien entendu être d'une grande importance que la société brésilienne se livre à la discussion de la politique migratoire, à avant même que la discussion et la définition de la loi sur les migrations, pour application de la loi doit toujours être considérée comme la viabilité d'une politique et non l'inverse, ce qui aurait une loi qui détermine la politique.²⁰

La politique migratoire mérite des changements urgents dans d'autres facteurs tels que la bureaucratization qui persiste encore après l'arrivée des étrangers au Brésil, qu'ils soient des migrants économiques ou des réfugiés. Dans ce contexte, concernant aux changements dans la politique migratoire du pays, une proposition d'amendement à la Constitution de 1988 est en cours de débat au Sénat brésilien, c'est la proposition n° 25 de 2012 élaboré par le sénateur Aloysio Nunes Ferreira. Une autre proposition d'altération législative

²⁰ FERNANDES Durval, DE CASTRO Maria da Consolação Gomes, MILESI Rosita, O fluxo de imigração recente para o Brasil e a política governamental: os sinais de ambiguidade. Notas preliminares., [em ligne], In **Refúgio, migrações e cidadania**, Caderno de debates 9, 2014, HCR, disponible en: <http://www.obs.org.br/refugiados/download/107_2c834ff470fa71cbe08d04c339a3637e>, [notre traduction].

a été l'élaboration d'un projet de loi pour changer la législation pénale et créer une section nominée « crimes relatives à l'étranger ».

Un autre aspect concernant la politique migratoire brésilienne est le besoin de la ratification de la Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants et des leurs familles de 1990, qui établit les droits qui doivent être garantis à tous les migrants et qui n'a pas encore été ratifié par l'État brésilien. Dans cette optique, une plus grande valorisation de la politique migratoire au niveau municipal pourrait aussi être un changement de paradigme en ce qui concerne l'inquiétude de la société avec les problèmes migratoires, ce qui a déjà été approuvé par le Conseil municipal de la ville de São Paulo, où a été mis en vigueur une loi pour protéger les migrants qui sont à São Paulo et qui, selon le HCR, prévoit leur droits d'accès aux services publics, leur protection contre les actes de xénophobie et de racisme et l'égalité de traitement avec les Brésiliens vivant à São Paulo.

Concernant à politique migratoire pour les réfugiés, le statut de l'étranger doit mettre l'accent sur la problématique des réfugiés, car cette loi est silencieuse concernant à ce groupe, et, paradoxalement, elle établit plusieurs garanties aux étrangers qui devraient être étendues aussi aux réfugiés, car ils sont des étrangers aussi. Dans son texte, le statut du migrant prévoit seulement une fois le mot « réfugié », évitant de prévoir des prérogatives et droits pour cette catégorie de migrants.

Pour finir, vu la dimension du Brésil et l'existence de zones qui ne sont pas densément peuplées, le pays a des endroits où la possibilité de réinstallation pourrait être offerte aux réfugiés de diverses parties du monde qui ont besoin d'une protection humanitaire. Pour cela, cependant, il est nécessaire que le Brésil offre des conditions de vie décentes pour ces réfugiés avec les améliorations qui doivent être effectués, selon ce qui a été dit tout au long de ce travail.

4. CONCLUSION

On constate que ce mécanisme d'octroi de visas humanitaires au Brésil par le mérite un examen plus précis par les autorités nationales, car même s'il a comme but la protection des migrants afin qu'ils s'installent au Brésil, il affronte des principes constitutionnels, car des nombreux migrants qui arrivent au pays en conditions d'extrême vulnérabilité, auraient, par conséquent, le même droit de recevoir le visa humanitaire pour s'y installer et d'avoir les droits également prévus pour tout étranger, quelle que soit leur nationalité ou leur origine. Par conséquent, nous pouvons dire que le Brésil a eu un rôle indispensable et visible en ce que concerne la protection des réfugiés et des migrants au cours des dernières décennies, mais pour finir, vu l'augmentation

expressive des migrants et demandeurs d'asile dans le territoire brésilien, l'état a besoin de les offrir un accueil humanitaire adapté à leurs nécessités et aux besoins d'un pays émergent, sans tenir compte de l'origine de l'étranger, à fin de respecter la Constitution et les traités internationaux sur les droits de l'homme lesquels le Brésil est signataire.

RÉFÉRENCES

Sources primaires

Haut-commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés

- Convention de 1951 relative au statut des réfugiés
- Protocole de 1967 relative au statut des réfugiés
- Déclaration de Carthagène de 1984

Nations-Unies

- Déclaration universelle des droits de l'homme, Paris, le 10 décembre 1948
- Convention Américaine des Droits de l'Homme de 1969

Comité national pour les réfugiés

- Sistema de Refúgio em Números - **Desafios e Perspectivas** - CONARE 2014 - disponible en: «http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf?view=1»
- Sistema de Refúgio em Números - **Desafios e Perspectivas** - CONARE 2016 – [en ligne], disponible en: «http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.pdf?view=1»

Ministère du travail du Brésil

- **O Brasil e a migração internacional no século 21 – notas introdutórias**, sous la direction de Fernandes Duvail, in Ministério Público do Trabalho, Migrações e Trabalho, Brasília, 2015

Textes législatifs

- Constitution de la République fédérative du Brésil du 5 octobre 1988
- Loi n° 9.474, du 22 Juillet 1997
- Loi n° 6815 de 1980 (Statut de l'étranger)
- Résolution normative n° 17 du 20 septembre 2013
- Résolution normative n° 97 du 13 janvier 2012

Sources secondaires

Ouvrages

- Le Pors Anicet, **Le droit d'asile**, 3^{ème} édition mise à jour, Presses universitaires de France, Paris, 2005, p. 16

Articles de périodiques

- Andrade José H. Fischel, **O Brasil e a Organização Internacional para Refugiados (1946-1952)**, [en ligne], Revista Brasileira de Política Internacional, Ed. 48, 2005, 37 p., disponible en : <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a03.pdf>> [notre traduction]
- Cournil Christel, « Émergence et faisabilité des protections en discussion sur les «réfugiés environnementaux» », **Revue Tiers Monde** 4/2010 (n°204), p. 35-54
- Hervé Théry, « Migrations internationales et populations étrangères en France et au Brésil », **Hommes et migrations** [En ligne], 1281 | 2009, mis en ligne le 29 mai 2013, consulté le 16 juillet 2016, disponible en : <<http://hommesmigrations.revues.org/372>>.

Articles de presse

- EBC Agência Brasil, Discours de la présidente Dilma ROUSSEF le 28/05/2015. [en ligne], disponible en : <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-0v9/brasil-e-um-pais-de-refugiados-diz-dilma-na-assembleia-geral-da-onu>> (consulté le 19 juillet 2016)
- PORTAL BRASIL, Brasil prorroga por dois anos emissão de vistos especiais para refugiados sírios, [en ligne], disponible en : <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/09/brasil-prorroga-por-dois-anos-emissao-de-vistos-especiais-para-refugiados-sirios> (consulté le 18 juillet 2016).

* Recebido em 11 maio 2016.