



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC

Fortaleza

2012/1

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 32.1 – jan/jul – 2012/1

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Charles D. Cole

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Federico Di Bernardi

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Gilles Lebreton

Hugo de Brito Machado

João Luis Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luis Caballero

Juarez Freitas

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Cordenação de Design

Jon Barros

Diagramação

Alex Keller

Alunos Colaboradores

Eric de Moraes e Dantas

Fernanda de Araújo Castelo Branco

Gustavo Fernandes Meireles

Renato Barbosa de Vasconcelos

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

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Estudos de pós-doutoramento na Universidade de Boston. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor-Geral da União.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação(Mestrado) e do Curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Primeiro Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil(pela PUC/SP). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais(pela PUC/SP).

Eulália Emilia Pinho Camurça

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, formada em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará e em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Doutor em Ciências Sociais pela UNICAMP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.

Hugo de Brito Machado Segundo

Mestre e Doutor em Direito. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Visiting Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria.

Ieda Machado

Mestranda em Direito na Universidade Católica de Brasília.

Joanna Maria de Araújo Sampaio

Mestre em direito pela UFPR. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela UFPE. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.

Luiz Oosterbeek

Licenciado em História e Doutor em Arqueologia (1994). Professor Coordenador do Instituto Politécnico de Tomar (IPT) e Professor convidado de diversas universidades da Europa e do Brasil. Pró-Presidente para as Relações Internacionais e cooperação do IPT, onde também coordena o curso de Mestrado em Arqueologia Pré-Histórica e Arte Rupestre (Master Erasmus Mundus em Quaternário e Pré-História da União Européia).

Maria de Assis Calsing

Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB).

Maurin Almeida Falcão

Professor-Adjunto no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Doutor em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Paris XI-Sud. Membro fundador do Instituto Internacional de Ciências Fiscais em Paris e pesquisador-visitante do Grupamento Europeu de Pesquisas em Finanças Públicas da Universidade de Paris I.

Max Falque

Responsável pelo Centro Internacional de Meio Ambiente junto a Universidade Aix-en-Marseille.

Renata de Assis Calsing

Consultora jurídica e advogada. Professora do curso de Pós-graduação strictu sensu da Universidade Católica de Brasília. Mestre em Direito das relações internacionais pelo UniCEUB e doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne.

Raúl Gustavo Ferreyra

Professor da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

Sidney Guerra

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado no Rio de Janeiro.

Suélen Farenzena

Mestranda e Bolsista em Direito Público pela UNISINOS/RS, vinculada à Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Advogada e Professora Universitária.

Theresa Rachel Couto Correia

Doutora em direito internacional e integração econômica. Professora do programa de pós-graduação da Universidade Federal do Ceará. Bolsista PRODOC-CAPES.

Vera Karam de Chueiri

Professora dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A TRIBUTAÇÃO NA VENDA DE CRÉDITOS DE CARBONO <i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	13
TUTELA JURÍDICA DAS “CIDADES DIGITAIS” NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO CULTURAL, SOCIAL, ECONÔMICA E AMBIENTAL, EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO <i>Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Luiz Oosterbeek</i>	21
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS NOVAS DEMOCRACIAS SUL-AMERICANAS: UM OLHAR A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS <i>Eulália Emilia Pinho Camurça e Theresa Rachel Couto Correia</i>	43
MULTAS TRIBUTÁRIAS, PROPORCIONALIDADE E CONFISCO <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	63
ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: UMA (RE)DISCUSSÃO SOBRE O ESPAÇO DA AUTONOMIA ÉTICO-EXISTENCIAL, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA <i>Joyceane Bezerra de Menezes e Gustavo Raposo Pereira Feitosa</i>	77
O LIMITE FRÁGIL ENTRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A VEDAÇÃO AO CONFISCO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO <i>Maurin Almeida Falcão e Ieda Machado</i>	91
O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO <i>Renata de Assis Calsing e Maria de Assis Calsing</i>	107
COMPETÊNCIA AMBIENTAL À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011 <i>Sidney Guerra</i>	125
A BUSCA POR UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA E A NECESSIDADE DE SUBJUGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES AVILTADORA DOS (PRÉ)COMPROMISSOS <i>Suélen Farenzena</i>	141
COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÕES JUDICIAIS <i>Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio</i>	177

DOCTRINA ESTRANGEIRA

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROTECTION ENVIRONNEMENTALE
LE PROBLÈME DE LA BIODIVERSITÉ

Max Falque.....201

ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE UN NUEVO MOMENTO CONSTITUYENTE PARA EL ESTADO ARGENTINO

Raúl Gustavo Ferreyra.....213

DOUTRINA NACIONAL



A TRIBUTAÇÃO NA VENDA DE CRÉDITOS DE CARBONO

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Resumo

O ensaio trata do regime tributário federal brasileiro aplicado às operações de venda de créditos de carbono. Conclui pela prestabilidade de solução da autoridade fazendária, ainda que se tenha optado por incidência indutora negativa.

Palavras-chaves

Tributação. Crédito de carbono.

Abstract

The paper has the aim of evaluating the Brazilian federal tax regime applied to the selling of carbon credits, as far as the Kyoto Protocol is concern. It concludes for the adequacy of the solution presented by the Brazilian tax authorities, notwithstanding the fact the option was for a negative formula of a behavior induction.

Keywords

Taxation. Carbon credits.

Explicitar a tributação incidente sobre a venda de créditos de carbono no Brasil² é o tema do presente artigo³. A questão radica na correta aplicação de fórmulas concebidas no contexto do Protocolo de Quioto (Japão, 1997). O tratado ensejou mecanismo para controle e redução de emissão de gases de efeito estufa, consistente em fórmula própria de compensação, que se realiza mediante a negociação de créditos de carbono.

* Estudos de pós-doutoramento na Universidade de Boston. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor-Geral da União.

² Dedico o presente estudo ao Dr. Marco Antônio Ferreira Possetti, Chefe de Divisão de Tributação da SRRF da 9ª Região Fiscal, em Curitiba, que pela primeira vez entre nós compreendeu adequadamente o problema da tributação sobre a venda de créditos de carbono. Dedico também à Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante, Professora Doutora Pesquisadora da Universidade Federal do Ceará, pelo volume e qualidade de trabalhos que tem apresentado em temas que inter-relacionam tributação e preservação ambiental.

³ A preocupação presente no artigo é no que se refere à tributação sobre a venda de créditos de carbono e não sobre a conceituação de imposto sobre emissões quantificadas. Neste último caso, conferir Soares, Claudia Alexandra Dias, *O Imposto Ecológico- contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 392 e ss.

A comprovação de que se colabora - - objetivamente - - para a diminuição de emissão dos aludidos gases que provocam o efeito estufa intitula o interessado à posse de certificados, que são negociados livremente no mercado. Créditos de carbono tornaram-se *commodities*.

Empresas de países historicamente poluidores podem adquirir os referidos certificados de empresas de países listados como menos poluidores. Garante-se o direito de continuidade a atividades poluidoras, nos países onde têm sede as empresas compradoras de créditos, e de forma muito controlada, bem entendido. Assim, por exemplo, uma empresa japonesa poderia adquirir créditos de carbono gerados por empresa brasileira, que demonstra de fato ter objetivamente contribuído para a diminuição de emissão de gases que provocam efeito estufa no Brasil. É um caso fático que será logo mais avaliado.

Anexo do protocolo elenca os gases de efeito estufa, nomeadamente, o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄), o óxido nitroso (N₂O), os hidrofluorcarbonos (HFCs), os perfluorcarbonos (PFCs), e o hexafluoreto de enxofre (SF₆). Uma quantidade imaginária desses gases passíveis de emissão baliza o mecanismo. Pretende-se um ótimo de Pareto: todos ganham.

O gerador do crédito de carbono faz receita deixando de poluir. O comprador do crédito garante direito de poluir, dentro de limites, fixados por órgãos de controle, ligados à Organização das Nações Unidas. O gerador do crédito aumenta sua receita sem contribuir para a emissão de gases que provocam efeito estufa. O comprador incentiva comportamento do gerador e, de alguma forma, paga pelo direito de emitir tais gases, embora sob rígidos controles de comprometimento global. É esta, em resumo, a fórmula do Protocolo de Quioto.

A empresa geradora do crédito revela intenso comprometimento com padrões de sustentabilidade e de desenvolvimento; e o faz de várias formas, que transitam do plantio de árvores (destinadas à absorção de gás carbono) a mecanismos para desestímulo de usos de combustíveis não renováveis, a exemplo do carvão mineral.

A venda de créditos de carbono alcança discussão em torno de fatos geradores de tributos de competência federal. Haveria incidências de imposto de renda devido por pessoas jurídicas- IRPJ, de contribuições sociais para o PIS/PASEP, bem como de contribuições sociais para o financiamento da seguridade social-COFINS. Assim, em princípio, a venda de créditos de carbono no mercado internacional dessa *commodity* indicaria a realização de hipóteses de incidência de IRPJ/PIS/PASEP/COFINS.

Pode-se argumentar, do ponto de vista da concepção de uma política fiscal ambiental, que adequado seria a fixação de um regime de isenção. É que, ainda que se tenha renúncia fiscal (e não há na hipótese nenhum óbice por parte da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal), alcança-se, por outro lado, capital externo, adequadamente internalizado, e fomentador da circulação financeira interna. E ainda, principalmente numa ótica

corretiva de distorções ambientais, de falhas de mercado e de internalização de externalidades negativas, alcança-se espontânea renúncia interna em troca de eventual disponibilidade ou direito de emitir gases que provocam efeito estufa.

Nesse sentido, haveria necessidade de lei que especificasse condições e requisitos exigidos para sua concessão, bem como aos tributos aos quais que se aplicaria (no caso, como se verá, especialmente, o IRPJ), bem como eventual prazo de duração desta imaginária hipótese de não incidência legalmente qualificada, nos termos do art. 176 do Código Tributário Nacional.

Não se tem notícia de norma nesse sentido. Por isso, a incidência (ou não) de IRPJ/PIS/PASEP/COFINS na venda de créditos de carbono deve ser avaliada a partir da legislação vigente, e de alguma jurisprudência, ainda que administrativa. É do que trato em seguida.

A questão foi submetida -- em forma de consulta -- à Secretaria da Receita Federal, junto à 9ª Região Fiscal, que revelou entendimento em 10 de março de 2008, na Solução de Consulta nº 59-SRRF/9ª RF/DISIT, no contexto fático do processo nº 10940.001496/2007-57.

Na referida solução de consulta a autoridade fazendária firmou entendimento de que em relação à venda para o exterior de créditos de carbono não haveria incidências de PIS/PASEP/COFINS, por força de regra isentiva, bem como, por outro lado, haveria incidências de IRPJ no percentual de presunção de 32% (trinta e dois por cento) para fins de apuração de base de cálculo. A empresa interessada pretendia fixar o percentual de presunção em 8 % (oito por cento), invocando que efetivamente vendia energia, e não um direito.

A mencionada solução de consulta explicita marco importante na compreensão do problema. Como pretendo demonstrar, a decisão da autoridade fiscal da 9ª Região Fiscal é absolutamente correta do ponto de vista do enquadramento jurídico, ainda que possa haver alguma crítica muito tênue, no que se refere às premissas que foram adotadas.

Colhe-se da referida solução de consulta que a consulente é sociedade anônima de capital fechado, com sede no estado de Santa Catarina, e que atua no ramo de comercialização de energia elétrica. Lê-se também que a consulente atua, entre outros, na obtenção, geração e comercialização de créditos de carbono. Trata-se, assim, de atividade central, que a empresa exerce concomitantemente à geração e exploração da venda de energia elétrica.

Com vistas a gerar créditos de carbono, lê-se na solução de consulta, a consulente teria projetado e construído pequena central hidrelétrica a fio d'água, junto a pequeno reservatório. Argumentou-se que o projeto desestimularia o uso do carvão mineral, fonte prioritária de energia da região. Assim, colaborava-se na sustentabilidade ambiental da região, inegavelmente, mediante incentivo para o abandono do uso do carvão mineral, em favor da utilização de energia proveniente da usina termoeleétrica, que se mostra como mecanismo limpo.

Lê-se também que a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, organismo ligado à Organização das Nações Unidas, homologou créditos em favor da empresa interessada na consulta. Ao todo, segundo relatado, seriam 133.992 (cento e trinta e três mil novecentos e noventa e duas) créditos, disponibilizados à empresa consulente.

De posse do documento emitido pelo órgão da ONU a empresa vendeu os créditos a uma empresa japonesa, pela impressionante soma de dois milhões duzentos e setenta e sete mil oitocentos e sessenta e quatro euros. Restava, então, fixar-se a fórmula de tributação que incidiria sobre a expressiva transação.

Quanto às incidências de PIS/PASEP/COFINS socorria o interessado a imunidade prevista no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição Federal, na redação da emenda constitucional nº 33, de 2001, que dispõe que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidem sobre as receitas decorrentes de exportação.

Além do que, também em favor do interessado, o disposto na Medida Provisória nº 2.158, de 24 de agosto de 2001, que fixava que em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 haveria isenção da COFINS em relação a receitas dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento representasse algum ingresso de divisas, bem como, no mesmo contexto, haveria isenção para a contribuição do PIS/PASEP.

A entrada de mais de dois milhões de euros no Brasil, como decorrência da venda de créditos de carbono, substancializava captação de receitas do exterior, justificando-se a imunidade prevista no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição, por se tratar de exportação ou, no limite, de isenção prevista no art. 14 da Medida Provisória nº 2.158, de 2001, que tratava -- genericamente -- de receita oriunda do exterior.

No entanto, problemas poderia haver no que se refere à exata subsunção da operação de venda de créditos de carbono nas regras do IRPJ. Deve-se, em primeiro lugar, qualificar-se, exatamente, a natureza jurídica dos créditos de carbono vendidos pela empresa interessada na consulta da Receita Federal.

Duas opções imediatamente se apresentam. Considerando-se a venda do crédito de carbono como comercialização de energia, atividade principal da empresa, está-se em face de receita operacional. Por isso, seguindo-se esse raciocínio, que é a lógica e o argumento encampados pela empresa, deve-se utilizar percentual de presunção na quadra de 8% (oito por cento), nos termos do *caput* do art. 518 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Por outro lado, admitida a hipótese de que se tem cessão de direitos (lógica defendida pela autoridade fazendária) o percentual de presunção subiria para 32 % (trinta e dois por cento) por força do disposto no inciso III do § 1º

do art. 519 do mesmo RIR/99. Fixa-se, assim, o percentual de 32 % (trinta e dois por cento) no caso de atividade de administração, locação ou cessão de bens, imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza.

É inegável que o gerador do crédito cedeu direito e, com mais razão, disponibilizou-se direito de *qualquer natureza*, dada a inexatidão conceitual do negócio, o que revela -- inclusive -- o ineditismo da transação. Na sistemática do Código Civil tem-se a cessão de direitos creditórios, possessórios e hereditários, como fórmulas mais comuns. Na cessão de direitos o que se verifica, concretamente, é mecanismo de *transferência*, isto é, no caso, muito mais do que eventual tautologia, constata-se transferência de direito abstrato de poluir, num contexto que se denomina de *sequestro de carbono*.

A autoridade fazendária adequadamente enquadrou o problema no conteúdo do art. 12 do Protocolo de Quioto, devidamente internalizado pelo direito brasileiro, e que definiu conceito de *mecanismo de desenvolvimento limpo*. Tal mecanismo teria por objetivo o alcance de fórmulas de desenvolvimento sustentável, especialmente no que se refere ao cumprimento de compromissos quantificados de limitação e reduções de emissões, na linguagem do protocolo assinado.

O Protocolo adianta modelos para benefício de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões. O referido mecanismo de desenvolvimento limpo se sujeita à autoridade e orientação de conselho executivo. Quanto à certificação, o protocolo dispõe, como segue:

5. As reduções de emissões resultantes de cada atividade de projeto devem ser certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes neste Protocolo, com base em:

- (a) Participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida;
- (b) Benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima; e
- (c) Reduções de emissões que sejam adicionais as que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.

6. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve prestar assistência quanto à obtenção de fundos para atividades certificadas de projetos quando necessário.

(...)

9. A participação no mecanismo de desenvolvimento limpo, inclusive nas atividades mencionadas no parágrafo 3(a) acima e na aquisição de reduções certificadas de emissão, pode envolver entidades privadas e/ou públicas e deve sujeitar-se a qualquer orientação que possa ser dada pelo conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.

10. Reduções certificadas de emissões obtidas durante o período do ano 2000 até o início do primeiro período de compromisso podem

ser utilizadas para auxiliar no cumprimento das responsabilidades relativas ao primeiro período de compromisso.

Evidenciou-se a participação voluntária do interessado, bem como, principalmente, a existência de benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima, a par de avaliação positiva de redução de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada.

A pretensão da interessada, no sentido de invocar que teria havido venda de energia (o que deslocaria a incidência para receita operacional, com queda para presunção de 8% na base de cálculo) não prospera, na medida em que, realisticamente, o que se tem é cessão de direitos.

De fato, fala-se em cessão de créditos de carbono ou, alternativamente, na venda de créditos de carbono. Objetivamente, não há venda de energia.

Assim, manifestando entendimento de que as operações de venda de créditos de carbono são isentas de PIS/PASEP/COFINS e alcançadas por presunção de 32 % (trinta e dois por cento) na base de cálculo, relativas ao IRPJ, a autoridade fazendária fixou a fórmula brasileira de tributação relativa a venda de créditos de carbono.

No sentido contrário, e em favor de hermenêutica que contemplasse carga tributária menor, considerando, por exemplo, a venda de créditos de carbono como venda de energia atenderia, em princípio, disposição do protocolo (art. 2, item V). É que o texto pactuado pelo Brasil tende a garantir a *redução gradual ou eliminação de imperfeições de mercado, de incentivos fiscais, de isenções tributárias e tarifárias e de subsídios para todos os sectores emissores de gases de efeito estufa que sejam contrários ao objetivo da Convenção e aplicação de instrumentos de mercado.*

Registro, no entanto, que o referido comando hermenêutico é de utilização obrigatória por parte dos países que compõem o Anexo I do rol de países envolvidos na proposta. Entre eles, países-membros da OCDE, bem como alguns países do bloco soviético, isto é, que transitavam da economia comunista para a economia de mercado. Não seria o nosso caso.

Porém, o conjunto de princípios que orienta a compreensão de problemas ambientais no Brasil, e que matiza o Estado como promotor da proteção ambiental¹, recomendaria que se atentasse para a referida regra de interpretação. É o que a literatura especializada nominaria de *tax shifting*², em sentido amplo, que transcenderia à fórmula tributária utilizada, e não os níveis de incidência fiscal.

Do ponto de vista efetivamente jurídico, a fixação da venda de créditos de carbono como cessão de direitos parece ser medida acertada que contempla

¹ Cf. Domingues, José Marcos, **Direito Tributário e Meio Ambiente**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 15 e ss.

² Cf., por todos, Brown, Lester R., **Eco-Economy- Building an Economy for the Earth**, New York: Norton & Company, 2001, pp. 234 e ss.

a realidade dos fatos. Eventual atendimento a recomendação hermenêutica do protocolo de Quioto exigiria concepção e aprovação de lei que isentasse ou que tratasse de modo mais brando a incidência de IRPJ sobre receitas decorrentes da venda de créditos de carbono.

REFERÊNCIAS

Brown, Lester R. **Eco-Economy- Building an Economy for the Earth**. New York: Norton & Company, 2001.

Domingues, José Marcos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Soares, Claudia Alexandra Dias. **O Imposto Ecológico- contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.



TUTELA JURÍDICA DAS “CIDADES DIGITAIS” NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO CULTURAL, SOCIAL, ECONÔMICA E AMBIENTAL, EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo**
*Luiz Oosterbeek***

* Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação (Mestrado) e do Curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Primeiro Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil (pela PUC/SP). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar – PORTUGAL (Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural em face do Direito da Sociedade da Informação). Pesquisador e Professor convidado visitante da Facoltà Di Giurisprudenza da Universidade de Nápoles (ITÁLIA). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam/STJ, bem como Professor convidado dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Membro Titular da Cadeira n. 43 da Academia Paulista de Direito. Elaborador, Coordenador e Professor do I e II Curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Elaborador, Coordenador Acadêmico e professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental do Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (ISMP). Professor da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3ª Região — São Paulo/Mato Grosso do Sul), da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (ISMP — Rio de Janeiro), da Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina, da Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul e do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Assessor Científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e parecerista *ad hoc* do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal-STJ. Integrante do Comitato Científico do periódico *Materiali e studi di diritto pubblico* da Seconda Università Degli Studi Di Napoli bem como integrante do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris (*Institut International d'Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*) e Roma (Istituto internazionale di ricerca sui beni comuni). Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

** Licenciado em História e Doutor em Arqueologia (1994). Professor Coordenador do Instituto Politécnico de Tomar (IPT) e Professor convidado de diversas universidades da Europa e do Brasil. Pró-Presidente para as Relações Internacionais e cooperação do IPT, onde também coordena o curso de Mestrado em Arqueologia Pré-Histórica e Arte Rupestre (Master Erasmus

Resumo

Partindo de uma reflexão sobre a mudança de natureza da cidade, desde a cidade pré-clássica à cidade globalizada, os autores sublinham o desacerto entre as dimensões globalizadas (economia, finanças, ambiente) e não globalizadas (sociedade, culturas) no mundo atual. Neste quadro, afirmam a necessidade de compreender dinâmicas que não se limitam à dicotomia público/privado e afirmam a importância de enquadrar a tutela jurídica das redes digitais no meio ambiente digital, destacando que esse caminho se revelará útil na progressiva afirmação das realidades econômicas, sociais e institucionais globais, que tendem a dominar o comportamento humano.

Palavras-chave

Cidade. Território. Economia. Tutela Jurídica. Direitos e deveres difusos

Abstract

Starting from a reflection on the city's change of nature, from classic pre-globalized city to the globalized one, the authors stress the mismatch between the globalized dimensions (economic, finances, environment) and non-globalized (society, cultures) in the world today. In this framework, they argue the need to understand the dynamics that are not limited to the dichotomy public/private and affirm the importance of framing the legal protection of digital networks in the digital environment, highlighting that this path will prove useful in the progressive affirmation of economic, social and global institutional realities, which tend to dominate human behavior.

Keywords

City. Territory. Economics. Legal protection. Diffuse rights and duties

1. CONCEITO DE CIDADE

Conforme informado pelo Jornal "O Estado de São Paulo" (matéria de Marli Ribeiro, em 30 de janeiro de 2011) "a rede mundial de agências de propaganda McCann Worldgroup lançou uma pergunta aos seus colaboradores e clientes globais para levantar o mapa das cidades que vão fazer diferença na vida das pessoas no futuro próximo.

Colheram 900 citações de cidades dos quatro cantos do mundo. Após cruzar os dados, elegeram 40 cidades que resultaram em três listas das mais citadas. **A surpresa ficou por conta da inusitada classificação da rede social Facebook como uma cidade. É apontada como "a cidade digital capaz de conectar 500 milhões de habitantes".**

Mundus em Quaternário e Pré-História da União Européia). Professor convidado da UTAD, onde coordena o curso de Doutoramento em Quaternário, materiais e culturas. Secretário Geral da União Internacional das Ciências Pré-Históricas e Proto-Históricas. Vice-Presidente de HERITY International. Ex-vogal e vice-gestor da área de Ciência e Sociedade do programa iberoamericano CYTED. Membro do Conselho Internacional de Filosofia e Ciências Humanas (associado da UNESCO). Diretor de projetos de arqueologia, gestão do património e gestão integrada do território em Portugal, Brasil e Angola. Membro do Conselho Científico do Centro Universitario Europeo per i Beni Culturali (Ravello, Itália). Diretor do Museu de Arte Pré-Histórica de Mação. Responsável do Grupo de Quaternário e Pré-História do Centro de Geociências (FCT). Autor de cerca de 30 livros e 190 artigos. Editor da série monográfica ARKEOS-PERSPECTIVAS EM DIÁLOGO e da revista AREA DOMENIU, publicadas pelo Centro Europeu de Investigação da Pré-História do Alto Ribatejo. Editor da série "Union Internationale des Sciences Préhistoriques et Protohistoriques - Proceedings of The XV World Congress / Actes Du XV Congrès Mondial" (BAR International Series, Oxford, Archaeopress), de que se publicaram 36 volumes (BAR IS, 2007-2009). Membro dos conselhos de redação e científicos de diversas revistas científicas.

Destarte observamos que na atual sociedade da informação¹ as redes sociais podem ser consideradas “verdadeiras cidades” merecendo tutela jurídica adaptada indiscutivelmente à vida contemporânea de brasileiros e estrangeiros residentes no País dentro dos parâmetros normativos estabelecidos por nosso direito constitucional.

Já tivemos oportunidade de demonstrar² que a origem das cidades,³ como ensina de forma magnífica Leonardo Benevolo, está fundida com o nascimento bem como com as transformações do ambiente urbano⁴ na Europa e no Oriente Próximo, e leva em conta, como explica o autor, “os acontecimentos nas outras áreas – no Extremo Oriente, na África, nas Américas – somente com relação ao acontecimento europeu: descreve as cidades nativas encontradas pelos europeus e as construídas em consequência da colonização e da hegemonia mundial européia. Embora tenha sido precisamente na área euroasiática que teria ocorrido a idéia da cidade⁵ como estabelecimento mais completo e integrado,⁶ que contém

¹ Conforme ensinam Asa Briggs e Peter Burke uma das pessoas mais articuladas a tratar a denominada “sociedade da informação” teria sido um jovem norte-americano, Marc Porat que publicou um artigo em 1977 denominado, em sua primeira forma, “Implicações globais na sociedade da informação”. O texto, explicam, “havia sido encomendado pela Agência de Informação dos Estados Unidos” sendo certo que a expressão já havia passado para a linguagem usual durante a década de 1960; “na época, também a palavra “informação” já havia sido incorporada à expressão “tecnologia da informação” (TI), primeiramente usada nos círculos administrativos e na “teoria da informação” da matemática. “O verbo medieval “enforme, informe”, emprestado do francês (conforme explicam Briggs e Burke), significava dar forma ou modelar”. Vd. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco in “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, 12ª edição, 2011, Editora Saraiva.

² “Estatuto da Cidade Comentado lei 10.257/2001 Lei do Meio Ambiente Artificial”, 4ª edição, 2010, Editora Revista dos Tribunais.

³ Na pré-história encontraremos, conforme lição de Leonardo Benevolo (*História da Cidade*), a origem da cidade. O ambiente construído (o pré-histórico meio ambiente artificial) estava circunscrito a pequenas modificações do meio ambiente natural no qual a pessoa humana necessitava mover-se. O que documenta os estabelecimentos mais antigos são, principalmente, nas palavras de referido autor, “os resíduos da atividade humana”, a saber, sobras de alimento, fragmentos provenientes do trabalho das pedras e da madeira, além de produtos acabados, usados e depois abandonados ou enterrados, sendo certo que a distribuição de referidos objetos em torno do núcleo da fogueira – sinal específico da presença do homem que aprendera a usar o fogo – indica um conjunto unitário que passou a ser chamado habitação primitiva.

⁴ A idéia de ambiente urbano está vinculada, conforme lição de Benevolo, ao “ambiente originário no qual nasce o poderio romano”, a saber, a civilização etrusca que entre os séculos VII e VI a.C. se estende, na Itália, desde a planície do Pó até a Campânia. Afirma o autor que devemos distinguir “a excepcional sorte de Roma, que começa como uma pequena cidade sem importância, na fronteira entre o território etrusco e o colonizado pelos gregos; desenvolve-se depois até se transformar na *urbe*, a cidade por excelência, capital do império”.

⁵ As primeiras aldeias proto-urbanas datam de há mais de 9.000 anos no território que se situa entre Israel e a Turquia e o Iraque: *Tell Abu-Hureyra*, *Tell Mureybet* ou *Jericó*, e um pouco mais tarde o muito importante sítio de *Çatal-Huyuk* na Turquia, figuram entre as mais antigas construções com arruamentos do mundo. Mas foram os sumérios que inventaram, entre 4000 a.C. e 1600 a.C., o modelo de cidades em um território que começava próximo ao centro do atual Iraque, onde hoje é Bagdá, e seguia em direção ao sul até o mar.

⁶ Berço da civilização com mais de 8 mil anos, o Iraque tem em seu território (435 mil quilômetros quadrados) cidades consideradas as mais antigas do mundo. Além da Babilônia (capital do

e justifica todos os estabelecimentos menores⁷ – bairros,⁸⁻⁹ edifícios etc. –, a cidade permanece, na visão do autor, “uma criação histórica particular: ela não existiu sempre, mas teve início num dado momento da evolução social, e pode acabar, ou ser radicalmente transformada, num outro momento”.

Neste processo, é essencial compreender a importância da tecnologia logística para a legitimação do pólo urbano. As primeiras cidades afirmam-se em torno à organização de grandes obras hidráulicas capazes de suportar a opção agrícola da economia em territórios como a planície aluvial do Egito, a depressão inundada da Mesopotâmia ou o quase deserto cársico do Yucatán. Mais tarde, a cidade afirma-se pela competência em gerir complexas redes viárias (Romanos, Incas,...), em associação com complexos sistemas de defesa territorial (China).¹⁰

reinado de Hamurabi e centro cultural por mais de 2 mil anos, considerada uma das primeiras supercidades de dimensões comparáveis às supercidades modernas) e Nínive (cidade bíblica que foi sede administrativa e religiosa dos assírios no século VII a.C., também observada como uma metrópole de dimensões comparáveis às modernas), Hatra, Assur, Nimrud, Nippur, Ur (que media cerca de 100 hectares, abrigando várias dezenas de milhares de habitantes) e Basra reúnem parte de um fantástico complexo arqueológico (existem mais de 25 mil no Iraque), lamentavelmente afetado pela recente invasão militar dos Estados Unidos em 2003. As cidades sumerianas eram circundadas por um muro e um fosso que as defendiam e que pela primeira vez em grande escala excluía o ambiente aberto natural do ambiente fechado da cidade, sendo certo que, segundo afirma Benevolo, o terreno da cidade já era dividido em propriedades individuais entre os cidadãos, ao passo que o campo era administrado em comum por conta das divindades. Vd. também *Breve História do Urbanismo* de Fernando Chueca Goitia (Lisboa, Ed. Presença, 1982).

⁷ A referência à *casa* pode ser encontrada em várias oportunidades no Código de Hamurabi. Monumento jurídico mais importante da Antiguidade antes de Roma, conforme salienta John Gilissen, o texto provavelmente redigido por volta de 1694 a.C. compreende 282 artigos, sendo certo que 50 artigos se reportam à casa. O Código, em seu prólogo, indica a existência de duas cidades (Uruk e Borsippa), menciona o termo em seu art. 15 (“Se alguém furta pela porta da cidade um escravo ou uma escrava da Corte ou um escravo ou escrava de um liberto, deverá ser morto”) e disciplina vários aspectos jurídicos vinculados à edificação propriamente dita das casas. Vide *As mais antigas normas de direito*, de João Batista de Souza Lima; e *Introdução histórica ao direito*, de John Gilissen.

⁸ Os *bairros*, nos dias de hoje, são porções do território de uma cidade ocupadas por pessoas majoritariamente integrantes de uma mesma classe social/econômica.

⁹ Alguns bairros ficaram famosos vinculados a músicas e a músicos famosos: é o caso de Penny Lane, em Londres, bairro (*district*) onde morou John Lennon dos Beatles, bem como Ipanema, no Rio de Janeiro, bairro de 110 anos (no século XVII era um engenho de cana que em 1878 passou às mãos de José Antonio Moreira Filho, o barão de Ipanema), freqüentado na década de 60 por Vinícius de Moraes e por Tom Jobim, compositores da famosa música *Garota de Ipanema*.

¹⁰ As primeiras populações estabelecidas na planície da Mesopotâmia eram nômades ou seminômades, sendo certo que a passagem para a agricultura foi o passo fundamental para a sedentarização, surgindo as cidades como aglomerados de comunidades agrícolas. A civilização urbana suméria apareceu deste povo originariamente agrícola, que precisou lutar contra as intempéries e dificuldades as mais variadas, desenvolvendo de forma marcante atividades comerciais e possuindo uma estrutura social que primava pelos registros escritos (a maneira de escrever dos sumérios – escrita cuneiforme, nome que vem de “cunha”, o instrumento de bambu com que se gravavam os sinais na argila ainda mole – tinha como prioridade não só os registros comerciais como a administração das cidades), assim como o varejo, que gerou uma importante classe de prestadores de serviço. Destarte, resta bem evidenciado que as “relações de consumo/mercantis” bem como a exploração de mão-de-obra em um determinado território

A cidade é na sua origem um núcleo organizador da economia, que regula os processos de produção (essencialmente agrícola) e de distribuição, e que para esse efeito se estrutura com base numa burocracia administrativa, consolidada por mecanismos de controle ideológico e militar. Esta cidade de base rural (territorial fixa) incorporará, muito mais tarde, uma componente industrial (deslocalizável) e, ainda mais recentemente, uma crescente componente virtual (deslocalizável e sem vinculação territorial)¹¹. A cidade, porém, é não apenas um fenômeno recente na história da Humanidade (menos de 10.000 anos), mas é também um fenômeno relativamente frágil: ela depende em grande medida não apenas da eficiência dos mecanismos de controle referidos, mas sobretudo da estabilidade e segurança das vias de comunicação e transporte que a alimentam. Todas as culturas e civilizações urbanas começaram a colapsar com a falha destes sistemas, pela sua ineficiência a prazo (ao não se reforçarem o suficiente para atender às necessidades sempre crescentes da cidade), pelo seu custo inoportável (também sempre crescente, pela necessidade de manutenção e vigilância de vias e meios de transporte) ou pela insegurança (devida à crescente dificuldade de vigiar vias sempre mais longas e complexas).

Dá ser importante, particularmente para os profissionais do direito, situar a origem da cidade desde seu início, ou seja, associar a origem das cidades em decorrência das grandes mudanças da organização produtiva na medida em que referida organização transformou, ao longo da história, a vida cotidiana da pessoa humana, provocando, de maneira crescente, um grande salto no desenvolvimento demográfico.

2. CIDADES: DAS ORIGENS ÀS MEGALÓPOLES

A sub-tribo dos homínios, conforme já tivemos oportunidade de salientar em nossa obra *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*,¹² apareceu na face da Terra há aproximadamente 7 milhões de anos¹³, e durante quase toda a sua existência, até há 10.000 anos, viveu coletando seu alimento e procurando um abrigo

estão na gênese das cidades. Os sumérios já sabiam controlar as águas dos rios Tigre e Eufrates, visando o abastecimento de suas cidades, bem como já adotavam o costume de erguer grandes muralhas de barro para proteger o núcleo urbano de invasores. Além disso, as cidades sumérias já conheciam *núcleos de pobreza*, sendo certo que a pressão econômica que ocorria contra os agricultores (os agricultores viviam em local afastado do núcleo urbano, fora das muralhas) gerou grande descontentamento, ocasionando mais tarde a queda da maior parte do império sumério. Para um estudo mais aprofundado vide *Mesopotâmia: história, política, economia y cultura*, de Georges Roux; e *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia*, de Josef Klima.

¹¹ Ver o artigo de L. Oosterbeek, I. Scheunemann e tal. *Gestão Integrada de Grandes Espaços Urbanos – uma reflexão transatlântica* (Lisboa, Revista Internacional em Língua Portuguesa, nº 1 “Cidades e Metrópoles”, 2011, pp. 163-176).

¹² Ver p. 7. A palavra “humano” (do latim *humanu*), conforme consignam os dicionários, é entendida como “pertencente ou relativo ao homem: *natureza humana; gênero humano*”. Por sua vez, o termo “pessoa” (do latim *persona*) é compreendido como “homem ou mulher”.

¹³ Ver Chris Scarre, ed. lit., *The human past : World Prehistory and the Development of Human Societies*, Londres, ed. Thames and Hudson, 2005

no meio ambiente natural, sem modificá-lo de forma permanente. Esta época, ensina Benevolo, “compreende mais de 95% da aventura total do homem; nela ainda hoje vivem algumas sociedades isoladas nas selvas e nos desertos”. Nesse longo período, designado por Paleolítico, ocorreram muitas alterações biológicas, tecnológicas e sociais, que não estão estritamente articuladas. No plano da evolução paleoantropológica a mais importante modificação é o crescimento e complexificação do cérebro (possibilitado pela postura erecta que foi acompanhada pela deslocação do buraco do occipital, em que encaixa a coluna vertebral, da parte de trás para a base do crânio), que nos últimos 200.000 anos ultrapassa os 1500 centímetros cúbicos e expande o lobo frontal onde se processa o pensamento associativo¹⁴. No plano tecnológico, a capacidade de dominar o espaço e caçar à distância tem pelo menos 2 milhões de anos¹⁵, os primeiros objectos manufacturados com noção de portabilidade e simetria têm pouco menos que essa antiguidade¹⁶, a domesticação do fogo tem mais de 500.000 anos¹⁷, a capacidade de produzir muito pequenos utensílios aproveitando melhor as matérias primas generalizou-se nos últimos 400.000 anos¹⁸, a arte tem menos de 100.000 anos¹⁹ e a construção de utensílios compósitos (arco e flecha, por exemplo) tem menos de 50.000 anos²⁰. No plano social, pequenos grupos originalmente constituídos por escassos indivíduos, por vezes algumas dezenas, atingem as centenas apenas nos últimos 10.000 anos.

Há aproximadamente 10 mil anos, no Neolítico, os habitantes da faixa temperada aprenderam a produzir seu alimento, cultivando plantas e criando animais, e organizaram as *primeiras aldeias*²¹ como estabelecimentos estáveis nas

¹⁴ Ver: Edgar Morin, *O paradigma perdido: a natureza humana*. Mem Martins, ed. Europa-América, 1975

¹⁵ Ver: Carlo Peretto, Marta Arzarello e tal., Middle Pleistocene behaviour strategies : the contribution of Isernia La Pineta site (Molise, Italy). In: *Zona arqueológica*. Alcalá de Henares (Madrid) : Museo Arqueológico Regional. Nr. 4, 4 (2004)

¹⁶ Os bifaces surgem em África há pelo menos 1.700.000 anos, e na Europa há pelo menos 600.000 anos.

¹⁷ As mais antigas fogueiras estavam datadas de cerca de 500.000 anos, na China e no Sul de França, mas descobertas mais recentes em Espanha fazem recuar mais ainda esta origem.

¹⁸ As tecnologias de transição no Pleistocénico médio são marcadas por um lado pela emergência de processos de exploração das matérias-primas até à exaustão e, por outro, pela continuidade, e mesmo reforço estratégico, da exploração oportunista de matérias-primas abundantes. Ver: Wil Roebroeks & Clive Gamble, ed. Lit, *The Middle Palaeolithic occupation of Europe*, Leiden: University of Leiden, 1999. Ver também: Rosina, P., Cura, S., Oosterbeek, L., Grimaldi, S., Cruz, A., Gomes, J. (2010), Crono-estratigrafia das ocupações humanas quaternárias do Alto Ribatejo e a problemática dos complexos macrolíticos. IN: *Materiaes para o estudo das antiguidades portuguesas – número especial*, Castelo Branco, pp. 107-148

¹⁹ Ver: Robert G. Bednarik, The evidence of palaeoart. In: *Rock Art Research*, Melbourne: Archaeological Publications. Vol. 20, nr. 2 (Nov. 2003), p. 89-135

²⁰ Ver: Francesco d’Errico, Michèle Julien et al. Many awls in our argument : bone tool manufacture and use in the Châtelperronian and Aurignacian levels of the Grotte du Renne at Arcy-sur-Cure. In: *The Chronology of the Aurignacian and of the Transitional Technocomplexes: Dating, Stratigraphies, Cultural Implications*, Lisboa: Ministério da Cultura. Instituto Português de Arqueologia, 2003

²¹ *A cidade nasce da aldeia*. No ambiente das sociedades neolíticas já se verificavam os terrenos cultivados para produzir e não tão-somente para a apropriação do alimento, assim como locais destinados ao abrigo dos homens e animais domésticos, depósitos de alimentos produzidos para uma estação inteira ou para um período mais longo, utensílios para o cultivo, a criação, a defesa e o culto. Sociedades que vivem ainda hoje com uma economia e um instrumental neolítico têm

proximidades dos locais de trabalho.²² Desde há cerca de 9 mil anos no Oriente Próximo (nas atuais Israel, Turquia e Iraque), começam a surgir as primeiras cidades, ou seja, aldeias em que a função administrativa e de controlo territorial dos campos se torna determinante. Estas cidades são povoadas não apenas por burocratas mas também por artesãos, guerreiros, sacerdotes e transportadores de produtos (os primeiros comerciantes). A cidade acumula riqueza (excedentes) o que permite maior especialização de tarefas e impõe a necessidade de registar fluxos de mobilidade de produtos e sua distribuição: assim nascem sistemas mais complexos de contabilidade e, também, a escrita. Processos muito similares ocorrem quase ao mesmo tempo no Extremo Oriente (China), um pouco mais tarde na América Latina (Caral, no Peru, mais tarde ainda na Mesoamérica e na Amazônia), mas apenas nos últimos séculos em grande parte do planeta. A partir desse momento, a história da civilização dependerá da quantidade e da distribuição de referido excedente.

Há cerca de 4.000 anos a Idade do Bronze Europeia merece ainda referência especial, época “na qual os metais usados para os instrumentos e as armas são raros e dispendiosos, sendo reservados”, como reitera Benevolo, “a uma classe dirigente restrita que absorve todo o excedente disponível, mas que, com seu consumo limitado, também limita o crescimento dos habitantes e da produção”. Na verdade, esta Idade do Bronze acompanha um processo de complexificação social que se observa em duas fases: a emergência de sociedades guerreiras com ou sem metal²³ (Idade do Bronze Européia, os Guaranis no Brasil, os Zulus em África...) e a posterior organização de macro-sistemas urbanos ligados a grandes obras hidráulicas, essenciais para a irrigação em grande escala²⁴ (civilizações da Mesopotâmia e do Egípto, Maias, Aztecas, Incas).

possibilidade de confrontar suas aldeias com aldeias do passado, como Aichbuhlim Federseemor (cerca de 2000 a.C.) e Hallstatt, na atual Alemanha, bem como San Giovenale, nas proximidades de Roma. A cidade se forma, na lição de Benevolo, quando as indústrias e os serviços já não são executados pelas pessoas que cultivam a terra, mas por outras que não têm esta obrigação, e que são mantidas pelas primeiras com o excedente do produto total. Destarte, importa observar que, desde a pré-história, a cidade é formada fundamentalmente pelos produtos e serviços que são oferecidos em determinado território através do trabalho de pessoas mantidas por outras. Ainda que o conceito de “pessoa humana” seja alheio a essas sociedades, é nelas que radica a origem da futura conceituação. Até à Idade do Bronze, ou melhor, às sociedades guerreiras complexas (Idade do Bronze Européia e Extremo Oriental, sociedades complexas meso e sul-americanas e africanas), são raras as sugestões de *status* individual. A identidade coletiva sobrepõe-se ao indivíduo. Porém, a partir dessa altura são diversas as indicações de que a diferenciação social se faz acompanhar pela individualização das pessoas (inicialmente apenas algumas). Ver a este respeito: Humberto N. Oliveira, L. Oosterbeek e M. Martins (2001), *Status no registo arqueológico*, IN: *Revista Lusitana de Arqueologia, História da arte e Património*, nº1, pp. 59-68.

²² A aldeia neolítica de Hacilar, na Turquia, já apontava a existência de casas, cerca de 5000 a.C., que compreendiam um amplo vão sustentado por colunas de madeira e dividido por tabiques leves. Ainda mais antiga é a já citada cidade de Çatal Huyuk.

²³ Ver: Jacques Briard, *L'Âge du Bronze*. Paris: Presses Universitaires de France, 1959. Ver ainda : Maria Cristina M. Scatamacchia, L. Oosterbeek (2000), *Entre o Espanto e o Esquecimento - Arqueologia das sociedades brasileiras antes do contacto*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian

²⁴ A importância manifesta destas mega-obras públicas levou mesmo à teorização por K. Marx de um “Modo de Produção Asiático” (ver: K. Marx, *Grundrisse*, London, Penguin Books).

Neste processo, a descoberta da metalurgia do ferro, iniciada aproximadamente por volta de 1200 a.C. no Mediterrâneo Oriental, permitiu a difusão de um instrumental metálico mais econômico e resistente, que conferiu uma enorme vantagem competitiva aos seus detentores, fosse ou não acompanhado de outros instrumentos de globalização como a escrita alfabética ou a moeda cunhada, “ampliando assim a classe dirigente e permitindo um novo aumento da população. A civilização greco-romana desenvolve esta organização numa grande área econômico-unitária – a Bacia Mediterrânica –, mas escraviza e empobrece os produtores diretos e caminha para o colapso econômico, de século IV d.C. em diante”.

Os períodos de concentração urbana são sucedidos, devido aos processos antes mencionados de crise dos sistemas de comunicação e transportes, por períodos de dispersão do povoamento. A chamada *civilização feudal européia*²⁵ corresponde a um desses períodos, com a acomodação das estruturas urbanas a uma economia mais fragmentada. Processos similares ocorreram no Japão dos *samurai*, ou na Meso-américa após o ocaso Tolteca²⁶. O crescimento progressivo da economia de base autárquica gera, depois, novos excedentes para troca à distância, fazendo renascer o comércio e tendendo a transformar alguns dos núcleos urbanos dispersos em novas cidades: os burgos medievais europeus nascem assim, e se reforçam a partir do ano mil. Na Europa, este processo foi acompanhado pela criação de uma forma inovadora de organizar a memória do conhecimento e a inovação: a universidade. A Universidade é um produto tipicamente urbano (ela nasce graças aos excedentes e na lógica de separação entre trabalho manual e intelectual) que retoma uma tradição clássica (o *Liceu* de Aristóteles), e potencia a afirmação do pensamento racional. É a combinação dos processos econômico (desenvolvimento dos burgos) e cultural (desenvolvimento da universidade como pólo de pesquisa) que permitirá as inovações que conduzirão a revolução

²⁵ Na *Idade Média*, com a lenta queda do Império Romano, as antigas *civitas* romanas decresceram (muitas desapareceram por completo), sendo certo que a população deixou de estar agrupada em grandes concentrações, passando a viver na área rural: tem início o desenvolvimento na Europa de uma sociedade agrária rudimentar, que será a base de sua economia e, evidentemente, de seu desenvolvimento posterior. De meados do século XII a cerca de 1340 (século XIV), o desenvolvimento da cristandade latina atingiu seu apogeu. “Nesse apogeu” – argumenta Jacques Le Goff – “a França ocupa o primeiro lugar e o grande movimento de urbanização está no auge. As cidades são uma das principais manifestações e um dos motores essenciais dessa culminação medieval. A atividade econômica, cujo centro são as cidades, chega ao seu mais alto nível”. É no período medieval que serão desenvolvidas estruturas construídas com grande destaque e vinculadas sempre às necessidades econômicas, tais como as muralhas das cidades, as pontes, as igrejas e as praças. É também no mundo dos séculos XII e XIII que a cidade medieval passará a ter uma lógica econômica fundada mais no dinheiro que na terra, a saber, e nas palavras de Le Goff, “os cidadãos, por sua vez, ou antes, a camada superior que assume, ao lado do senhor ou dos senhores, um lugar dominante na cidade, os *burgueses* (grifo nosso). Têm três preocupações essenciais: o direito de enriquecer, o direito de administrar e a possibilidade de dispor facilmente de mão-de-obra”, ou seja, os *burgueses* deveriam ser livres, podendo dedicar-se a seus negócios, e ter o direito de se reunir livremente assim como a possibilidade de controlar a vida econômica e administrativa da cidade.

²⁶ Ver: Nicholas J. Saunders, *Ancient Americas: Maya, Aztec, Inka & Beyond*. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2004

industrial e às cidades de base industrial e já não essencialmente mercantil.

Na *civilização industrial* ocorrerá a partir da segunda metade do século XIX (em decorrência de grandes conflitos sociais e de elaborações teórico-filosóficas, como o marxismo ou a doutrina social da Igreja) importante fenômeno, a saber, o excedente produzido (através de métodos tecnológicos em massa e de massa) não será reservado necessariamente a uma minoria dirigente, “mas é distribuído” – reafirma Benévolo – “para a maioria e teoricamente para toda a população, que pode crescer sem obstáculos econômicos, até atingir ou ultrapassar os limites do equilíbrio do ambiente natural”. O século passado viveu uma bipolaridade entre ciclos de grande opressão e guerra e ciclos de crescente bem estar social e maior distribuição.

Nesta situação nova, como iremos ver, a cidade (sede das classes dominantes) ainda se contrapõe ao campo (sede das classes subalternas), mas este dualismo não é mais inevitável e pode ser superado. Desta possibilidade nasce a idéia de um novo estabelecimento, completo em si mesmo, como a cidade antiga (chamado, portanto, com o mesmo nome), mas estendido a todo o território habitado: a cidade moderna²⁷, que não raro ultrapassa hoje o milhão de habitantes e se converteu não apenas no centro organizador da distribuição de excedentes mas, também, no principal centro produtor.

A tutela jurídica das cidades pré-modernas, no que tange as dimensões do direito ao conhecimento e dos demais direitos sociais, era regulável em termos normativos de forma relativamente estável: o número de cidadãos implicados era diminuto; o seu grau de coesão econômico-social era grande; os recortes dos grupos sociais eram claros; a prevalência de normas comportamentais não escritas (*agrapha nomoi*, grifo nosso) era fundamental. Tudo isto mudou com a cidade moderna.

a) A cidade moderna

É exatamente em decorrência da questão do território que necessitamos enfrentar, nos dias de hoje, o conceito de cidade. Nos chamados países desenvolvidos – Estados Unidos e alguns países da Europa –, como afirmado por Benevolo, “o equilíbrio do território é salvaguardado pelos planos da autoridade pública, o desenvolvimento das cidades é controlado de maneira razoável e algumas exigências estabelecidas pela pesquisa teórica – uma casa por preço razoável, uma circulação de pedestres protegida do tráfego motorizado, um conjunto de serviços facilmente acessíveis – são garantidas praticamente à maioria dos cidadãos”.

Nos outros países do mundo,²⁸ as cidades se desenvolvem com a mesma

²⁷ Le Corbusier seria o principal teórico das normas de organização socialmente inclusiva desta nova dimensão de cidade, que encontrou em Oscar Niemeyer ou J. Lerner a sua tradução brasileira. As noções de planejamento e previsibilidade do comportamento adaptativo humano eram centrais nesta visão, generosa embora utópica.

²⁸ É importante destacar que os comentários de Leonardo Benevolo, neste tópico, estão situados

velocidade e mesmo mais depressa, sendo certo que este desenvolvimento “leva em quase toda parte a resultados muito diferentes: os edifícios projetados pelos arquitetos e em conformidade com os regulamentos, as cidades disciplinadas pelos planos urbanísticos e providas com os serviços públicos, as ruas, os parques etc. dizem respeito somente a uma parte da população; outra parte não está em condições de se servir deles, e se organiza por sua própria conta em outros *estabelecimentos irregulares* (grifo nosso), muitas vezes em contato direto com os regulares mas nitidamente distintos: o terreno é ocupado sem um título jurídico, as casas são construídas com recursos próprios, os serviços faltam ou são introduzidos a seguir, com critérios totalmente diversos daquele que valem para o resto da cidade”.

Estes *estabelecimentos irregulares* (grifo nosso) foram chamados de “marginais”, porque eram considerados uma franja secundária da *cidade pós-liberal* (grifo nosso): historicamente, toda cidade tende a gerar um pequeno grupo de habitantes pobres, que vivem nos barracos da extrema periferia ou dormem debaixo das pontes. *Mas no mundo atual, esta realidade periférica tende a ser superada, porque os estabelecimentos irregulares crescem com muito maior velocidade que os estabelecimentos regulares, e abrigam agora, em muitos países, a maioria da população* (grifo nosso). Em 1962, salienta o autor, metade da população da Ásia, da África e da América Latina não tinha uma casa, ou tinha uma casa insalubre, superpovoada e indigna.²⁹ Este é o problema que no Brasil se exprime pela favelização, combinada com os acampamentos de “sem terra” e “sem teto”.

Uma parte cada vez maior desta população se transferiu dos campos para as cidades, sendo certo que apenas uma pequena parte foi aceita nas cidades regulares na medida em que a grande maioria foi engrossar os estabelecimentos irregulares, que crescem de fato com uma velocidade maior. A cidade moderna, apoiada na manufatura primeiro e na industrialização depois, sempre precisou de uma mão-de-obra disponível para os “picos de produção”, isto é, para atender a demandas pontuais do mercado. Essa mão-de-obra começou por viver em

no título *O Terceiro Mundo, e os estabelecimentos marginais*, vale dizer, os “outros países do mundo a que se refere o autor são aqueles pertencentes ao Terceiro Mundo” (op. cit., p. 703).

²⁹ Conforme explica Mike Davis a generalização espantosa das favelas é o principal tema de *The Challenge of Slums* (O desafio das favelas), relatório histórico e sombrio publicado em outubro de 2003 pelo Programa de Assentamentos Humanos das Nações Unidas (UM-Habitat). Essa primeira auditoria verdadeiramente global da pobreza urbana, explica o autor, que segue as famosas pegadas de Friedrich Engels, Henry Mayhew, Charles Booth e Jacob Riis, é o ponto culminante de dois séculos de reconhecimento científico da vida favelada, que teve início em 1805 com *Survey of Poverty in Dublin* (Estudo da Pobreza em Dublin), de James Whitelaw. É também a contrapartida empírica há muito esperada das advertências do Banco Mundial na década de 1990 de que a pobreza urbana se tornaria “o problema mais importante e politicamente explosivo do próximo século”. De acordo com o UM – Habitat “os maiores percentuais de favelados no mundo estão na Etiópia (espantosos 99,4% da população urbana), Tchade (também 99,4%), Afeganistão (98,5%) e Nepal (92%). Mumbai com 10 a 12 milhões de invasores de terrenos e moradores de favelas, é a capital global dos favelados, seguida por Cidade do México e Daca (9 a 10 milhões cada) e depois Lagos, Cairo, Karachi, Kinshasa-Brazzaville, São Paulo, Xangai e Délhi (6 a 8 milhões cada). Vide *Planeta Favela*, 2006, Boitempo Editorial.

condições muito degradadas, tendo sido devido à conquista de direitos sociais, consignada juridicamente, que as expressões mais violentas dessa degradação foram sendo superadas. Porém, todo o século XX viveu uma espécie de “movimento pendular”: embora no plano do entendimento social dos direitos e da sua tradução jurídica, certas formas de sobre-marginalização tenham sido combatidas (as legislações nacionais e as convenções internacionais foram afirmando progressivamente diversos “direitos” individuais e coletivos), o cíclico desequilíbrio que essa cultura de direitos gerou face à economia conduziu a diversos momentos de “suspensão do Estado de Direito” (ditaduras, guerras).

A nova dinâmica da cidade introduziu problemas novos na sua gestão e organização, que tornam insuficientes os modelos tradicionais de planejamento e ordenamento, incluindo os modelos de tutela jurídica, como temos discutido em diversas ocasiões³⁰.

Cada nação, destaca Benevolo, “chama de modo diferente estes *bairros irregulares* (grifo nosso): *ranchos* na Venezuela, *barriadas* no Peru, *favelas* no

³⁰ Ver: L. Oosterbeek, L., *Arqueologia, Patrimônio e Gestão do Território – polémicas*, Erechim (Brasil), Ed. Habilis (2007); L. Oosterbeek, L. Ordenamento cultural de um território. IN: José Portugal, S. Marques (eds.), *Gestão cultural do território*. Porto : ed. Setepés, 2007 ; L. Oosterbeek, L., *Gestão Integrada do território e do patrimônio cultural*, IN: *Área Domeniu*, vol. 3, pp. 11-17 (2008); L. Oosterbeek, L. & I. Scheunemann, *Falsas contradições entre crescimento e desenvolvimento*. IN: *Custo Brasil – Soluções para o Desenvolvimento*, nº 25, Fev/Mar, pp. 29-31 (2010); L. Oosterbeek, L., I. Scheunemann, et al., *Gestão integrada do território. Uma matriz compatível e sustentável*. IN: *Pedra & Cal*, nº 47, pp.21-24 (2010).

Brasil,³¹⁻³²⁻³³⁻³⁴ *bidonvilles* nos países de língua francesa, *bairros da lata* em Portugal, *ishish* no Oriente Médio. Onde o clima permite, nem as casas nem os bairros são necessários: 600.000 pessoas dormem nas ruas de Calcutá”.³⁵

Diante do que foi afirmado conclui o autor que, em face do quadro

³¹ Segundo os estudiosos a palavra “favela” foi extraída do nome de um morro em Canudos (local do sertão da Bahia onde foi travada, no século XIX, sangrenta guerra envolvendo, de um lado, sertanejos e, de outro, tropas do Exército brasileiro), que os soldados republicanos tomaram como base. Quando, encerrada a guerra, chegaram em 1897 ao Morro da Providência, localizado no centro do Rio de Janeiro, os ex-combatentes lhe deram o mesmo nome: Morro da Favela. O termo acabou sendo usado no País todo para denominar comunidades pobres. Em 2004 a prefeitura do Rio de Janeiro, cidade tomada nesse mesmo ano por aproximadamente 60 grandes favelas (Jacarezinho, Maré, Complexo do Alemão, Rocinha e Cidade de Deus são as maiores), pretende transformar o Morro da Providência em museu ao ar livre, recuperando e recebendo sinalização turística a escadaria erguida no fim do século XIX assim como um oratório usado pelos primeiros habitantes do local (moradores de cortiços e soldados da Guerra de Canudos, como já dissemos), criando um corredor cultural que deverá passar por pontos históricos com início no vizinho Morro do Livramento, onde nasceu o escritor Machado de Assis.

³² O Brasil chegou ao século XXI tendo 2,3 milhões de domicílios em mais de 16 mil favelas (70% desses domicílios estão localizados nos 32 maiores municípios do País – aqueles com mais de 500 mil habitantes), conforme dados do Perfil dos Municípios Brasileiros indicado pelo IBGE em 2003 (números fornecidos pelos prefeitos dos 5.560 municípios). A cidade de São Paulo concentra 378 mil domicílios em favelas (16% do total do País), sendo que a região Sudeste como um todo reúne 59% das submoradias brasileiras. No Rio de Janeiro as 5 (cinco) maiores favelas são Jacarezinho, Maré, Complexo do Alemão, Rocinha e Cidade de Deus. A conceituação do que seja favela no âmbito do Censo 2000 levou em consideração apenas as aglomerações de submoradias com mais de 50 barracos, não tendo sido consideradas favelas as áreas onde se erguem construções de apenas um cômodo, com uma metade das paredes feitas de alvenaria e a outra de restos de madeira ou folhas de zinco, assim como loteamentos irregulares, áreas livres, bairros clandestinos ou outras denominações destinadas a excluir aludidas moradias do item “favelas” de referido censo.

³³ Um em cada seis paulistanos vivia, em 2007, em favela sendo certo que, conforme estudo feito pela Prefeitura de São Paulo no ano de 2007, 400 mil famílias – entre 1,6 milhão e 2 milhões de pessoas – ocupam território de 30 quilômetros quadrados de barracos em 1.538 ocupações. Trata-se de uma população comparável à de Curitiba (PR) com 1,78 milhão de pessoas. A maior favela em São Paulo é a Heliópolis, no Sacomã, zona Sul, com 20 mil domicílios existindo ainda favelas onde ocorre coleta de lixo (Favela Mariliza, em Pirituba, zona oeste) e favelas bem precárias que não tem água nem iluminação elétrica (Favela Haddad, na Lapa, zona oeste). A favela Jardim Colombo, no Morumbi (sul) tem chefe de família com renda mensal de R\$ 1 mil sendo considerada pelo referido estudo a mais rica.

³⁴ Estudo feito pelo Núcleo de Pesquisa das Violências do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Nupevi-UERJ) publicado em 2007 revela o que seria a “vida na favela”: 97,1% têm TV em cores, 94,4 têm rádio, 59,2% têm videocassete ou DVD, quase metade possui máquina de lavar roupa e 13,7% vivem em habitações com ar condicionado. Cerca de 12% dos entrevistados têm computador e existe nas favelas um número crescente de *lan houses*. A principal vantagem de viver na favela, segundo o estudo apontado, é ter casa própria: 80,3% dos entrevistados moram em residências quitadas sendo que 15,9% vivem de aluguel revelando um crescente mercado imobiliário nas comunidades. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da favela mais pobre do Rio de Janeiro é maior que o de qualquer Estado do Nordeste demonstrando que a opção de morar informalmente deixou de ser uma opção exclusiva dos denominados “excluídos”; 65,4% gostaria de continuar morando na sua vizinhança, 85,5% têm rede elétrica, 89,6% têm rede de esgoto e 84,5% têm abastecimento de água. Ao mesmo tempo a favela organiza-se como um sistema urbano periférico e um contra-poder.

³⁵ A maior favela da Ásia, Dharabi, tem 2 milhões de habitantes e fica em Mumbai, Índia. As casas são feitas de restos de madeira e lona e o chão é de terra.

econômico do capitalismo – que não dá remédio às situações aludidas, antes acelera a separação entre conjuntos habitacionais regulares e irregulares –, num futuro próximo a maioria da população mundial estará alojada nos conjuntos habitacionais irregulares. Mas por quanto tempo? Essa dinâmica é socialmente explosiva e tenderá a gerar o colapso do Estado (veja-se o que ocorre atualmente nos países do Mediterrâneo, mais evidente nos países do Norte de África mas também gerando tensões crescentes na Europa do Sul)?

A brilhante análise de Leonardo Benevolo guarda compatibilidade com a realidade das cidades no Brasil.

Marcado pela necessidade de acomodar 194,2 milhões de seres humanos³⁶ e convivendo com realidades que apontam a existência de mais de 2 milhões de pessoas em algumas capitais do País em 2008, o Brasil “observa” a formação de uma cidade irregular ao lado da regular, obrigando a considerar, nos dias de hoje, uma realidade no campo jurídico que nasce com um regramento constitucional (Constituição Federal de 1988) visando superar as discriminações sociais da cidade pós-liberal para dar a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem os benefícios de um meio ambiente artificial cientificamente concebido.

A antiga concepção jurídica “direito público x direito privado”, que durante séculos positivou as relações normativas, sempre procurou assegurar uma política de construção que declarava, através de mecanismos de direito administrativo ou de direito civil, abusivas as moradias e os bairros construídos espontaneamente pelos habitantes. Tratava-se de realizar “grandes conjuntos de moradias industrializadas, de tipo moderno convencional”, visando renunciar a utilizar, como lembra Benevolo, “o trabalho espontâneo dos interessados”. A idéia que sempre vigorou foi a de oferecer moradias caras para a maioria da população (por vezes na base de uma nobre mas ingênua opção “igualitária”), principalmente em países como o Brasil, onde a própria Carta Magna hoje

³⁶ A população residente em áreas urbanas no Brasil, conforme revelava o Atlas do Censo Demográfico divulgado pelo IBGE em 29.12.2003, mostrava 81,25% do total de brasileiros no ano 2000. O IBGE avaliava que “é legalmente considerada urbana toda população residente nas sedes dos municípios e demais áreas definidas pelas legislações municipais”, sendo certo que, conforme o critério antes definido, os municípios com forte predominância de população urbana se concentravam na região Sudeste, especialmente em São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. O IBGE na oportunidade já confundia município com cidade, aduzindo interpretação “jurídica” que não corresponde aos mandamentos constitucionais em vigor.

reconhece a necessidade de se erradicar a pobreza³⁷³⁸ e a marginalização³⁹ bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III),⁴⁰ em quantidade absolutamente insuficiente à necessidade da população, “mas assimiláveis às dos ricos e integráveis na cidade feita para elas: estas moradias serão ocupadas pelos empregados, pelos operários sindicalizados bem como por aqueles que dispõem de uma recomendação. *Ao mesmo tempo, aceita-se que as moradias e os bairros espontâneos se tornem incômodos e insalubres além do limite, porque sua existência não é reconhecida oficialmente; depois se corrigem as falhas mais evidentes, introduzindo os serviços públicos mais urgentes: o encanamento da água, as instalações elétricas, as escolas, os postos de polícia, e alguns trechos de ruas para carros, para passar as ambulâncias e viaturas policiais*” (grifo nosso).

Estes equipamentos, informa o mestre antes referido, “são a cópia reduzida dos bairros modernos, e servem para tornar definitiva a coexistência dos dois estabelecimentos: protegem o resto da cidade dos perigos do contato com os bairros

37 Com relação ao desenvolvimento humano no Brasil merecem destaque algumas notícias publicadas em Dezembro de 2008:

Brasil não avança, mas fica no grupo dos melhores IDHs (FSP, 19/12, Economia, p.36; OESP, 19/12, Nacional, p.A8; O Globo, 19/12, Economia, p.36.)

38 A Fundação Getulio Vargas divulgou, em setembro de 2003, um ranking de miserabilidade das cidades brasileiras com base no Censo 2000. Entre as dez cidades com menor proporção de miseráveis (miserável entendido como aquele que não ganha o suficiente para consumir as 2.280 calorias diárias recomendadas pela Organização Mundial de Saúde, estando abaixo da linha de miséria aqueles que têm renda de menos de R\$ 80,00 no Brasil), nove cidades estão no Rio Grande do Sul e uma em São Paulo (Harmonia, Presidente Lucena, Nova Bassano, Monte Belo do Sul, São José do Hortêncio, Morro Reuter, Paraí, Carlos Barbosa, Alto Feliz e Águas de São Pedro). Das dez cidades com maior proporção de miseráveis, cinco ficam no Maranhão, três no Piauí, uma no Amazonas e uma no Acre (Centro do Guilherme, Jordão, Belágua, Pauni, Santo Amaro do Maranhão, Guaribas, Novo Santo Antonio, Matões do Norte, Manari e Milton Brandão). Segundo a FGV, no Brasil havia, em 2000, 50 milhões de miseráveis.

39 Segundo informação veiculada em novembro de 2003 pela FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), a cidade de São Paulo tem 10.394 moradores de rua, um contingente capaz de lotar duas vezes o edifício Copan, um dos símbolos da arquitetura paulistana, construído em 1951. Há 1.160.590 pessoas vivendo em aproximadamente 187 domicílios espalhados por 2.018 favelas, sendo certo que somente com um investimento de R\$ 3 bilhões ao longo de 15 anos seria possível, na avaliação da prefeitura paulistana, urbanizar as favelas da Capital de São Paulo, esvaziar as áreas de risco e de mananciais e regularizar as moradias.

40 Na edição anterior de nossa obra, a desigualdade entre os 176.000.000 de brasileiros continuava sendo a marca do País. Divulgada em junho de 2003 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Síntese de Indicadores Sociais de 2002 (com dados relativos a 2001) mostrava que a metade dos trabalhadores brasileiros ganhava apenas de meio a dois salários mínimos (R\$ 480,00), sendo que na região Nordeste, a mais pobre do País, a proporção chegava a 60%. Os dados esclareciam ainda que a distância entre pobres e ricos, homens e mulheres, negros e brancos, do Norte, Nordeste e Sudeste, são o retrato de um Brasil onde a redução da desigualdade tem sido uma ficção. O IBGE mostrava que o percentual de 1% mais rico da população acumulava o mesmo volume de rendimentos dos 50% mais pobres, e os 10% mais ricos ganhavam 18 vezes mais que os 40% mais pobres. Por outro lado, o Centro de Políticas Sociais da Fundação Getulio Vargas divulgou, em 15.04.2004, que o Brasil tinha 56 milhões de miseráveis – 33% da população. Eram pessoas que viviam com menos de R\$ 79,00 (setenta e nove reais), valor necessário para garantir a ingestão mínima de alimentos recomendada pela Organização Mundial de Saúde. O estudo demonstrou que a extrema pobreza estava tomando conta das cidades.

espontâneos e confirmam o caráter dependente destes últimos. Os elementos da cidade regular – as casas modernas, as ruas para automóveis, os serviços públicos – são ao mesmo tempo reservados a uma minoria e impostos como modelo inalcançável a todos os outros. Portanto, a divisão das duas cidades se torna um instrumento de discriminação e de domínio, indispensável à estabilidade do sistema social” (grifos nossos).

Com a edição da Constituição Federal de 1988, fundamentada em sistema econômico capitalista que necessariamente tem seus limites impostos pela dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III e IV)⁴¹, a cidade – e suas duas realidades, a saber, os estabelecimentos regulares e os estabelecimentos irregulares – *passa a ter natureza jurídica ambiental, ou seja, a partir de 1988 a cidade deixa de ser observada a partir de regramentos adaptados tão-somente aos bens privados ou públicos, e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF) de forma mediata e de forma imediata em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial). Portanto, a cidade a partir da Constituição Federal de 1988 passa a obedecer à denominada ordem urbanística dentro de parâmetros jurídicos adaptados ao final do século XX e início do século XXI.*

Além disso, a cidade, em decorrência de sua natureza jurídica ambiental, passa a ser observada não só em função de seu território, mas também em face de sua estrutura econômica⁴². Todas as cidades no Brasil estão diretamente relacionadas à sua estrutura econômica⁴³, ou seja, existem em decorrência

41 Em Dezembro de 2008, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento divulgou que o IDH do Brasil cresce; país se mantém em 70º no ranking. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil teria aumentado entre 2005 e 2006 e o país manteve a 70ª posição em um ranking entre 179 nações (o maior número já considerado no índice, com dois territórios em relação ao ano anterior), de acordo com os dados inéditos divulgados pelo PNUD. O fator mais relevante para a melhoria do país foi o crescimento no índice relativo à taxa de alfabetização; PIB *per capita* e longevidade, outros dois indicadores que compõem o índice, também apresentaram aumento. Os números (recalculados com nova metodologia, inclusive para anos anteriores) mostram que o Brasil atingiu IDH de 0,802 em 2005 e de 0,807 em 2006, ficando em 70º em ambos os anos – o índice varia de 0 a 1. O resultado mantém o país entre as nações de alto desenvolvimento humano (IDH maior ou igual a 0,800), posição que passou a ocupar após a divulgação do Relatório de Desenvolvimento Humano do ano passado. (Matéria na íntegra: www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php).

42 Conforme noticiava em 2008 o jornal “O Estado de São Paulo”, *Jordão lidera ranking dos municípios mais pobres do País*. Situado no Acre, o município de Jordão, de 6,3 mil habitantes, é um dos mais isolados do País. E também um dos dois mais pobres, segundo os índices do IDH (Jordão divide o título com Uiramutã, em Roraima). Uma das cidades mais próximas de Jordão (na fronteira com o Peru) é Tarauacá, distante cinco dias de viagem de barco. O preço de um litro de gasolina custa R\$ 4,30. O botijão de gás chega a R\$ 65. Ali, 70% dos habitantes estão na zona rural; e 40% do total são índios. O índice de analfabetismo chega a 61%. A rede de esgoto ainda está sendo construída. “Estamos aqui sentados guardando a riqueza da floresta e mergulhados na pobreza”, diz o prefeito de Jordão, Hilário de Holanda Melo (PT). Para o governador do Acre, Antonio Alves, o IDH deveria rever seus critérios: “Falar em analfabetismo onde a maior parte da população se comunica por meio de línguas indígenas é complicado” - *OESP, 23/11, Nacional, p.A6*.

43 Conforme notícia publicada no jornal “O Estado de São Paulo” em 16/12/2008, Cinco cidades geravam 25% da renda do País em 2006, conforme informação do IBGE I. A pesquisa mostrava ainda que, há 2 anos, 50 municípios respondiam por metade do Produto Interno Bruto nacional.

dos produtos e serviços que criam, destinados a satisfazer as necessidades do consumo interno (em seu território) e externo (fora de seu território), o que representa acrescentar ao novo conceito jurídico constitucional do que significa uma cidade as relações econômicas de consumo (arts. 170 a 192 da Constituição Federal), assim como as relações sociais que fundamentam juridicamente o *Piso Vital Mínimo* (art. 6.º da Constituição Federal), destacando-se as relações laborais (arts. 7.º e 8.º da Carta Magna) que ocorrem no território da mesma.⁴⁴

É, portanto, adaptado ao novo conceito jurídico constitucional brasileiro do que significa uma cidade⁴⁵⁻⁴⁶ o conceito de ordem urbanística associado à

Entre os municípios que mais ganharam participação relativa no PIB entre 2002 e 2006, o destaque foi Campos dos Goytacazes (RJ), que passou de 0,53% do PIB nacional em 2002 para 0,78% em 2005 e 0,98% em 2006. Houve aumentos significativos também em Betim (MG, de 0,62% em 2002 para 0,79% em 2006); Barueri (SP, de 0,80% para 1,08%); Manaus (1,20% para 1,35%) e Guarulhos (SP, de 0,98% para 1,08%). O município mineiro de Araporã, com cerca de 6 mil habitantes, localizado no Triângulo Mineiro, apresentava em 2006 o maior PIB per capita do País, com R\$ 261.005, resultado muito superior à média nacional (R\$ 12.688) apurada no mesmo ano. Os técnicos do IBGE explicam que esse município possui a maior hidrelétrica de Minas Gerais e, em relação ao ano anterior, ocorreu aumento na geração de energia no local. O segundo maior PIB entre os municípios foi registrado em São Francisco do Conde (BA), com R\$ 217.750. Essa cidade de 217 mil habitantes abriga, segundo o IBGE, a segunda maior refinaria de petróleo em capacidade instalada do País. Entre as capitais, o maior PIB per capita em 2006 foi registrado em Vitória, no Espírito Santo, com R\$ 51.377. Em seguida estavam Brasília (R\$ 37.600), São Paulo (R\$ 25.675), Porto Alegre (R\$ 20.900) e Rio de Janeiro (R\$ 20.851).

⁴⁴ Do equilíbrio dinâmico entre população e consumo depende o crescimento sustentado da economia. Estudo realizado por empresa de informação e pesquisa resumido pelo jornal *Gazeta Mercantil* em dezembro de 2003 demonstra a realidade do mercado de consumo no Brasil, a saber: 30 milhões de brasileiros estão excluídos do mercado formal e informal de trabalho, não tendo acesso à moradia digna e aos serviços de educação e saúde, possuindo renda de até R\$60,00 mensais; 100 milhões de pessoas têm baixa renda e participam apenas marginalmente do mercado de consumo, sustentando o comércio varejista nas periferias das cidades; 40 milhões de pessoas (23,5% da população do País) têm renda média e alta, participando “plenamente” do denominado mercado consumidor. Destarte a afirmação, repetida por vários autores, de que o Brasil é um mercado constituído por 170 milhões de consumidores é uma falácia.

⁴⁵ O conceito jurídico de cidade não se confunde com o conceito jurídico de município. Observados em decorrência do que estabelece a Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a ter enorme importância no âmbito da República Federativa do Brasil, regendo-se por lei orgânica (art. 29 da Carta Magna), legislando não só sobre assuntos de interesse local (art. 30), como passando a ter competência (competência comum, art. 23 da Constituição Federal) para proteger o meio ambiente, assim como combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI). O Poder Público municipal, a partir do que determina o art. 182 da Carta Magna, passa a ser o responsável pela execução da política de desenvolvimento urbano (terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infra-estrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer) destinada a garantir o bem-estar dos habitantes, visando o pleno desenvolvimento das denominadas funções sociais da cidade; o Poder Público municipal passa a ser a partir de 1988, em síntese, o *gerente das cidades* no Brasil.

⁴⁶ Recente decisão da 2.ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (RR-689526/2000, vinculado a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho), noticiada amplamente em dezembro de 2003 pela imprensa brasileira, revela a complexidade do tema que envolve a análise jurídica do conceito jurídico de cidade em face do conceito jurídico de Município. Embora o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13.ª Região) tivesse eximido a Prefeitura de Aroeiras de pagamento de salário mínimo aos funcionários que ganhavam abaixo do piso determinado pelo art. 7.º, IV, da Carta Magna, argumentando que não podia obrigar a Prefeitura

ordem econômica e social que o legislador, depois de mais de dez anos, entendeu por bem estabelecer um moderno Estatuto no sentido de adequar a legislação à realidade de nosso País⁴⁷. É exemplo a conceituação do Piso vital, que não é isenta de dificuldades⁴⁸.

ao pagamento de salário mínimo futuro ou vincendo porque isso dependeria da existência ou não de trabalho na cidade, ocorreu a reforma da decisão regional por parte do TST exatamente por não admitir a Corte Superior com sede em Brasília que se pudesse conceber pagamento a menor, principalmente em se tratando de Prefeitura Municipal. O Ministro relator José Luciano de Castilho Pereira salientou na oportunidade: “Verifica-se, portanto, que a Constituição Federal vedou expressamente qualquer tipo de remuneração que seja inferior ao mínimo legal, o que consiste em uma verdadeira proteção ao trabalhador, já que este salário deve garantir as necessidades vitais estabelecidas pela segunda parte do inciso”. Acrescentou ser importante lembrar que “o próprio Regional ressalta que o pagamento do salário mínimo já é uma obrigação legal. Portanto, não há falar em prestações vindouras já que o que se postula é o pagamento imediato de salário mínimo aos servidores da Prefeitura, pagamento este que tem sido por ela negligenciado”. Não se discutem no caso em tela, evidentemente, os direitos constitucionais que são assegurados aos trabalhadores no Brasil. O que se pergunta é o seguinte: a decisão do TST possibilitará que a Prefeitura de Aroeiras, por força de coisa julgada, tenha efetiva condições financeiras de cumprir o julgado?

⁴⁷ Conforme notícia em maio de 2009 a Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ o “crescimento desordenado de cidades causa danos ao meio ambiente”, a saber: “O crescimento desordenado dos centros urbanos também gera problemas jurídicos que deságuam no Tribunal da Cidadania. Três processos mostram como o desrespeito ao plano urbanístico das cidades vem causando danos ao meio ambiente e à qualidade de vida da população que precisam ser contidos. No primeiro deles, analisado no último mês de abril, o presidente do STJ, ministro Cesar Asfor Rocha, deferiu pedido do MPF e suspendeu a decisão que permitia o prosseguimento das obras de um empreendimento imobiliário na praia São Marcos, no litoral do Maranhão. De acordo com a denúncia do MP, a construção de dois prédios destruirá a vegetação em área de preservação permanente na qual há características de ecossistema de dunas e restingas. “Com efeito, após concluída a edificação de duas torres residenciais, nada, ou pouco, será possível fazer em relação às dunas e à formação vegetal nativa que devam, eventualmente, ser preservadas hoje. A incerteza em relação aos riscos ambientais da obra impõe a adoção de medida que venha a evitar dano maior futuro e resguardar o interesse da coletividade”, concluiu Asfor Rocha. No segundo processo, o STJ manteve uma decisão do Tribunal de Justiça fluminense (TJRJ) que isentou o município do Rio de Janeiro do pagamento de indenização por obra irregular demolida pela administração municipal. Conforme o entendimento do TJRJ, a pessoa que ergue prédio em área proibida afronta o ordenamento jurídico e assume o risco de sua conduta e do próprio prejuízo. E em 1998, o STJ determinou a interdição de um depósito de lixo na cidade de Bagé/RS. A prefeitura do município estava utilizando uma pedreira como aterro sanitário sem proceder com a compactação adequada do lixo. Também não havia barreiras de contenção e cobertura dos detritos com terra para evitar a contaminação dos lençóis freáticos. Moradores inconformados recorreram ao Tribunal da Cidadania e os ministros da Segunda Turma entenderam que a prefeitura não poderia utilizar como depósito de lixo lugares onde a segurança, o bem-estar e a saúde da vizinhança poderiam ser comprometidos”.

⁴⁸ O Plenário do STF julgou em dezembro o pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4167, ajuizada na Corte por cinco governadores contra a Lei 11.738/08, que instituiu o piso nacional dos professores de ensino básico das escolas públicas brasileiras. Os ministros definiram que o termo “piso” deve ser entendido como remuneração mínima a ser recebida pelos professores. Assim, até que o Supremo analise a constitucionalidade da norma, na decisão de mérito, os professores das escolas públicas terão a garantia de não ganhar abaixo de R\$ 950,00, somados aí o vencimento básico (salário) e as gratificações e vantagens. O parágrafo 4º, do artigo 2º, da lei, que determina o cumprimento de, no máximo, 2/3 da carga horária dos magistrados para desempenho de atividades em sala de aula, foi suspenso. Por fim, os ministros reconheceram que o piso instituído pela lei passa a valer já em 1º de janeiro de 2009. Cabe indagar

O direito tende a ser mais reativo que prospectivo, em nome da prudência e da necessidade de potenciar consensos e não rupturas. A valoração econômica da cidade, a par da sua ancestral valoração territorial, decorre de uma constatação: a de que a economia urbana já não se confina ao território da urbe e da sua periferia. Ou melhor: a periferia da urbe tende a ser todo planeta, e ela mesma tende a integrar periferias de outras urbes: esta é uma lógica e inelutável consequência da globalização da economia. Uma das expressões desta realidade é a deslocalização de empresas: a cidade perdeu a sua principal força: a raiz no território.

A tutela jurídica da cidade moderna foi implicando uma crescente harmonização do direito internacional (correlata da integração econômica global) mas os desafios do tempo presente são ainda mais complexos.

b) Cidades digitais e meio ambiente digital.

Relembrando as palavras de Benévolo, a saber, a cidade permanecendo como “uma criação histórica particular” que não teria existido sempre, mas que teve início num dado momento da evolução social, e pode acabar, “ou ser radicalmente transformada, num outro momento”, **devemos entender que em pleno Século XXI as cidades podem assumir nova feição** não exatamente em decorrência da questão do território em sua concepção clássica – como já afirmamos anteriormente – mas particularmente **diante de um novo conceito de “território digital” capaz de conectar 500 milhões de habitantes** conforme verificado pela matéria jornalística mencionada no início deste artigo⁴⁹.

Trata-se como dissemos de um novo conceito de “território”. Nele, o equilíbrio territorial não é mais salvaguardado por “planos da autoridade pública” ou “controlado de maneira razoável” embora – “clássico” ou “digital” – continue diretamente relacionado à sua estrutura econômica, ou seja, um “território” que continua a existir em decorrência dos produtos e serviços criados, destinados a satisfazer as necessidades do consumo interno e externo dentro das denominadas relações econômicas de consumo (arts. 170 e segs, da Constituição Federal) interpretadas em face do *Piso Vital Mínimo* (art. 6.º da Constituição Federal).

Trata-se por via de consequência de um novo conceito de território associado ao denominado meio ambiente digital⁵⁰.

A globalização econômica atingida em meados do século XIX potenciou a globalização financeira do século XX, que por sua vez acelerou a primeira e a integrou num plano dificilmente imaginável há duas décadas apenas. No entanto,

novamente: a decisão do STF possibilitará que as Prefeituras de 5564 cidades no Brasil, por força de coisa julgada, tenham efetivas condições financeiras de cumprir o julgado mencionado?

⁴⁹ Vide “a democracia dos meios de comunicação social, visando o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana - território e forma de Estado” in *O Direito de Antena*, Fiorillo, Editora Fiúza, 2009.

⁵⁰ Vide nosso Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

esta globalização financeira e econômica (e também ambiental, de forma que se tonou muita clara a partir da década de 1960), não encontrou ainda formas de globalização equivalente nos planos social e institucional, gerando desacertos que a esfera jurídica tenta minimizar. A proximidade das *comodities* continua a ser fundamental, mas a sua gestão escapa cada vez mais a uma lógica de base nacional ou regional, pois a logística da economia se tornou, definitivamente, global: qualquer grande empreendimento (financeiro, industrial, comercial, cultural,...) só é viável na esfera global e, dessa forma, tende a tornar-se independente da sua base territorial de origem.

As redes digitais são uma expressão deste processo, mesmos e podemos considerar um exagero a consideração do “facebook” como sendo uma cidade: ele cumpre as funções de conectividade e regulação de negócios, mas não sustenta **todas** as dimensões da sobrevivência humana, contrariamente ao que faz uma cidade.

Conforme aduzimos anteriormente a tutela jurídica das cidades digitais não tem seus parâmetros normativos fixados em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial, a saber, Arts.182 e 183 da Constituição Federal⁵¹.

Claro está que em face de suas características antes mencionadas recebe tutela jurídica vinculada ao denominado meio ambiente digital.

Já argumentamos de forma objetiva que desde seus primórdios a **nova expressão “sociedade da informação”** dava forma ou modelava um conjunto de aspectos relacionados à comunicação – conhecimento, notícias, literatura, entretenimento – todos permutados entre mídias⁵² e elementos de mídias diferentes: papel, tinta, telas, pinturas, celulósido, cinema, rádio, televisão e computadores.

“Da década de 1960 em diante, todas as mensagens, públicas e privadas, verbais ou visuais, começaram a ser consideradas “dados”,⁵³ informação que

⁵¹ Vide nosso “Estatuto da Cidade Comentado”, op.cit. passim.

⁵² Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa, **mídia**, em teoria da comunicação, é o conjunto dos meios de comunicação existentes em uma área, ou disponíveis para uma determinada estratégia de comunicação. Grafia aportuguesada da palavra latina *media*, conforme esta é pronunciada em inglês. *Media*, em latim, é plural de *medium*, que significa “meio”. Em publicidade, costuma-se classificar os veículos em duas categorias: 1-) **mídia impressa** (jornal, revista, folheto, outdoor, mala direta, displays, etc.); e 2-) **mídia eletrônica** (TV, rádio, CD, vídeo, cinema, etc.). Em português de Portugal diz-se *média*. Explicam Briggs e Burke que “de acordo com o *Oxford English Dictionary*, foi somente na década de 1920 que as pessoas começaram a falar de “mídia” sendo certo que “uma geração depois, nos anos 1950, passaram a mencionar uma “revolução da comunicação”. Vide Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, pág.490 bem como Asa Briggs & Peter Burke em “Uma história social da mídia – de Gutenberg à Internet”, 2ª ed., revista e ampliada, Zahar, Rio de Janeiro, passim.

⁵³ Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa, dados são fatos coletados, analisados e interpretados pelos cientistas sociais; um conjunto de dados é designado *data* (do latim *data* pl. de *datum*, “dado”); na área da informática, dados são representações de fatos, conceitos ou instruções, através de **sinais** de uma maneira formalizada, passível de ser transmitida ou processada pelos seres humanos ou por meios automáticos. Vide Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p. 207.

podia ser transmitida, coletada e registrada, qualquer que fosse seu lugar de origem, de preferência por meio de tecnologia eletrônica”.

Assim, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação da pessoa humana passam no século XXI, diante de um novo processo civilizatório representativo da manifestação de novas culturas, **a ter caráter marcadamente** difuso, em decorrência da globalização econômica e evidentemente em face das formas, processos e veículos de comunicação de massa principalmente com o uso das ondas eletromagnéticas (Rádio e Televisão) assim como com o advento da rede de computadores de alcance mundial formada por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo(internet)⁵⁴.

O século XIX globalizou a economia. O século XX globalizou as finanças e o conhecimento, e viveu as tensões entre estes e os espartilhos regionais e nacionais das soluções sociais e de governança. O século XXI mergulha numa crise ainda amais profunda, com o estrangulamento progressivo da economia global (e das correlatas dimensões social, ambiental e cultural) na ausência de uma superação desses espartilhos. O debate atual na União Européia ilustra bem esta realidade: pode o Euro sobreviver sem perda de autonomia dos Estados-Nação? e pode essa autonomia diminuir sem uma guerra de integração (como as que, em seu tempo, tiveram países como o Brasil ou os EUA?

Os direitos e os deveres que decorrem desta nova realidade não são mais estritamente públicos (porque as instituições públicas têm um recorte institucional não globalizado) nem estritamente privados (porque o capital globalizado não é excludente ou familiar, admitindo uma participação ampla e anônima)⁵⁵. Situam-se, também por isso, na esfera ainda pouco consolidada em termos internacionais dos direitos e deveres difusos.

⁵⁴ Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa ,na área da informática, a **internet** é uma rede de computadores de alcance mundial,formada por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo,que entre si trocam informações na forma de arquivos de textos,sons e imagens digitalizadas,software,correspondência(e-mail),etc.. Observam os autores que “mais do que uma rede de computadores, é agora uma rede de pessoas, a maior que já houve na humanidade”(grifos nossos). O jornalista Sérgio Charlab, em seu livro “Você e a Internet no Brasil” explica de modo interessante a rede: “A Internet (e tudo que estamos chamando aqui de ciberespaço)é como se fosse um universo paralelo-só que inteiramente eletrônico. Algumas pessoas perguntam: Mas onde fica a internet? Ora não fica. Não existe uma coisa física chamada Internet. Você não pode vê-la, tocá-la ou ouvi-la. O que há são milhões de computadores em mais de 100 países. Todos ligados em rede... estão ligados uns com os outros, redes com redes, formando uma malha cheia de nós... hoje quando enviamos uma mensagem de um ponto da Internet a outro, a mensagem percorre um caminho formado por uma ou mais máquinas, passando de nó em nó de redes até chegar a seu destino... boa parte do conhecimento humano começa a ficar disponível na rede... a rede não tem dono, não tem núcleo, não tem presidente nem general. Está espalhada pelo mundo. A rede tem poder, sim, mas o poder está distribuído pelos seus usuários. Cabe a cada um de nós exercê-lo com propriedade”. Vide Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p.395.

⁵⁵ Ver: L.Oosterbeek, L. (2003), Os usos do património: Público vs. Privado, IN: *Antígona, Law and Humanities Studies online*, vol. V (www.direito.up.pt/IJI)

O Brasil, ao considerar explicitamente essa qualidade, oferece uma contribuição importante para a jurisprudência internacional, que ainda recentemente se verificava de utilidade na discussão setorial sobre a tutela de bens patrimoniais em Portugal.⁵⁶

Assim verifica-se que a tutela jurídica do meio ambiente digital tem como finalidade interpretar os arts.220 a 224 da Constituição Federal em face dos Arts.215 e 216 com a segura orientação dos princípios fundamentais indicados nos arts.1º a 4º de nossa Carta Política em face particularmente da denominada “cultura digital”, a saber,estabelecer a tutela jurídica das formas de expressão,dos modos de criar,fazer e viver assim como das criações científicas,artísticas e principalmente tecnológicas realizadas pela pessoa humana com a ajuda de computadores e outros componentes eletrônicos observando-se o disposto nas regras de comunicação social determinadas pela Constituição Federal.

O meio ambiente digital, por via de conseqüência, fixa no âmbito de nosso direito positivo, os deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores(Art.220 da Constituição Federal) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no País(Art.215 e 5º da CF) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal(Art.1º a 4º da CF) em face da ordem econômica do capitalismo(Art.170 e segs. da CF).

Por via de conseqüência é o meio ambiente digital o regime jurídico destinado a tutelar os milhões de habitantes das cidades digitais. E é também este o instrumento que poderá ir acomodando as transições da natureza territorial física das cidades para a territorialização digital dos processos não apenas econômicos e financeiros, mas também institucionais que lhe estão conectados.

⁵⁶ O Seminário Internacional *Direito ao Patrimônio como Direito Fundamental*, organizado em Mação (Portugal) em Março de 2010, organizado por Luiz Oosterbeek e Rossano Lopes Bastos, com a participação de Celso Fiorillo, debateu exaustivamente esta questão.



A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS NOVAS DEMOCRACIAS SUL-AMERICANAS: UM OLHAR A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

*Eulália Emilia Pinho Camurça**
*Theresa Rachel Couto Correia***

Resumo

Como as democracias da América do Sul se comportam diante da liberdade de expressão? Essa é a questão chave desse artigo, que faz uma reflexão jurídica a partir da observação de fatos da contemporaneidade e de pareceres, laudos e relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O artigo privilegia objetivos específicos. O primeiro deles é avaliar como as democracias da América do Sul têm tratado o tema da liberdade de expressão, que parâmetros têm balizado esses debates, quais singularidades aparecem na reflexão teórica e nos debates na imprensa e no judiciário do Brasil e da Venezuela. Procuraremos encontrar as matrizes teóricas predominantes, a recepção da tradição estrangeira, a existência de antagonismos e conflitos entre visões de mundo em competição, bem como os caminhos trilhados pela reflexão brasileira. Metodologicamente, é um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com a análise de pareceres, relatórios e laudos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, principalmente a Relatoria Especial, criada em outubro de 1997, que trabalha para a promoção do direito a liberdade de expressão por meio da assistência técnica em casos individuais ante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O método comparado auxiliará no estudo das semelhanças e diferenças entre os ordenamentos jurídicos como uma forma de entender melhor as duas realidades em suas aproximações e distanciamentos, além da hermenêutica para fazer uma análise exploratória do tema. Por fim, compreender como essa nova geração de governantes considerados “populistas” tem elaborado políticas que ora prejudicam ora exaltam a liberdade de expressão.

Palavras-chave

Liberdade de Expressão. Direitos Humanos. Democracia. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

How do Latin American democracies behave in front of freedom of expression? This article's key question makes a legal reflection by observing the contemporaneity of facts and judgments, reports and formal statements from the Inter-American Commission on Human Rights. The article privileges specific targets. The first one is to evaluate how the democracies of South America have treated freedom of expression, which parameters have been used in these

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, formada em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará e em Direito pela Universidade de Fortaleza

** Doutora em direito internacional e integração econômica, professora do programa de pós-graduação da Universidade Federal do Ceará, bolsista PRODOC-CAPES.

debates, which singularities are present in the theoretical reflections as well as in the debates in the press and the administration of justice in Brazil and Venezuela. We will try to find the predominant theoretical forms, the acceptance of the foreign tradition, the existence of antagonisms and conflicts among visions of this competitive world, together with the paths treaded by the Brazilian reflection. Methodologically, this is a descriptive and analytical study that has been developed through bibliographical and documental research, with the analysis of judgments, reports and formal statements from the Inter-American Commission on Human Rights, mainly Special Reports, established in October 1997, which deals with the promotion of freedom of speech rights by giving technical assistance in individual cases through the Inter-American Protection on Human rights. The comparative method will help our study on the likenesses and dissimilarities between the juridical arrangements as a way of understanding better the two realities in their approximations and remoteness, together with the hermeneutics to make an explanatory analysis on the theme. Finally, to understand how this new generation of governors considered “populists” has elaborated politics that sometimes damages, sometimes elates freedom of expression.

Keywords

Freedom on Expression. Human Rights. Democracy. Inter-American Commission on Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O fluxo de informações não só é um tema central para a democracia, como fundamental para o efetivo respeito aos direitos humanos. Diante deste contexto, torna-se imprescindível um ambiente promotor de liberdade de expressão, capaz de reunir não apenas o direito a receber, mas também produzir e transmitir informações. Os meios de comunicação são importantes não só para divulgar dados, mas também fortalecer o processo democrático, do qual somente é possível participar com plenitude a partir da máxima divulgação de informações.

Assim, nos últimos anos, o mundo acompanhou uma revolução no direito à informação e à liberdade de expressão. “Enquanto, em 1990, apenas 13 países haviam adotado leis nacionais de direito a informação, hoje mais de 70 dessas leis já foram adotadas em nível global, e estão sendo consideradas ativamente em outros 20 ou 30 países”¹. Se, naquela época, o direito à informação não era reconhecido por nenhuma organização intra-governamental, hoje instituições como Governos e até mesmo o Banco Mundial adotaram políticas de divulgação.

Esse estudo volta sua atenção para as novas democracias da América do Sul, aonde os olhos do mundo se dirigem, seja pelos aspectos políticos, jurídicos, econômicos ou sociais. O recorte escolhido é um estudo comparado entre Brasil e Venezuela, países cuja relação de proximidade começou na década de 90. Na contemporaneidade, ambas as democracias são emblemáticas quando o assunto é liberdade de expressão. O governo brasileiro, na tentativa de preservá-la; e o venezuelano, de controlá-la.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, ressaltou, a partir da sua Relatoria Especial para Liberdade de Expressão², decisões

¹ MENDEL, Toby. **Liberdade de Informação, um estudo comparado**. Brasília: Unesco, 2009. p. 3.

² RELATORIA Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos

relacionadas à questão, que foram pautadas pelo governo da Venezuela, em assembleias legislativas do Uruguai, além de decisões de tribunais superiores de países como o Brasil.

Aqui, em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a incompatibilidade da chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) com a atual ordem constitucional ao decidir pela total procedência da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 130. A referida lei impunha duras penas para os delitos de injúria e difamação, mais rígidas até do que as previstas pelo Código Penal; além de admitir censura prévia, dentre outras medidas que restringiam o exercício da liberdade de expressão.

No Uruguai, a Assembléia Geral do Poder Legislativo adotou reformas no Código Penal e na Lei de Imprensa. A partir destas modificações, foram eliminadas as sanções pela divulgação de opiniões ou informações sobre funcionários públicos ou sobre assuntos de interesse público, salvo quando a pessoa supostamente afetada consiga demonstrar a existência de má-fé.

Mesmo sem derrogar todas as formas de desacato, foram reduzidas substancialmente as hipóteses de aplicação deste delito e reforçou-se a premissa de que ninguém será castigado por discordar nem por questionar uma autoridade. A nova legislação uruguaia determina que os tratados internacionais sobre a matéria devem constituir princípios norteadores para a interpretação, aplicabilidade e integração de normas cíveis, processuais e penais sobre liberdade de expressão.

Assim, a Assembléia Geral do Poder Legislativo incorporou as normas internacionais ao ordenamento interno e deixou claro que a interpretação e a aplicação das disposições vigentes devem ser guiadas pelos padrões mais elevados em matéria de liberdade de expressão³.

Na Argentina, Cristina Kirchner colocou em pauta a chamada “Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual” com a finalidade de regulamentar um novo âmbito legal à comunicação, mas gerou polêmica por seu caráter estatizante. O Governo deseja ter maior controle sobre conteúdo de todos os meios privados de televisão e rádio. Coincidência ou não, a criação do projeto surgiu concomitantemente a atitudes críticas de grupos de comunicação em relação ao governo.

Esse fato fez com que a Sociedade Interamericana de Imprensa, representante de 1.300 publicações na América, declarasse o perigo destas restrições impostas aos veículos de comunicação na América Latina, onde são realizados assédios sistemáticos na Venezuela, Equador, Bolívia e Argentina.

Especial Humanos. Organização dos Estados Americanos *On Line*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

³ RELATORIA..., 2009.

O relatório da CIDH⁴ considera a Venezuela um país que requer “atenção especial” e descreve uma série situações enfrentadas no exercício do referido direito no país, dentre elas, o ambiente de intimidação contra os meios de comunicação, além de denúncias de agressões, ameaças e ataques a comunicadores por representantes do Governo.

O presidente Hugo Chávez já pediu publicamente providências até mesmo ao presidente do Supremo Tribunal do País contra o dono da Globovisión, um canal de notícias de oposição ao governo, cujos diretores e jornalistas estão protegidos por medidas provisionais outorgadas pela Corte Interamericana, desde 2004, e ratificadas em janeiro de 2008.

No Brasil também ocorrem retrocessos. O jornal Estado de São Paulo⁵ foi impossibilitado por mais de um ano, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de publicar reportagens sobre a operação “Boi Barrica”, da Polícia Federal, que investigou o empresário Fernando Sarney, filho de José Sarney, então presidente do Congresso Nacional, por vários crimes. O fato inquietou juristas e jornalistas. Para alguns, a decisão retrocede a consolidação democrática num momento em que o próprio Supremo Tribunal Federal afastou a Lei de Imprensa para evitar coibições à livre manifestação do pensamento.

A Constituição brasileira de 1988 é uma carta de liberdades, como a de imprensa, de expressão, de livre manifestação do pensamento. A sua elaboração não só respondia aos tempos de repressão, mas inaugurava a era das liberdades plenas. O estudo destas políticas que oscilam entre a exaltação e a censura à liberdade de expressão é o tema central deste artigo. Portanto, a análise se concentrará em aspectos importantes para o entendimento do problema que revela os impasses e os limites para a efetivação do Estado Democrático de Direito nas democracias sul-americanas, especialmente num estudo de direito comparado entre Brasil e Venezuela.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

A prática política da declaração de direitos ocorre em ocasiões muito precisas. Como será visto, na modernidade, foram feitas declarações em situações revolucionárias. Isso porque elas ocorrem em momentos de profunda transformação social e política, “quando os sujeitos sócio-políticos têm consciência de que estão criando uma sociedade nova ou defendendo a sociedade existente contra a ameaça de extinção”⁶. Antes de chegar ao momento contemporâneo, um passeio pelas origens sociais de lutas pelo direito de se expressar revela

⁴ RELATORIA..., 2009.

⁵ RELATORIA ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS ESPECIAL HUMANOS. **Organização dos Estados Americanos On Line**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

⁶ CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p.95.

atores que contribuíram para a compreensão da liberdade de expressão como um direito humano.

A Inglaterra foi pioneira em prol da liberdade de expressão e comunicação. Em 1695, o parlamento britânico decide não renovar o chamado *Licensing Act*, que estabelecia censura prévia⁷. Porém, antes dessa decisão, o País foi palco de uma luta ferrenha pela conquista da liberdade, como revela Nelson Traquina⁸:

A luta pela liberdade começa com a luta contra a censura de um poder político absoluto, sob forma de monarquia, na esmagadora maioria dos países. Quando Jonh Milton publica seu manifesto contra a censura, intitulado *Aeropagítica*, em meados do século XVII, já tinha havido mudanças importantes no Ocidente desde a invenção de Gutemberg no século XV... Na Inglaterra, a censura seria abolida em 1695, e a completa eliminação de controle da reportagem parlamentar, em 1771. Na França, a luta contra a censura seria um dos objetivos da revolução de 1789, havendo, no entanto, fortes ataques e mesmo supressão das liberdades individuais fundamentais do século XIX... Independentemente do tipo de lei, a imprensa se havia estabelecido por volta de 1900 como uma força social que deveria ser avaliada em uma democracia futura, tanto quanto sido em um passado autoritário.

Rui Barbosa⁹ considera que a imprensa, quando moralizada, não transgri-de com os abusos; isenta, não cede às seduções e livre, não teme os potentados. Segundo ele, uma imprensa degenerada torna o país cego, incapaz de lutar contra os vícios que exploram as instituições.

Dentre as bases intelectuais para sustentar argumentos em prol da liberdade, está a obra *The spirit of laws*, de Charles-Louis de Secondet, o Barão de Montesquieu¹⁰, de 1748. Ela serviu de fundamento para um dos documentos mais importantes da história mundial: a Declaração dos Direitos do Homem. No livro, Montesquieu revelava o quanto a liberdade de expressão era fundamental. Foi então que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceu-se: "A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pela qual deve responder por lei".

Um dos grandes impulsionadores da liberdade de comunicação foi o liberalismo, pois, para fazer circular produtos, era preciso ampla circulação de ideias. "Foi nessa circunstância que surgiu a liberdade de imprensa como

⁷ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

⁸ TRAQUINA, Nelson. **O estudo do jornalismo no século 20**. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 43.

⁹ BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espíritos das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 166.

um direito do homem e, daí para a frente, exportou-se a conquista para outros países, ávidos também em respirar os ares liberais e libertários”¹¹.

Ainda naquele período de efervescência intelectual, a Constituição francesa de 1793, determinava, em seu artigo 7º: “O direito de manifestar seu pensamento e opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos”.

Passados alguns séculos, a questão da liberdade de expressão ganhou contornos ainda mais mundiais. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela organização das Nações Unidas (ONU) no seu artigo 19, determina: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independente de fronteiras”.

Na América Latina, em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos do Homem, aprovada no mesmo ano, também trata da questão no artigo 4º: “Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.

A primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos também se voltou para a questão: “O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das mesmas; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.” Ela foi utilizada, inclusive, como argumento em um caso no qual a Suprema Corte garantiu direito ao *New York Times* de publicar documentos secretos do governo. “Os Pais da Pátria deram para a imprensa livre a proteção de que necessita para cumprir seu papel essencial na nossa democracia”¹².

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prescreve em seu artigo 19: “ninguém será molestado por suas opiniões”. Define ainda a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de toda espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma escrita ou oral, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio a sua escolha. E inclui entre as restrições: o respeito dos direitos ou da reputação de outros e a proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral públicas.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, adotada e também aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, convencionou no artigo 13 o direito liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em

¹¹ GRANDINETTI, Luís Gustavo; CARVALHO, Castanho. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 84.

¹² KOVACH, Bill ; ROSENSTIEL, Tom. **Os elementos do jornalismo**: O que os jornalistas devem saber e o público exigir. São Paulo: Geração, 2003. p. 39.

forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha, sem censura prévia ou restrição por via indireta.

A liberdade de expressão originou duas espécies muito próximas: a liberdade de imprensa e o direito à informação. Enquanto a liberdade de expressão envolve a prerrogativa do Estado de não interferir na faculdade do pensar nas mais variadas manifestações humanas, a liberdade de informação tem mais limites impostos, como se verá adiante. Porém, nenhuma delas é imune ao controle, nenhuma se constitui de direito absoluto.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO HUMANO

A liberdade para informar-se e informar é essencial para o pleno exercício da cidadania. Por séculos, ela foi reafirmada no ocidente como indispensável aos regimes onde hoje vigora o Estado Democrático de Direito. A liberdade de expressão, além de ser um direito individual, também possui aspecto coletivo na medida em que só vigora em ambiente plural e diverso, nos quais todos podem receber e acessar os meios de informação sem qualquer discriminação.

Documentos internacionais trouxeram elementos e fundamentos que traçam o conceito e a extensão do direito à liberdade de expressão. O primeiro a reconhecer o direito à liberdade de expressão foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela organização das Nações Unidas (ONU), que no seu artigo 19, determina: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independente de fronteiras”.

Segundo o dispositivo, a liberdade de expressão pode ser legitimamente restringida, mas não colocada em risco por limitações injustificáveis. No âmbito regional, esse direito é protegido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cuja base é a Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). Conforme visto, a Declaração foi complementada pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, que expande os direitos, aumenta os poderes da Comissão Interamericana e estabelece a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como afirma Piovesan

Relativamente às atribuições da Comissão, convém esclarecer que ela pode requisitar de todos os países que ratificam a Convenção informações sobre a forma pela qual a legislação doméstica vem implementando os direitos trazidos pelo sistema interamericano de Direitos Humanos, bem como elaborar um relatório submetido à Assembléia Geral da OEA, em que consta a avaliação do desenvolvimento dos direitos humanos nos Estados-partes, indicando quais necessitam de maior força na implementação, em vista do alto grau de violação dos direitos humanos¹³.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do Direitos Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 327.

A Convenção também proíbe a censura e as limitações indiretas à liberdade de expressão tanto pelo Estado quando por particulares. Os membros da OEA estão legalmente vinculados a essas determinações, devendo cumpri-las. Quando países como Brasil, Venezuela, Argentina e Uruguai ratificam esses documentos, são obrigados a adotar leis e tomar medidas para dar efeito aos direitos protegidos e a tomar medidas para remediar violações. Mas por que nem sempre o fazem? Como se dá o processo de implementação destas legislações? Como as disputas político-partidárias interferem na organização do sistema jurídico?

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos está sempre atenta às atuações dos poderes executivo e judiciário no Brasil e na Venezuela. Em 2009, a CIDH considerou preocupante a situação de liberdade de expressão neste país após um grupo de apoio a Hugo Chávez atacar um prédio da emissora de TV Globovisión, deixando feridos. Além de solicitar investigação, uma carta enviada pela Comissão ao Governo pede responsabilização dos culpados por medidas governamentais consideradas como censura e cerceamento de opinião, um afronta à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Conforme a Comissão, desde que tomou posse, em 1999, Hugo Chávez mais de 1.800 comunicados em cadeia nacional, alguns com até sete horas de duração. No Brasil, representantes da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos condenaram a decisão que censurou previamente o jornal O Estado de São Paulo por ferir a Convenção Americana de Direitos Humanos. Outro agravante está no fato de que, enquanto o Supremo Tribunal Federal toma decisões consideradas exemplares na área da liberdade de expressão, ainda existe a possibilidade de juizes locais usarem suas prerrogativas para censurar informações. Ademais, algumas decisões políticas ou jurídicas representam perigo real de restrições à liberdade de expressão.

4. A TENSÃO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Mas por que a liberdade de expressão tão amplamente divulgada nas principais convenções não dirige comportamentos nos países signatários? Jürgen Habermas¹⁴ considera existir uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização. Isso porque, ao passo em que devem ter uma validade ilimitada para as pessoas, não se sabe ao certo como obtê-los. Segundo o autor, os intelectuais radicais sustentam a tese segundo a qual por trás da pretensão de validade universal para os direitos humanos oculta-se uma pretensão de poder.

O autor acredita que as aspirações a uma validade universal do direito dissimulam a vontade de um determinado grupo de se impor. Porém, considera que o Estado Democrático de Direito “encontra a sua identidade não em

¹⁴ HABERMAS, Jürgien. **Direito, Estado e Sociedade**: sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

comunidades étnicas e culturais, mas na prática de cidadãos que ativamente exercitam seus direitos de participação e comunicação”¹⁵. E conclui: “a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos igualmente possíveis”¹⁶.

Marques de Lima¹⁷ lembra que toda norma tem um pouco de hipocrisia, “sobretudo quando traça programas ideais a serem conquistados. Mas isso não a torna completamente impraticável nem retira o seu valor nem a sua vincularidade”. Num ambiente em que a liberdade é o insumo da política democrática contemporânea, Eduardo Faria¹⁸ considera-a como produto da máquina política e esse resultado, conforme o autor, é impensável sem condições mínimas de igualdade.

Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam páreas, no sentido dado ao termo por Hannah Arendt. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de humanidade; portanto sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social¹⁹.

Para Ronald Dworkin²⁰, os direitos individuais são trunfos e devem ser utilizados contra programas políticos fixados por decisões majoritárias porque constituem princípios de direitos a serem interpretados como obrigatórios e não como valores preferidos. O jurista Robert Alexy²¹ analisa os direitos fundamentais como democráticos a partir da garantia de direitos de liberdade e de igualdade, que são capazes de assegurar a existência de pessoas capacitadas para manter o processo democrático.

A fórmula do Estado Democrático, para Guerra Filho²², se firma a partir dos clássicos direitos individuais de liberdade, “que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados em nome da realização dos direitos sociais”. O autor considera como compromisso básico do Estado Democrático de Direito a harmonização interesses que se situam em três esferas fundamentais: a pública, ocupada pelo Estado, a privada e na coletiva: “Não se impõe

¹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p.128.

¹⁶ HABERMAS, 2000, p.263.

¹⁷ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**: abordagem interdisciplinar da sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁸ FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

¹⁹ FARIAS, 2004, p. 95.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2009.

qualquer medida sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pelo qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo²³.

Na análise de Bobbio, o novo *éthos* mundial dos direitos humanos resplandece apenas nas solenes declarações internacionais e nos congressos mundiais que os celebram e os comentam.

Mas a essas celebrações solenes e a esses comentários doutos corresponde sua violação sistemática, em quase todos os países do mundo (talvez pudéssemos dizer todos, sem medo de nos equivocarmos), nas relações entre poderosos e fracos, ricos e pobres, entre o que sabe e o que não sabe²⁴.

Apesar do aparente pessimismo, o autor determina a necessidade de **não** se desistir. “Ainda mais que somente hoje, e hoje mais do que nunca, podemos começar a acreditar seriamente que o futuro está em nossas mãos²⁵”.

Paulo Bonavides ecoa essas inquietações do lado de cá do Atlântico²⁶. Segundo o jurista, **só é possível fazer com que as garantias constitucionais sejam eficazes num ordenamento** capaz de concretizar em toda plenitude os postulados do Estado de Direito, “sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção”. Sem ter acesso a uma informação pluralista, o cidadão dificilmente terá como exercer com dignidade a sua cidadania e a soberania popular estará, irremediavelmente, esvaziada.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, necessariamente, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema²⁷.

A preocupação com a liberdade de expressão é uma tradição constitucional na história do Brasil. “As Constituições vêm mantendo, com pouca variação na redação, esse princípio protetor dos modos de emissão do pensamento”²⁸. Mesmo com esse avanço presente nas constituições do passado, é preciso lembrar da ruptura na liberdade de expressão imposta pelo Ato Institucional n.º 5, de dezembro de 1968, durante o regime militar brasileiro, que ofereceu seriíssimas restrições ao direito à informação.

Na atual Constituição, a garantia constitucional da liberdade de comunicação social, descrita no artigo 220, é uma conseqüência da norma prevista no art. 5.º, IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual,

²³ GUERRA FILHO, 2009, p. 123.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, 519.

²⁵ BOBBIO, 2003, p. 519.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 489.

²⁷ BONAVIDES, 2009, p. 571.

²⁸ FARIAS, 2004, p.153

artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Foi uma forma de superar as restrições do regime militar.

Diante deste cenário, o maior historiador do século XX, qualificado como a “era dos extremos”, Eric Hobsbawn²⁹ alerta que o mundo não sabe exatamente para onde está indo. “Só sabemos que a história nos trouxe a esse ponto e por quê, sabemos que, por trás da opaca nuvem de nossa ignorância e da incerteza de resultados detalhados, as forças históricas que moldaram o século continuam a operar”.

4.1 Liberdade de expressão na Venezuela

O Estado venezuelano reconhece sua obrigação de proteger, garantir e promover o exercício da liberdade de expressão no artigo 57 de sua Constituição e promete honrar suas obrigações internacionais no artigo 23 de seu texto constitucional, que determina: “Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos ratificados pela Venezuela, tem hierarquia constitucional e prevalecem sobre o direito interno”³⁰. Isso, na medida em que contenham normas sobre o exercício mais favorável do que as estabelecidas pela Constituição e pelas leis da República, sendo de aplicação imediata pelos tribunais e demais órgãos do poder público.

Ainda no artigo 337, estabelece-se a liberdade de informação como direito que não pode ser restringido nem em estados de exceção. O artigo 58 determina: a comunicação é livre e plural, e comporta deveres e responsabilidades que indiquem a lei. Toda pessoa tem direito a informação oportuna, veraz e imparcial, sem censura, de acordo com os princípios constitucionais, assim como direito de resposta e retratação para quem se sentir afetado por informações inexatas.

A última publicação da RECIDH³¹ revela que, ainda em 2003, numa visita de representantes da instituição à Venezuela foram elaboradas recomendações ao Estado, como: adotar medidas urgentes para cessar ataques a jornalistas, cinegrafistas e fotógrafos, políticos de oposição e defensores de direitos humanos; realizar investigações sérias e imparciais de assassinatos, ataques e ameaças a trabalhadores da comunicação social; respeitar as determinações do sistema americano de proteção da liberdade de expressão, adequando sua legislação conforme parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana.

No ano seguinte, a Comissão concluiu que as recomendações não haviam sido cumpridas. Em 2008, a Venezuela ainda não propiciava um clima favorável a uma ativa participação e intercâmbio de ideias entre os setores da sociedade. Numerosos atos violentos de intimidação de provenientes de grupos privados contra jornalistas e meios de comunicação além de declarações de funcionários

²⁹ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 562.

³⁰ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 562.

³¹ RELATORIA..., 2010.

de importantes cargos públicos configuravam um cenário restritivo, inibidor ao livre exercício da liberdade de expressão como condição de uma democracia fundada no pluralismo e na deliberação pública.

Em 2009, em pronunciamento, a CIDH sustentou que desde 2000 é observada uma paulatina vulneração ao exercício ao direito da liberdade de se expressar e uma crescente intolerância a expressão crítica. Essa conclusão surgiu a partir das seguintes constatações: o uso de pronunciamentos presidenciais, manifestações de autoridades governamentais contra jornalistas com base na sua linha editorial, os processos disciplinares, administrativos e penais contra os meios de comunicação, além de problemas com o acesso a informação no País.

Como resposta, o Estado da Venezuela considerou que “a Comissão com sua Relatoria Especial tem uma obsessão contra o País e quer que o Estado venezuelano não tome nenhuma medida legal contra os donos dos meios de comunicação e jornalistas que não respeitam o Código de Ética”³². Afirmou ainda as determinações sugerem que os meios de comunicação não podem ser contraditados, nem tocados com uma “pétala de rosas”, porque imediatamente se considera-se violado o “sagrado” direito a liberdade de expressão.

Desde 2004, entrou em vigor na Venezuela a lei de Responsabilidade Social no Radio e Televisão. O objetivo é de fixar limites para os meios de comunicação. Além de proibir o uso de linguagem vulgar e divulgação de sexo e violência e psicológica entre as 7 e às 23 horas, horário “durante o qual os canais venezuelanos costumavam exibir cenas de sangue, escatológicas e carnificinas muito mais violentas do que seria permitido nas televisões abertas dos Estados Unidos em qualquer horário”³³.

A lei também ampliou de oito dias para um ano a pena de prisão para crimes de difamação e de divulgar declarações que ferissem a honra, a reputação e o respeito de uma pessoa. Além de multas pesadas e revogação de licenças de transmissão. Adversários de Chávez viram a medida como uma Lei da Mordança. Para alguns, a lei representava mais uma investida do presidente contra a liberdade de expressão. “Essas pessoas observaram que muitos jornalistas da Venezuela haviam sido fisicamente atacados por simpatizantes de Chavez nas ruas, apesar de repórteres de televisão do governo também terem sido agredidos por opositores apesar de Chávez ter criticado ações violentas”³⁴.

O presidente considerava a necessidade de controlar os meios de comunicação. Alguns defensores da lei acreditavam que muitas medidas adotadas tinham poucas diferenças das regulamentações da Comissão Federal de Comunicação dos Estados Unidos. Mas a grande tentativa do Governo era incentivar coberturas mais imparciais dos acontecimentos por parte da mídia,

³² RELATORIA...2010.

³³ JONES, Bart. **Hugo Chávez**: da origem simples ao ideário da revolução permanente. São Paulo: Novo Conceito, 2008, p. 449.

³⁴ JONES, 2009, p. 449.

que não só criticavam sem limites o Presidente, mas também entoavam o coro para derrubá-lo do poder, inclusive com tentativas ilegais.

Um exemplo foi em 2002, ano no qual o presidente sofreu golpe de Estado e a rede RCTV deu espaço para uma manifestação contra Chávez, ignorando mobilizações em favor dele. “Alguns jornalistas confessam ter deixado de atuar de forma jornalística, sem apresentar os diferentes lados da notícia, para se transformarem em ativistas políticos”. Pablo Uchoa³⁵ observa o fato de as redações importantes terem acendido o alarde vermelho contra o presidente venezuelano. Para ele, nada do que acontece na Venezuela é notícia, tudo é opinião.

Questionados sobre a lei, o Governo explicou que a entrada em vigor teve o objetivo de conceder à produção nacional uma nova ordem das comunicações, sempre concentradas nas mãos de grandes meios de comunicação, que limitavam, segundo o Estado, o desenvolvimento da democracia participativa, evitando a concentração de conteúdos e interesses obscuros que poderiam não responder aos interesses coletivos. “longe de pretender ser uma lei excludente, é um instrumento necessário para garantir a inclusão social e promover o desenvolvimento de conteúdos de rádio e televisão feitos por venezuelanos para venezuelanos”³⁶.

Em resposta, a Comissão considera ser importante recordar que qualquer que seja a política adotada para promover inclusão e diversidade, ela deve respeitar os modelos internacionais em matéria de liberdade de expressão. Desde o momento em que a Assembléia Nacional Venezuelana anunciou a apresentação de tal projeto de lei, a Comissão se mostrou preocupada pelas disposições vagas e imprecisas de várias disposições e pela gravidade das penas impostas pela norma.

Nelly Arenas³⁷, ao analisar o populismo do presidente, reconhece que nos últimos anos o governo incrementou sensivelmente o número de estações de rádio e TV controladas pelo Estado. Todos os meios têm sido conduzidos para trabalhar a imagem do governo e, especialmente, do presidente. Simultaneamente, têm-se feito ameaças de não renovação da concessão de canais televisivos, como a Radio Caracas Television, a qual perdeu o sinal em 2007.

Na Venezuela, o governo bolivariano inaugurado por Hugo Chávez é criticado por organismos internacionais. A imagem veiculada do presidente pelos meios de comunicação é sempre negativa, mesmo quando sua popularidade aumentava entre milhões de pessoas.

³⁵ UCHOA, Pablo. **O fim da notícia**. Observatório da Imprensa on-line. Paris, 6 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=371JD B003>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

³⁶ RELATORIA...2010.

³⁷ ARENAS, Nelly. **El populismo de Hugo Chávez**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Disponível em: <http://institucional.us.es/araucaria/nro22/monogr22_4.pdf> . Acesso em 14 de março 2010.

4.2 Liberdade de expressão no Brasil

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 tratou sobre a informação jornalística em dois tópicos distintos e correlatos, nos títulos referentes aos direitos e garantias individuais. A Carta Magna garante livre expressão de pensamento e ampla comunicação de informações, porém com restrições expressas e tácitas, que serão vistas ao longo deste trabalho, como revela Farias³⁸:

Se, por um lado, o texto constitucional assegura imunidade à liberdade de expressão e comunicação contra censura de qualquer natureza e proclama que nenhuma lei poderá embaraçar a comunicação social; por outro, além de prescrever restrições expressas à liberdade de expressão e comunicação, autoriza tanto o legislador como o Judiciário a estabelecerem restrições à liberdade de expressão e comunicação quando necessárias para proteger direitos fundamentais ou resguardar outros valores constitucionais.

A previsão constitucional baliza o direito de informação como direito fundamental em seu duplo aspecto. O primeiro é relativo à própria liberdade de comunicação, considerado um direito ativo, que deve ser exercido sem ameaça de nenhum tipo de censura ou retaliações. O segundo aspecto trata do direito de ser informado, um direito passivo. No encontro destes aspectos se complementa a atribuição dos meios de comunicação em suas diversas matizes, que vai desde a interpretação da realidade até formação do público apto a participar e discutir diante do processo democrático.

A liberdade de expressão ganhou status constitucional há poucos séculos, com as revoluções americana e francesa. No Brasil, a Constituição Federal deu proteção jurídica às opiniões dos cidadãos para que eles pudessem dividi-las abertamente e com quem tivessem interesse. O primeiro parâmetro constitucional da liberdade de expressão começa com a exposição de que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado do anonimato” (art. 5º, IV). Determinação que impõe diferentes resultados nas manifestações humanas: “De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutiladas a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção do Estado”³⁹.

A preocupação com a liberdade de expressão é uma tradição constitucional na história do Brasil. Ainda na Carta Imperial de 1824 havia previsão legal para a liberdade de pensamento, como estava prevista no art. 179, IV: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura”. “As Constituições subseqüentes vêm mantendo, com pouca variação na redação, esse princípio protetor dos modos de emissão do pensamento”⁴⁰.

³⁸ FARIAS, 2008, p. 19.

³⁹ BARBOSA, 1990, p. 50.

⁴⁰ FARIAS, 2004, p. 153.

O autor observa que a cobertura da liberdade de comunicação pela Constituição Federal de 1988 segue os modelos de regulação da matéria, fornecidos pelas constituições contemporâneas, como a espanhola, e pelos documentos internacionais.

Na atual Constituição, a garantia constitucional da liberdade de comunicação social, descrita no artigo 220, é uma consequência da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. A Constituição Federal regulamenta o sentido mais estrito da noção de comunicação: jornal, revista, rádio e televisão.

A órbita constitucional também oferece refúgio à liberdade de comunicação em todas as atribuições de procurar, acessar, receber e difundir fatos, notícias ou informações. O artigo 5º é bastante claro ao determinar: é livre a atividade de comunicação. É importante perceber o difusor de conceitos entre liberdade de expressão e de comunicação. A primeira é uma proteção jurídica relacionada a elementos subjetivos, como pensamentos, ideias, opiniões. A segunda, diz respeito apenas a elementos objetivos como fatos, notícias ou informações⁴¹.

A comunicação prevista constitucionalmente é tida como o complexo e amplo processo que envolve troca de mensagens entre emissores e receptores, incluindo a difusão do pensamento; enquanto informação representa o conteúdo da comunicação. O direito fundamental de informar é importantíssimo para que o cidadão tenha participação na vida pública e para formar debates democráticos.

Aqui, considera-se o conceito de democracia conforme José Bernardo Toro⁴²: “É uma ordem social que se caracteriza pelo fato de suas leis e suas normas serem construídas pelos mesmos que as vão cumprir e proteger. A democracia é uma ordem autofundada”. Segundo o autor, neste sistema, o cidadão se caracteriza pela pessoa capaz de transformar, com outros, a ordem social e a quem cabe cumprir e proteger as leis que ele mesmo ajudou a criar.

Construções da sociedade, as notícias são resultado de inúmeras interações entre diversos agentes sociais que mobilizam informações. Para se ter uma ideia, até chegar ao público, uma informação exibida na televisão ou publicada no jornal é produzida num processo extremamente complexo que envolve desde a captação, elaboração, redação até a edição. Uma estrutura carregada de valores que os jornalistas partilham como membros da comunidade, com a sociedade, como afirma Traquina⁴³: “Os jornalistas interagem silenciosamente com a sociedade por via dos limites com que valores sociais marcam fronteiras entre normal e anormal, legítimo e ilegítimo, aceitável e desviante”.

Umberto Eco⁴⁴ lembra que os meios de comunicação inauguraram uma

⁴¹ FARIAS, 2004, p. 162.

⁴² TORO, José Bernardo. **Comunicação e Mobilização Social**. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 16.

⁴³ TRAQUINA, Nelson. **O estudo do jornalismo no século 20**. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 29.

⁴⁴ ECO, Humberto. **Apocalípticos e integrados**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 14.

série de reflexões que são localizadas pontualmente ao longo da História. “Não é casual a concomitância entre civilização do jornal e civilização democrática, conscientização das classes subalternas, nascimento do igualitarismo político e civil, época das revoluções burguesas”. Ele analisa que não há como se afastar ou ficar imune ao universo da mídia, que oferece inclusive “sentimentos e paixões”.

Nessa tessitura das mensagens, surgem os mais distintos desafios nos territórios da comunicação. Até porque, como revela Norval Baitello Júnior⁴⁵, “quanto mais se aperfeiçoam as possibilidades do homem se comunicar com o mundo, com os outros homens e consigo mesmo, aumentam também, em idêntica proporção, as suas incapacidades, suas lacunas, seus entraves ao mesmo processo, ampliando a incomunicação humana”.

Segundo ele, a comunicação, além de direito, é um espaço vital de manifestação. Assim, a mídia agiliza a organização dos vínculos sociais e favorece o sentimento de participação. Até porque “nossa experiência vivida foi precedida por uma série de ideias preconcebidas e derivadas, pelo menos em parte, das palavras e imagens transmitidas pela mídia⁴⁶. Para chegar até aqui, os meios de comunicação passaram por mudança não só tecnológica, mas também simbólica.

Um ponto importante da liberdade de informar é o compromisso com a veracidade, com a apuração correta da informação difundida porque sem informação correta não há cooperação dos cidadãos nas decisões democráticas. “A Constituição não protege informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas⁴⁷.”

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não só as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto do diálogo.

Outro aspecto dessa trama constitucional é o direito fundamental de acesso à informação. O direito de ser informado encontra tutela no inciso IX do art. 5º, que inclui não apenas um interesse pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro direito do destinatário das notícias de recebê-las, como alerta Farias: “Em razão a relevância da informação para o pleno exercício dos direitos sociais e individuais e para o bem-estar de uma sociedade fraterna é possível ainda apoiar o direito

⁴⁵ BAITELLO JÚNIOR, Norval. **Os meios da incomunicação**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 9.

⁴⁶ THOMPSON, Jhon B. **A mídia e a modernidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 39.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 161.

de ser informado em vários princípios fundamentais do ordenamento constitucional”⁴⁸.

Para Paulo Bonavides⁴⁹, é possível fazer com que as garantias constitucionais sejam eficazes num ordenamento que concretize em toda plenitude os postulados do Estado de Direito, “sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção”. Sem ter acesso a uma informação pluralista, o cidadão dificilmente terá como exercer com dignidade a sua cidadania e a soberania popular estará, irremediavelmente, esvaziada.

5. CONCLUSÕES

Como se pode perceber, o fluxo da liberdade de expressão e comunicação ganhou em muitas lutas travadas nas mais diversas arenas mundiais. Nesse contexto em que a informação tem escala global, foram sendo contornados modelos distintos de previsões constitucionais para enfrentar o crescente fluxo de informações mediadas. Mas, ao passo que as manifestações mundiais impressas em tratados e convenções exaltam a liberdade de expressão, o movimento interno dos Estados nem sempre segue esse fluxo.

Percebe-se a dificuldade em se manter um ambiente em que a liberdade de produzir, receber e divulgar as informações, principalmente nos países governados por governos populistas, que elaboram leis e determinam atos que pretendem silenciar a informação. No caso do Brasil foram visíveis os avanços, mas ainda há retrocessos. O estado de vigilância de institutos como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contribui para a visibilidade de atitudes de exaltação à comunicação e também o seu contrário.

A política da Venezuela em relação à liberdade de expressão é tão contraditória quanto seu próprio Governo controverso, que usa em demasia os instrumentos da democracia participativa (referendo, sobretudo), ao mesmo tempo em que cria milícias, interfere na política interna de outros países e tem práticas autoritárias. No Brasil, num momento novo em que abole a Lei de Imprensa, mas ao mesmo tempo ocorrem denúncias até mesmo de censura prévia pelo Judiciário.

Os elementos da liberdade de expressão são essenciais não só para a democracia, mas para a sociabilidade humana. Por isso, a luta por esse direito deve ser constante e incansável. Mesmo assim, não se pode deixar de levar em conta os limites constitucionais e os determinados pelas convenções, afinal, nenhum direito é absoluto.

⁴⁸ FARIAS, 2004, p. 169.

⁴⁹ BONAVIDES, 1985, p. 489

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011

ARENAS, Nelly. **El populismo de Hugo Chávez**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Disponível em: <http://institucional.us.es/araucaria/nro22/monogr_22_4.pdf> . Acesso em 14 de março 2010.

BAITELLO JÚNIOR, Baitello. **Os meios da incomunicação**. São Paulo: Anablume, 2005.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. 3 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BURKE, Peter. **A história social da mídia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COMMISSION Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y Libertad de Expresión em Venezuela. **Organización de los Estados Americanos On Line**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/VENEZUELA.2009.ESP.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2010.

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Jornalismo, ética e qualidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Humberto. **Apocalípticos e integrados**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ESTADO de São Paulo censurado. **Estado de São Paulo on line**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2009.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- FORTES, Leandro. **Jornalismo investigativo**. São Paulo: Contexto, 2007.
- GRANDINETTI, Luís Gustavo & CARVALHO, Castanho. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2009.
- GHERSI, Carlos A. **Derechos fundamentales de la persona humana**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- GRANDINETTI, Luís Gustavo; CARVALHO, Castanho. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- KOVACH, Bill ; ROSENSTIEL, Tom. **Os elementos do jornalismo-** O que os jornalistas devem saber e o público exigir. São Paulo: Geração, 2003.
- HABERMAS, Jürguen. **Direito, Estado e Sociedade:** sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2000.
- HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- KOVACH, Bill & ROSENSTIEL, Tom. **Os elementos do jornalismo-** O que os jornalistas devem saber e o público exigir. São Paulo: Geração Editoria, 2003.
- JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: Martins, Ives Granda da Silva & Pereira Jr, Antônio Jorge (coord). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, 2005.
- JONES, Bart. **Hugo Chávez:** da origem simples ao ideário da revolução permanente. São Paulo: Novo Conceito, 2008.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira:** abordagem interdisciplinar da sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, 2005.
- MENDEL, Toby. **Liberdade de informação:** um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília, UNESCO, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Altas, 2005.
- OEA vê liberdade de expressão sob risco na Venezuela. **Folha de São Paulo Online**, São Paulo, 06 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2009.
- PEREIRA, Guilherme Doring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA JÚNIOR, Luiz Costa. **A apuração da notícia:** métodos de investigação

na imprensa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do Direitos Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espíritos das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, Informática e Comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RELATORIA Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Especial Humanos. **Organização dos Estados Americanos On Line**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

RIBEIRO, Renato Janine. **O afeto autoritário**: televisão, ética e democracia. São Paulo, Ateliê Editorial, 2005.

THOMPSON, Jhon B. **A mídia e a modernidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

TRAQUINA, Nelson. **O estudo do jornalismo no século 20**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

TORO, José Bernardo. **Comunicação e Mobilização Social**. Brasília: Universidade de Brasília, 1996

UCHOA, Pablo. **O fim da notícia**. Observatório da Imprensa on-line. Paris, 6 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=371JD B003>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

WELFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WOLF, Mauro. **Teorias das comunicações de massa**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



MULTAS TRIBUTÁRIAS, PROPORCIONALIDADE E CONFISCO

*Hugo de Brito Machado Segundo**

Resumo

Em face de uma maior preocupação com questões substanciais, decorrentes do reconhecimento da positividade de certas disposições constitucionais, discute-se a existência de limites a serem observados pelo legislador infraconstitucional na definição de ilícitos tributários e na cominação e graduação das respectivas penalidades. Como tais penalidades são um meio para que se atinjam fins constitucionalmente protegidos, não é possível definir como ilícita uma conduta quando isso não for adequado à consecução dos tais fins. Tampouco será necessária a penalidade, quando existirem outros meios igualmente hábeis a que se atinjam os referidos fins. Finalmente, a penalidade, para ser válida, deverá ainda ser proporcional em sentido estrito, representando o prestígio aos valores constitucionalmente protegidos que justificam a sua aplicação sem incorrer, porém, em gravame excessivo aos demais valores igualmente caros ao texto constitucional. São exemplos de penalidades que não preenchem tais requisitos a prevista nos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/96, as sanções repelidas pelas Súmulas 70, 323 e 574 do STF, bem como as multas aplicada em caso de descumprimento de deveres meramente formais, em situações não tributadas, ou cujo tributo é devido e foi recolhido regularmente, mas que não obstante são calculadas de forma proporcional ao valor da operação realizada.

Palavras-chave

Multas tributárias. Confisco. Proporcionalidade.

Abstract

Considering the existence of a greater concern about substantive issues, due to the recognition of the normativity of certain constitutional principles, this paper discusses the existence of limits to be observed by the legislator in defining tax offenses and grading the correspondent penalties. As such penalties are a means to achieve constitutionally protected purposes, it is not possible to legally define a conduct as unlawful when it is not appropriate for the achievement of these purposes. Nor it will be valid when there are other means equally appropriate to the achievement of those objectives. Finally, the penalty, to be valid, must be proportional in the narrower sense, so the prestige constitutionally protected values that justify their application does not imply excessive encumbrance of other values equally protected by the constitution. Examples of penalties that do not meet such requirements are the one provided in article 74, §§ 15 and 17 of Art. 74 of Law 9.430/96, the penalties repelled by Precedents 70, 323 and 574 of the Brazilian Supreme Court, and fines imposed in case of violation of formal duties, in situations in which the tax is not due, or whose tax is due and collected regularly, but that nevertheless is calculated in proportion to the value of the operation.

* Mestre e Doutor em Direito, Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. *Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

Keywords

Tax penalties. Confiscation. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

Questão de grande relevo diz respeito aos limites impostos à atividade do legislador infraconstitucional na definição dos ilícitos tributários e no dimensionamento das penalidades aplicáveis aos que os praticam. Dentro de uma mudança de paradigma no estudo do Direito, na qual os que dele se ocupam têm crescentes preocupações, também, com problemas de cunho *substancial*, de fato parece oportuno tratar das multas tributárias e de possível relação entre estas e os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, postos sob a luz do princípio (ou postulado) da proporcionalidade. O tema é relevante, tem sido maltratado pelo legislador, e teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF (RE 640.452). Acredito que isso justifica sua abordagem neste artigo.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA A IMPOSIÇÃO DE UMA PENALIDADE PECUNIÁRIA

Já faz algum tempo, o estudo e a aplicação do Direito passaram por uma importante mudança de paradigma, por meio da qual a Constituição assumiu posição de destaque e primazia.

Diz-se, de forma um tanto imprópria, que a partir de algum momento do Século XX, momento que no Brasil seria representado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios jurídicos teriam sido expressamente positivados, passando a ter força normativa e a vincular juízes e legisladores. Em verdade, essa mudança de paradigma realmente aconteceu; a alteração, contudo, não se deu, propriamente, nos textos constitucionais,¹ mas na forma de interpretá-los e aplicá-los. O que antes era visto como mera recomendação passou a ser tratado como enunciado normativo, dotado de força cogente, desenvolvendo-se toda uma metodologia para interpretar e aplicar tais normas.

Seja como for, é inegável que, a partir das últimas décadas do Século XX, observa-se sensível mudança na forma como os problemas jurídicos são tratados pelos que se ocupam do estudo e da aplicação das normas jurídicas. Questões que antes eram tratadas à luz da *lei*, cujo conteúdo era eventualmente aceito, por ser o direito positivo, ou criticado, à luz de um direito natural, passaram a ser examinadas à luz da Constituição, notadamente dos princípios que, nela contidos, dariam *fundamento* para o texto legal correspondente. A crítica à lei, em vez de fundar-se no direito natural, passou a apoiar-se na Constituição, o

¹ Leitura do art. 179 da Constituição de 1824, por exemplo, revela que seu conteúdo não era assim tão diferente do que hoje se acha contido no art. 5.º da Constituição de 1988. Não obstante, embora nele se achasse prevista a necessidade de igualdade entre os homens, os que combatiam a escravidão, que existia sob a sua vigência, o faziam invocando o Direito Natural, e não o texto constitucional. Isso mostra que, como se está afirmando aqui, a mudança foi muito mais na maneira de ver os textos do que propriamente na redação destes.

que lhe confere maior objetividade, ou, pelo menos, melhores possibilidades de controle intersubjetivo. Por essa razão, muitos autores intitularam essa nova fase da teoria jurídica de “pós-positivismo”², fruto de uma síntese dialética entre as correntes juspositivistas e jusnaturalistas.³

Não parece que tenha havido, de fato, superação do positivismo, ou do jusnaturalismo, tampouco do debate entre os partidários de tais correntes. A rigor, apenas subiu-se um degrau na hierarquia normativa, mas se continuou no âmbito do direito positivo. Tanto que os princípios, para serem aplicados, tiveram de ser reconhecidos como normas positivadas nas Constituições. Isso suscita a questão de saber como seria possível a dita superação, do antagonismo entre jusnaturalismo e positivismo, no caso de Constituições que expressamente consagrem princípios injustos, ou nas hipóteses de condutas que parecem adequadas para os membros de uma sociedade e absurdas para os de outra, exemplos aqui citados apenas para indicar a subsistência, só que em outro plano, das mencionadas correntes jusfilosóficas e do antagonismo entre seus partidários.⁴

De uma forma ou de outra, o que importa é que, atualmente, se reconhece estarem positivados na Constituição princípios, assim entendidas as normas que apenas indicam a necessidade de se perseguirem objetivos, metas, fins ou propósitos, sem indicar os meios que deveriam ser empregados para tanto.⁵ São essas disposições, antes tidas como “meramente programáticas”, que hoje são vistas como dotadas de eficácia normativa, a vincular todos os poderes constituídos, notadamente juízes e legisladores.

Nessa ordem de idéias, por exemplo, se a Constituição impõe, como objetivo a ser perseguido pelos que estão sujeitos às suas disposições, por norma com estrutura de princípio, a proteção ao meio ambiente (CF/88, art. 170, VI), não se tem aí apenas um indicação de intenções sem valor normativo, como se consideravam, à época, as constantes do art. 179 da Constituição de 1824. De rigor, com a disposição constante do art. 170, VI, da CF/88, entende-se hoje que a Constituição está, indiretamente e *a priori*: (i) proibindo todas as condutas que agridem o meio ambiente; (ii) tornando obrigatórias todas as condutas que

² Cf., *v.g.*, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional**. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2-47.

³ É o caso, por exemplo, de GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 169, que associa essa “superação” ao fato de se admitir atualmente a positividade de normas com estrutura de princípio, pois com isso se estaria conferindo validade objetiva, ou positividade, aos valores.

⁴ Nesse sentido: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, *passim*.

⁵ Para os vários sentidos em que a palavra “princípio” é empregada pela doutrina brasileira, e uma explicação de seu uso em termos semelhantes ao adotado no presente texto, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção”, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607.

promovem, prestigiam ou protegem o meio ambiente; (iii) considerando lícitas todas as demais condutas, indiferentes à proteção ao meio ambiente. Assim, nesse exemplo, a imposição de multas pecuniárias, por meio de lei, encontraria fundamento na necessidade de se proibirem as condutas agressivas ao meio ambiente, servindo de sanção punitiva àqueles que assim se conduzissem.

A questão é que o texto constitucional não se resume ao art. 170, VI. Em seus demais dispositivos, a Constituição veicula muitas outras normas, algumas com estrutura de regra, outras com estrutura de princípio, as quais servem de limites ao alcance daquela que impõe a proteção ao meio ambiente. Dessa forma, não é possível proibir, literalmente, todas as condutas que de algum modo prejudicam o meio ambiente, punindo-as com severas sanções; tampouco seria juridicamente admissível tornar obrigatórias todas aquelas que de alguma maneira beneficiam o meio ambiente: com isso não seria possível atender à proteção à livre iniciativa, ou ao pleno emprego, à propriedade privada ou à própria liberdade individual. Daí a necessidade de tais mandamentos serem conciliados, o que só se obtém por meio do princípio, ou postulado,⁶ da proporcionalidade.

O conteúdo do postulado da proporcionalidade e de suas subdivisões já foi examinado em muitos livros e artigos, o que, em princípio, tornaria prescindível seu trato aqui. Entretanto, como o que se pretende é demonstrar sua aplicabilidade à definição de ilícitos tributários e à graduação das penalidades correspondentes, pede-se licença ao leitor para, em poucas linhas, lembrarem-se algumas idéias básicas em torno do tema.

Sempre que a Constituição, por meio de normas com estrutura de princípio⁷, determina a promoção de um objetivo (ou de um “estado ideal de coisas”), entende-se que ela está a determinar a adoção de meios que sejam *adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito* a essa promoção. O meio será adequado quando, de fato e efetivamente, conduzir ao objetivo perseguido. Será necessário quando, dentre os meios existentes e adequados, não existir outro que seja menos gravoso à promoção dos demais princípios igualmente prestigiados pela Constituição. Finalmente, será proporcional em sentido estrito quando, além de adequado e necessário, o emprego do meio em questão causar aos outros princípios, igualmente prestigiados constitucionalmente, impactos mínimos, justificáveis em face do maior benefício obtido com a sua adoção (os bônus justificam os ônus). É nesse último momento, da proporcionalidade em

⁶ Humberto Ávila prefere o termo “postulado” para designar o que a maior parte da doutrina nomina como “princípio” da proporcionalidade, pois, a rigor, por meio dele não se prescreve um objetivo a ser perseguido na medida do possível, ou a promoção de um “estado ideal de coisas”, mas antes se estabelecem critérios para a aplicação de outras normas jurídicas. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*.

⁷ Assim entendidas aquelas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

sentido estrito, que se realiza verdadeiramente a *ponderação*, aferindo-se se os prejuízos advindos da adoção do meio escolhido se justificam à luz dos benefícios por ele trazidos, ou por outras palavras, dando-se primazia à solução que implicar o menor sacrifício possível aos princípios envolvidos.

Note-se que esse juízo de proporcionalidade é feito por toda criatura racional, a cada instante, em maior ou menor intensidade, sempre que se avaliam alternativas a serem escolhidas à luz das metas ou objetivos que se pretendem atingir. Ao decidir sobre ir ou não a um compromisso social, sobre assumir ou não um encargo profissional, sobre faltar ou não à academia de ginástica, o sujeito avalia até que ponto isso seria adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, em face das metas que eleger para orientar sua vida e do peso que atribui a cada uma delas.

Um bom exemplo disso pode ser colhido na prescrição de um tratamento de saúde por um médico. Suponha-se que o paciente tem dores no joelho, e o ortopedista lhe pretende receitar um medicamento. Inicialmente, será o caso de verificar se o medicamento realmente produzirá efeitos sobre o joelho dolorido. Caso nenhum efeito produza sobre ele, não será atendido o quesito da *adequação*. Em seguida, o médico examinará se não existe outra droga ou tratamento (acupuntura, ginástica, fisioterapia...) igualmente eficaz para o tratamento do problema, mas que seja menos gravoso a outros valores a serem por ele igualmente respeitados (economia, conforto, saúde de outras partes do corpo etc.). Se há marca mais barata, não há motivo para receitar a mais cara. Se o paciente é uma criança, o tratamento será demorado e há xarope com agradável sabor de frutas, não há razão para receitar doloridas injeções. Se há versão sem efeitos colaterais, não há justificativa para receitar aquela que os têm. Trata-se, aí, do requisito da *necessidade*. E, finalmente, se apenas existe um remédio que cura o problema, caro e com severos efeitos colaterais (sendo, portanto, adequado e necessário receitá-lo, se se pretende curar o problema), será o caso de verificar se esses efeitos colaterais não serão mais graves e danosos que a própria doença a ser combatida, sendo, portanto, preferível não remediá-la (proporcionalidade em sentido estrito). Se a única droga capaz de realmente curar as dores no joelho causará danos irreversíveis ao fígado, pode ser o caso de não a prescrever em absoluto, sendo preferíveis as dores eventuais no joelho a um problema hepático que pode conduzir à morte do paciente.

Na aplicação da proporcionalidade para que se proceda ao controle da relação entre meios e fins na realização de princípios constitucionais não é diferente. Relativamente às multas tributárias, portanto, é preciso encontrar, na Constituição, o fundamento para a sua instituição e aplicação, vale dizer, a finalidade ou o objetivo a ser com elas alcançado. Esse fundamento parece contido em várias disposições esparsas, mas, de forma mais específica, é possível identificá-lo no art. 145, §1.º, e no art. 150, II, dispositivos que consagram os

princípios da capacidade contributiva e da isonomia.⁸ Todos devem contribuir para o financiamento do Estado na medida de suas possibilidades econômicas, finalidade que evidentemente deve ser conciliada com outras normas constitucionais,⁹ mas que deve ser perseguida na medida do que for factual e juridicamente possível.

Nesse contexto, o contribuinte que oculta seus bens, adultera declarações, omite operações tributáveis etc., está realizando condutas contrárias ao mencionado objetivo. Trata-se, pois, de conduta reprovável, contrária a um valor objetivamente consagrado no texto constitucional, passível, portanto, de punição por parte do legislador ordinário.

O primeiro limite a ser observado, na perseguição desses objetivos – igualdade tributária e capacidade contributiva – por meio do estabelecimento de sanções aos contribuintes que os contrariam é representado pela regra da legalidade. As infrações, e as sanções cominadas aos que as praticam, devem ser definidas em lei em sentido estrito. Trata-se, todavia, de limite meramente formal, que nada diz sobre quais condutas poderiam ser definidas como infração, nem de como as respectivas sanções podem ser estabelecidas e graduadas. É nesse controle, substancial, que assume importância o postulado da proporcionalidade.

Como a definição da infração e a cominação da penalidade são *meio* para se atingir o fim (tributação isonômica e conforme a capacidade contributiva), é preciso que o meio seja, de início, *adequado* a essa finalidade. Para tanto, será o caso de indagar: a conduta realmente pode ser considerada ilícita, por contrariar o objetivo buscado? Caso a conduta seja *inócua* relativamente ao objetivo buscado (bem como a quaisquer outros, igualmente perseguidos pela Constituição), não poderá ser considerada ilícita, nem ter à sua prática associada uma penalidade, pois isso não será adequado à consecução do objetivo que a justifica e lhe dá fundamento. Seria o caso, por exemplo, de lei que resolvesse punir contribuintes por terem os cabelos grandes ou por usarem óculos. Mesmo amparada em lei em sentido estrito, uma penalidade assim não seria válida.¹⁰ Condutas irrelevantes,

⁸ Não se está dizendo, aqui, que isonomia e capacidade contributiva sejam equivalentes ou que se confundam. Não. A rigor, à luz do art. 150, II, da CF/88, os contribuintes em situação igual devem ser tratados igualmente, e aqueles em situação desigual devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades. O problema, como se sabe, é saber qual *medida* deve ser tomada em consideração, quando da atribuição de tratamento desigual aos desiguais. Afinal, igual, ou desigual, segundo qual critério? A capacidade contributiva, nessa ordem de idéias, é *um* critério. Certamente o principal, mas não o único, eis que contribuintes podem ser tratados de forma desigual, não obstante tenham capacidade contributiva equivalente, à luz de considerações extrafiscais (v.g., ambientais).

⁹ Exemplificando, as pessoas devem contribuir conforme sua capacidade contributiva, mas os tributos devem ser instituídos em lei (art. 150, I), essa lei deve ser anterior aos fatos tributáveis (art. 150, III, “a”), ou mesmo anterior ao exercício em que esses fatos venham a acontecer (art. 150, III, “b”), e assim por diante.

¹⁰ Tal lei, além de inadequada, seria também inválida por agressão à liberdade individual, vício até mais evidente, mas se mantém o exemplo, aqui, apenas para mostrar que a higidez da ordem tributária e o correto pagamento dos tributos devidos não poderiam ser invocados para justificá-la.

que em nada atrapalham a realização dos princípios a serem protegidos por meio da definição de infrações e da cominação de penalidades, não podem ser consideradas ilícitas, por evidente inadequação.

Podem ser citadas como exemplo de infrações inconstitucionais, por inadequação, as constantes dos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/96, os quais consideram “ilícita” a apresentação de pedido de restituição ou de compensação que venha a ser indeferido, cominando ao contribuinte a penalidade de 50% do valor solicitado.¹¹ Veja-se: não é tida por ilícita, apenas, a apresentação de pedido de restituição eivado de “falsidade”, hipótese em que a multa é de 100% e que realmente deve ser considerada ilícita¹². Na verdade, o problema é que mesmo o pedido formulado na mais inteira boa-fé, sem qualquer dolo, falsidade ou fraude, será punido com a multa de 50% *pelo simples fato de ser considerado indevido, ou de ser indeferido*. Trata-se de autêntica punição pela prática de uma conduta que nenhuma lesão traz às disposições constitucionais protegidas pelo estabelecimento de multas tributárias, pois se o fisco considera que o contribuinte não tem razão, nada o impede de indeferir o pedido. Aliás, a conduta tida por “ilícita”, no caso, configura o autêntico exercício de um direito constitucional por parte do cidadão contribuinte (art. 5.º, XXXIV, “a”, da CF/88), o qual não é assegurado apenas àqueles que formulem petições consideradas procedentes pela própria Administração Pública.

Mas não basta que a sanção seja adequada, por ser a conduta que justifica sua aplicação realmente contrária à efetivação de um valor constitucionalmente protegido. É preciso, ainda, que a sanção seja *necessária*, à luz da inexistência de outros meios, igualmente adequados à proteção do princípio e menos gravosos aos demais princípios envolvidos na questão. Suponha-se, por exemplo, que a forma de cumprimento de uma obrigação tributária seja modificada, tornando-a até mais fácil e menos onerosa ao contribuinte. Em tal situação, para levar os contribuintes a cumprirem a tal obrigação, seria mais adequado informá-los da nova sistemática, de forma educativa, não sendo necessário estabelecer e aplicar desde logo uma multa se, pelo esclarecimento, resultado tão ou mais eficaz poderia ser alcançado.

Finalmente, deve-se verificar se a sanção imposta a uma conduta, além de adequada, por conduzir ao prestígio de valores constitucionalmente protegidos, e necessária, em face da inexistência de outros meios igualmente adequados e menos gravosos para se chegar a esse fim, é também *proporcional em sentido estrito*, vale dizer, se o gravame por ela representado (inclusive à efetivação de

¹¹ § 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. § 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo. § 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Dispositivos incluídos pela Lei nº 12.249, de 2010)

¹² Afinal, nesse caso o contribuinte procura se locupletar às custas do Fisco, fazendo com que este *acredite* estar deferindo um pedido que considera procedente.

outros princípios constitucionais, como a proteção à propriedade) justifica-se à luz dos benefícios ou das vantagens por ela trazidas. Nessa ordem de idéias, uma multa pesadíssima representa gravame ao direito de propriedade, sendo de se observar se o dano causado pela conduta infratora é de tal gravidade que justifique, para ser reprimido, a imposição de tamanho gravame. Uma multa assim tão alta até pode ser adequada e necessária, mas, pelo exagero (à luz da pequena gravidade da conduta faltosa) incorrer em inconstitucionalidade, por não ser proporcional em sentido estrito. Em exemplo caricaturesco, uma lei que impusesse multa de um milhão de reais aos contribuintes que atrasassem o pagamento do imposto no valor de mil reais seria inconstitucional, por desproporcionalidade. Para reprimir essa falta, que realmente é contrária aos princípios que justificam a imposição de multas tributárias, não seria *necessário* aplicar multa tão elevada. E ainda que se considere necessário, pois assim elevada a multa nenhum contribuinte se atreveria a praticar a infração, ela não seria proporcional em sentido estrito, pois a compressão por ela causada no direito de propriedade seria incomparavelmente maior que o diminuto incremento no prestígio aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva: o ônus não seria justificado pelo ônus.¹³

Podem ser citadas como exemplo real de sanções desproporcionais, por causarem lesões excessivamente gravosas a outros princípios constitucionais, as chamadas “sanções políticas”, repelidas pelas Súmulas 70¹⁴, 323¹⁵ e 547¹⁶ do STF. Trata-se de meio indireto de cobrança que, a pretexto de punir o contribuinte inadimplente (o que, em princípio, seria legítimo, sendo a sanção um meio adequado e, às vezes, talvez até necessário), promovem desmedidas violações aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e da proteção à liberdade econômica, incorrendo em desproporcionalidade em sentido estrito.¹⁷

¹³ Nesse sentido, Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça observa que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito exige que a ablação do patrimônio do infrator que decorrerá do pagamento da multa tributária seja proporcional ao ganho que terá o Fisco com o cumprimento da obrigação tributária principal ou da obrigação tributária acessória pelo obrigado...” MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *Multas Tributárias – Efeito confiscatório e desproporcionalidade – tratamento jusfundamental*. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 253.

¹⁴ Súmula n.º 70/STF – “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”

¹⁵ Súmula n.º 323/STF – “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

¹⁶ Súmula n.º 547/STF – “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

¹⁷ Embora antigas, as tais súmulas tiveram seu teor confirmado pelo STF em momento mais recente, em julgamento no qual o tema das sanções políticas foi “revisitado” pela Corte Maior à luz da proporcionalidade: STF, Pleno, RE 413.782-8/SC, DJU de 03/06/2005, p. 04 e **Revista Dialética de Direito Tributário** n.º 120, p. 222.

3. INFRAÇÕES MAIS GRAVES, MULTAS MAIS PESADAS

As idéias explicadas no item anterior são a justificativa pela qual as penalidades, em geral, devem ser proporcionais à gravidade do ilícito que visam a punir. Afinal, se a restrição à liberdade ou ao patrimônio só se justifica porque o seu titular provocou gravame a outros bens juridicamente protegidos (liberdade ou propriedade de outras pessoas, boa fé, meio ambiente etc.), então, por imposição lógica, a restrição à liberdade ou ao patrimônio deve ser proporcional a esse gravame. Trata-se de princípio geral de direito punitivo, conhecido e defendido há muitos séculos, e que orienta, ou deve orientar, a aplicação de sanções em geral, penais ou administrativas.

Em relação às multas aplicadas no âmbito administrativo, aos que descumprem obrigações tributárias principais ou acessórias, os seus montantes são, não raro, proporcionais ao valor do tributo devido, ou da operação realizada. Parte-se da premissa de que não pagar tributo de valor mais expressivo é mais grave que não pagar tributo de valor reduzido, pelo que as sanções devem ser proporcionais ao valor não recolhido, o que, em princípio, é correto. Destaque-se, apenas, a circunstância de que o valor do tributo não recolhido é apenas um dos elementos a ser tomado em consideração, não sendo lícito deixar de lado aspectos como, por exemplo, o emprego de meios fraudulentos, a adulteração de documentos, o recurso a interpostas pessoas etc.

Nessa ordem de idéias, se um contribuinte atrasa o pagamento de um tributo, mas a operação correspondente foi contabilizada, e o débito foi declarado, a gravidade de sua conduta não é a mesma daquele que contabiliza a operação mas não declara a dívida, que tampouco pode ser equiparado àquele que sequer contabiliza a operação, fazendo, para tanto, uso de documentos fraudulentos. E, em sendo diversos os graus de gravidade dos ilícitos (que impactam, como se vê, de maneira diversa os princípios constitucionais pertinentes), diversas deverão, por igual, ser as penalidades aplicáveis.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes nos quais aplica às penalidades pecuniárias em matéria tributária essa exigência de proporcionalidade entre a pena e o ilícito praticado, eventualmente empregando a expressão “confiscatória” para designar a penalidade que não a observa, por incorrer em excesso. Inobstante, não se trata, a rigor, de aplicação da vedação ao confisco, contida no art. 150, VI, da CF/88, não só porque a disposição se reporta apenas a tributos, como porque estes, os tributos, não podem ser confiscatórios porque oneram situações que, em tese, são lícitas, tendo os contribuintes o direito de as continuar praticando, direito que seria malferido por um tributo excessivo. Tanto que a vedação ao confisco, mesmo se não positivada, poderia ser considerada uma decorrência da proteção à propriedade e à livre iniciativa, as quais seriam obstaculizadas se aqueles que lícitamente a elas fizessem jus fossem a tanto impedidos por um oneroso tributo. Não é o caso das multas, que têm como pressuposto não o exercício de um direito mas a prática de um ilícito, sendo o seu propósito precisamente o de desestimular a sua prática.

O importante é que, embora possam (e devam) ser onerosas, para desestimular a prática dos fatos que ensejam a sua aplicação, as multas não podem ser desproporcionais, vale dizer, desmedidas em relação à gravidade desses mesmos fatos, ou ao dano que causam aos bens ou valores constitucionalmente tidos por relevantes.

Embora não seja fácil determinar quando essa “desproporção” começa a acontecer, estabelecendo uma linha de fronteira, isso não significa que não seja possível identificar casos nos quais essa linha foi evidentemente transgredida. Como em toda situação na qual há uma zona de penumbra ou de transição, pode ser difícil estabelecer o ponto exato em que a transição acontece, mas isso não impõe dificuldade a que se identifiquem casos situados claramente além dela. Por mais complicado que seja determinar quando termina o dia e começa a noite, durante o crepúsculo, não há dificuldade em afirmar que às 23h00min já é noite¹⁸. Do mesmo modo, marcar o fim da adolescência e o início da idade adulta não é simples, mas o é a identificação de um adulto (pelo menos no plano fisiológico) em um indivíduo de 35 anos.

É o caso de lembrar, aqui, o exemplo, usado na crítica às teorias da justiça de cunho idealistas¹⁹, da sauna que começa a ficar muito quente, mas que tem o controle de sua temperatura situado do lado de fora. De uma pequena janela de vidro, as pessoas que estão dentro da sauna, já sufocadas pelo calor, pedem a outra, fora dela, que ajuste a potência, diminuindo-a. A pessoa do lado de fora, porém, recusa-se a atender ao pedido, afirmando que só reduzirá a temperatura no momento em que aqueles situados dentro da sauna definirem qual seria a temperatura *ideal*. O exemplo é bastante ilustrativo, e ajusta-se com perfeição ao estudo da (des)proporcionalidade das multas: não é preciso saber com absoluta precisão a partir de quando uma multa passa a ser desproporcional para que se identifiquem casos situados claramente além dele.²⁰

¹⁸ Com exceção, naturalmente, das regiões do globo de elevada latitude (extremos norte e sul), durante o verão. Isso, contudo, não inviabiliza o uso do exemplo, se seu parâmetro for o anoitecer nascidas brasileiras.

¹⁹ Ver SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, p. 104 e ss.

²⁰ Argumentando nessa mesma ordem de idéias, o Ministro Pertence, no voto proferido no julgamento da ADI 551/RJ (Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 24/10/2002, v. u., DJ de 14/2/2003, p. 58), esclareceu que essa dificuldade o recordaria “no caso, o célebre acórdão do Ministro Aliomar Baleeiro, o primeiro no qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um decreto-lei, por não se compreender no âmbito da segurança nacional. Dizia o notável Juiz desta Corte que ele não sabia o que era segurança nacional; certamente sabia o que não era: assim, batom de mulher ou, o que era o caso, locação comercial. Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.”

4. MULTA PROPORCIONAL AO VALOR DO TRIBUTO, QUANDO ESTE NÃO É DEVIDO

Relevante, nessa ordem de idéias, é saber se são válidas as multas proporcionais ao valor do tributo, ou da operação, nas hipóteses em que o tributo tiver sido recolhido, ou, por qualquer razão (imunidade, isenção, não-incidência etc.) não for devido. Na legislação não são raras multas assim, que são conhecidas como “isoladas”, geralmente aplicadas a contribuintes que descumprem obrigações acessórias, mesmo quando as principais são integralmente respeitadas.

No âmbito dos Estados-membros, a legislação do ICMS geralmente estabelece multas assim, punindo, por exemplo, o contribuinte que realiza operações com documentação “irregular”, às quais se aplicam penalidades proporcionais ao valor do tributo (mesmo que recolhido), ou da operação (mesmo que não tributada), o que leva contribuintes que pagam seus tributos e contabilizam suas operações (e as declaram ao fisco) a serem severamente punidos por terem usado o formulário errado, ou terem praticado equívocos no preenchimento da declaração (v.g., erro na digitação do CNPJ).

Parece claro, à luz do que foi explicado nos itens anteriores, que tais multas são desproporcionais. Em situações assim, a ofensa aos valores consagrados constitucionalmente, e que autorizam a imposição de multas aos contribuintes que descumprem obrigações tributárias, principais ou acessórias, *se existente*, não guarda nenhuma relação ou proporção com o valor do tributo ou da operação, tampouco podendo ser equiparada à lesão que se verifica quando o tributo não é recolhido. Quando muito, se realmente importante e relevante o deslize formal cometido, seria admissível a aplicação de multa por valor fixo, de pequena expressão²¹, pois se o erro consiste na não colocação de um selo, ou no uso de formulário diverso do previsto, mas o tributo foi quitado, ou não é devido, a sua gravidade será a mesma em uma operação de R\$ 1.000,00 e em uma de R\$ 1.000.000.000,00.

É preciso ter atenção à causa, ou ao fundamento da multa. Se ela é devida porque praticada uma infração, assim entendida a conduta contrária a um valor constitucionalmente protegido, o gravame por ela representado deverá ser proporcional à ofensa causada ao mencionado valor constitucionalmente protegido. O que passar disso não encontrará justificativa na ofensa, carecendo a exigência correspondente de amparo jurídico-constitucional.

Aliás, pode-se mesmo dizer que uma multa proporcional ao valor da operação, em hipóteses nas quais o tributo, em sendo devido, foi recolhido, não apenas não encontra fundamento nos princípios constitucionais que justificam o estabelecimento de obrigações acessórias e a imposição de multas aos que as descumprem. Além de não encontrar fundamento, a exigência de uma multa assim é *contrária* aos tais princípios, pois estimula o contribuinte inseguro quanto ao correto cumprimento de obrigações acessórias a tampouco pagar seus tributos, eis que, em sendo descoberto, a punição será a mesma.²²

²¹ Cf., v.g., MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 227.

²² Cesare Beccaria, a propósito, no Século XVIII já dizia que “... se dois crimes que afetam de modo

Pode-se chegar a resultado equivalente à luz do princípio da igualdade, o mesmo que, por outro ângulo, justifica a penalização de contribuintes que não cumprem suas obrigações tributárias. É que, como se sabe, o princípio da igualdade não impõe tratamento idêntico a todos, mas tratamento igual àqueles em situação igual, e desigual àqueles em situação desigual, na medida de suas desigualdades. E, no caso de infratores, a medida de sua desigualdade, tanto em relação aos que nenhuma infração praticaram, como àqueles que praticaram outras infrações, é a gravidade do ilícito correspondente. Se o contribuinte “A” declarou o tributo e não pagou, o contribuinte “B” adulterou notas fiscais e não pagou todo o tributo devido, e o contribuinte “C” pagou todo o tributo devido mas se equivocou no uso de um formulário, no cumprimento de uma obrigação acessória, é, além de tudo, contrário à igualdade, tendo em conta a gravidade dos ilícitos como critério de descrimen, tratá-los todos da mesma forma, ou tratá-los de qualquer outra maneira que não lhes aplicando penas proporcionais à gravidade dos ilícitos praticados.

5. CONCLUSÕES

Diante do que foi explicado ao longo dos itens anteriores, pode-se concluir, em síntese, que:

- a) as penalidades pecuniárias aplicadas pela Administração Tributária são um *meio* para concretizar *fins* constitucionalmente protegidos, a exemplo daqueles consagrados pelos princípios da capacidade contributiva e da isonomia;
- b) como todo meio empregado na consecução de um fim, a penalidade pecuniária, em matéria tributária, há de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para a concretização dos princípios que lhe servem de fundamento;
- c) a penalidade é adequada quando, por meio dela, efetivamente se coíbem ou reprimem condutas agressivas aos tais princípios. Padece de inconstitucionalidade por inadequação, nessa ordem de idéias, a penalidade que tem por pressuposto a prática de ato que não agride nenhum bem juridicamente protegido, como é o caso da multa aplicável nos casos de legítimo exercício do direito de petição (Lei 9.430, art. 74, §§ 15 a 17);

desigual a sociedade recebem idêntico castigo, o homem votado ao crime, não tendo a recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que traga mais vantagens; (...) se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para aquele que mata um faisão e para o homicida ou aquele que falsifica um documento importante, logo não se procederá mais a nenhuma diferença entre esses crimes” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 11.ed. São Paulo: Hemus, p. 61 e 62). É o caso: o contribuinte, sendo punido igualmente pelo descumprimento de mero dever formal, tendo recolhido ou não o tributo, logo não verá diferença entre essas condutas, restando estimulado a tampouco pagar seus tributos.

- d) a penalidade é necessária quando, além de adequada, não há outro meio, igualmente adequado, que atinja a mesma finalidade de modo menos gravoso aos demais fins igualmente prestigiados pela ordem jurídica, que com aquele, a ser alcançado com a multa, devem ser compatibilizados. Uma multa aplicada àqueles que se conduzam de forma realmente contrária a um objetivo constitucionalmente determinado é necessária quando não existem outras formas mais adequadas e menos gravosas de se atingir esse mesmo objetivo (*v.g.*, o esclarecimento dos cidadãos, nas hipóteses em que se sabe que estes estão a infringir a lei por mero desconhecimento);
- e) além de adequada e necessária, a pena, para ser considerada proporcional, há de atender ainda o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, representando o prestígio aos valores constitucionalmente protegidos que justificam a sua aplicação sem incorrer, porém, em gravame excessivo aos demais valores igualmente caros ao texto constitucional. É contrária a esse quesito, por exemplo, multa de valor exagerado aplicada a contribuinte que praticou infração de pequena gravidade (*v.g.*, deixou de recolher tributo declarado ao fisco, conforme restou decidido na ADI 551/RJ), bem como sanção que, a pretexto de punir o inadimplemento do contribuinte (o que poderia ser feito por outros meios), implica a paralisação de suas atividades e o afastamento dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sendo essa a justificativa do teor das Súmulas 70, 323 e 547 do STF;
- f) nas operações não tributadas, isentas, imunes ou já tributadas por substituição “para frente”, bem como naquelas que, conquanto tributáveis, tiveram o tributo sobre elas incidente devidamente recolhido, não é possível exigir do contribuinte que descumpra obrigação meramente acessória multa proporcional ao valor da operação, ou do tributo (se devido fosse), pois não há relação entre o valor da operação e a gravidade do ilícito correspondente, que, se passível de punição, deve dar ensejo à aplicação de multa em valor fixo e reduzido.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. (Org.). **A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 11.ed. São Paulo: Hemus, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. Multas Tributárias – Efeito confiscatório e desproporcionalidade – tratamento jusfundamental. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 252-264.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção”, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607.

FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.



ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL: UMA (RE)DISCUSSÃO SOBRE O ESPAÇO DA AUTONOMIA ÉTICO-EXISTENCIAL, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Joyceane Bezerra de Menezes*
Gustavo Raposo Pereira Feitosa**

Resumo

O objetivo do estudo é analisar os processos de redefinição dos limites da esfera privada em face da expansão da esfera pública e rediscutir as fragilidades das balizas construídas em torno da dicotomia público-privado para solução de questões pertinentes ao espaço da autonomia ético-existencial, da intimidade e da vida privada na contemporaneidade. O artigo envolveu uma pesquisa de caráter bibliográfico centrada na revisão da literatura mais qualificada e de referência acerca do tema. Verificou-se que a expansão do *welfare state*, o processo de crescimento da esfera pública, entre outros fenômenos, não são suficientes para explicar a complexidade que a indefinição público-privado representa para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais e humanos. A vida da pessoa transita entre os espaços públicos e os ambientes privados, mas a fronteira entre o íntimo e o público se estabelece para além das dimensões geográficas ou dos conteúdos ideológicos do século XIX e parte do século XX.

Palavras-chave

Autonomia ético-existencial. Proteção à intimidade. Proteção à vida privada. Redefinição da esfera pública.

Abstract

The scope of the study is to analyze the processes of redefinition of the limits of the private sphere in face of the expansion of the public sphere and to revisit the fragilities of the beacons constructed around the public-private dichotomy for solution of questions related to the space of the ethical-existential autonomy, the intimacy and the private life in the in contemporary society. The article involved a bibliographical research and the revision of the most qualified scientific literature concerning the subject. It was verified that the expansion of the welfare state, the process of growth of the public sphere, among other phenomena, are not sufficient to explain the complexity that the indefinición about the limits between the public-private represents to the comprehension and application of fundamental and human rights. A person's life moves between the public spaces and private environments, but the boundary of the intimacy and the public is established beyond the geographic dimensions or ideological content of the nineteenth and part of the twentieth centuries.

-
- * Doutora em Direito pela UFPE. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.
 - ** Doutor em Ciências Sociais pela UNICAMP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.

Keywords

Ethical-existencial autonomy. Protection of the the private life. Protection of the intimacy.

1. INTRODUÇÃO

Câmeras de segurança, *Facebook*, *youtube*, redes sociais, escutas telefônicas, entre outros inúmeros aparatos e tecnologias povoam o cotidiano contemporâneo e desafiam constantemente as fronteiras sempre nebulosas da proteção da vida privada em face de um espaço público em expansão. Essas dimensões de vigilância e exposição representam, contudo, apenas uma pequena parcela do desafio de pensar as contradições postas ao direito pelo redimensionamento dos limites à proteção da intimidade e da vida privada, especialmente na esteira das grandes mudanças engendradas no pós-Segunda Guerra Mundial.

As proteções legais à vida privada como uma dimensão protegida e abrigada da intervenção estatal encontra raízes profundas e longínquas nas construções sociais, culturais, econômicas e jurídicas da Europa. A separação entre espaço público e a esfera privada representa mesmo um dos elementos basilares da construção do Estado no ocidente, definidora da dimensão e do significado da vida política. Em grande medida, ao se construir um muro divisório artificial entre dois aspectos de difícil segregação da vida humana, introduziu-se uma importante e revolucionária condicionante no modo de pensar a vida social, as relações afetivas, a família, a política, a guerra, o Estado, o direito, entre outros fenômenos.

Longe de representar uma linha precisa, esta segmentação fronteiriça guarda laços estreitos com o substrato cultural, social e econômico de cada época e de cada região. O avanço de liberalismo e os desdobramentos normativos e teóricos das revoluções liberais expressam perfeitamente esta relação, na medida em que constroem modelos jurídicos e projeções de ordenamentos constitucionais assentados na convicção pretensamente claras de separação entre as esferas pública e privada.

Como conseqüência desta divisão, protegia-se o indivíduo e os seus direitos como a melhor expressão do espaço livre da intervenção repressora e *perigosa* do Estado. Liberdade individual e esfera privada integram-se, assim, na composição das fronteiras do espaço público. Mas se trata de uma forma qualquer de liberdade ou de vida privada. Sobre ela incidem as condicionantes de um liberalismo político e econômico, de demandas do mercado e da economia capitalista em expansão, de concepções cristãs (reformadas ou não), tudo submerso nos valores sociais dos séculos XVIII e XIX.

As transformações ocorridas ao longo do século XIX na Europa e, especialmente, no século XX, redundaram também numa expansão da ação interventora do Estado em múltiplas dimensões da vida social. Conquistas de direitos políticos e sociais, guerras, movimentos sociais e revoluções, catalizaram reformas significativas nas estruturas normativas estatais. Direitos hoje corriqueiros em

muitos países, como as proteções aos trabalhadores ou às crianças levaram a vigorosos debates sobre os limites da intervenção estatal sobre a esfera privada.

Afirmar que um pai não pode dispor da vida dos próprios filhos e impedi-los de trabalhar representa um avanço a passos largos sobre um campo de poder absolutamente protegido há muitos séculos, ou seja, uma autorização profunda em pressupostos aparentemente consolidados da construção da ordem jurídica proposta pelas revoluções liberais.

O grande salto em velocidade e intensidade transformadora ocorreu na segunda metade do século XX, acompanhado de uma expansão da esfera pública sobre o que se construiu historicamente como dimensão privada da vida humana. Relações entre marido e mulher, filhos, educação, saúde individual e coletiva, trabalho, sexualidade, reprodução, patrimônio genético ganharam regulamentação, proteção e direcionamento estatal. Desapareceram quaisquer aspectos da vida humana que estivessem integralmente protegidos da ação reguladora ou limitadora, a ponto de se pensar se de fato é possível ainda falar de uma verdadeira esfera privada.

Por via de consequência, a ausência de zonas livres ou protegidas da regulação podem produzir uma impressão de desaparecimento de qualquer sentido ao se falar de uma proteção à intimidade ou à vida privada. Qual o significado dessa intimidade quando a construção da sociabilidade contemporânea envolve uma elevada exposição da vida privada por meio de novas tecnologias ou o acompanhamento amplo dos atos da vida privada por instituições públicas e privadas (proteção ao crédito, bancos de dados oficiais, organizações de segurança, serviços secretos etc.)?

Por outro lado, contudo, nunca se falou e discutiu tanto sobre a proteção à vida privada e à intimidade. O debate insere-se na reflexão sobre questões políticas amplas como a democracia e a proteção do indivíduo perante a ação estatal, perpassa as análises sobre uso de imagens e exposição da vida familiar, resvala em complexos dilemas bioéticos, segue para aspectos econômicos e sempre redundando em polêmicas com inúmeros matizes e novos desdobramentos.

Ao mesmo tempo, a antiga dicotomia público-privado não serve integralmente para balizar a complexidade dos debates, na medida em que muitos dos avanços sobre os direitos e proteções à vida privada seguem movidos por força estritamente privadas, como grandes empresas de mídia, bancos, empresas de segurança, indústrias de farmacêuticas e de biotecnologias ou mesmo indivíduos no uso das novas e revolucionárias tecnologias da comunicação e informação.

Em meio a um flagrante déficit legislativo sobre as principais questões que cercam os temas da vida privada e da intimidade, resta ao Judiciário e aos pesquisadores do Direito construir soluções nascidas da complexa casuística contemporânea em que a cláusula geral de tutela da pessoal, a análise sobre a autonomia ético-existencial e a ponderação dos valores constitucionais guiam o esforço hermenêutico. E é com este olhar que o presente estudo pretende enfrentar

alguns aspectos do debate acerca da redefinição dos limites entre o público e o privado no processo de adequação das proteções constitucionais à vida privada e à intimidade em face dos novos desafios postos pela contemporaneidade.

2. A TUTELA DA PESSOA COMO EIXO VALORATIVO DO SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Mesmo considerando a importância das grandes codificações na sistematização do Direito moderno a partir do discurso racional e cognoscível ao cidadão, devem-se observar as dificuldades teleológicas que surgiram ante a quase completa autonomia que os códigos alcançaram na práxis jurídica. Inspirados inicialmente no Direito Natural para facilitar a busca da felicidade pelos cidadãos¹, os grandes códigos foram apropriados pelo direito nacional e utilizados ora como instrumentos de controle ideológico do governo sobre o povo, ora como instrumento para a realização das necessidades da economia capitalista (CAENEGEM, 2000, p.179). O ensino jurídico tradicional, por sua vez, esteve encarregado de reproduzir essa plataforma político-ideológica, por meio de um *Direito* aparentemente neutro e comprometido com o ideal de justiça².

A pretensa unidade sistemática dos códigos, cuja instituição é simultânea à criação do Estado nacional, para “ordenar a conduta jurídico-privada do cidadão” perdeu a centralidade na ambiência do século XX, marcado pela crise das visões totalizadoras e pela pulverização dos diferentes interesses individuais, coletivos e difusos. No tempo atual, a própria identidade do sujeito é pulverizada. Se o iluminismo franqueava a ideia de que o indivíduo possuía uma identidade centrada em um núcleo interior unificado e imutável, o sujeito pós-moderno tem uma identidade cambiante que vacila em um processo de construção e reconstrução (HALL, 2011, p.13), subvertendo a identidade aprisionada em caracteres fixos e inalteráveis. Isso resulta na necessária releitura de diversos institutos jurídicos, afinal, pela cláusula geral de tutela a pessoa tem proteção especial em muitas relações existenciais e patrimoniais. Logo, a disposição civilista acastelada em uma pluralidade de categorias específicas cede à compreensão sistemático-valorativa do direito.

Para Lorenzetti (1998, p.55) “o Código significou uma abstração da ideia

¹ Conforme registra Caenegem (2000, p.164) “na era moderna, o direito natural se apresentava como um corpo de princípios básicos que fundamentavam o direito positivo”.

² A mudança de parâmetros a partir do ensino jurídico depende de uma revolução cultural que se efetivará não apenas por meio da educação formal, mas também pela participação ativa dos diversos segmentos sociais que retomem o desejo de construção de uma sociedade verdadeiramente justa e democrática. No plano formal, há exigências mínimas para os Cursos de Direito por meio das instâncias públicas de controle. As diretrizes nacionais, por exemplo, exigem uma estrutura mínima para o ensino jurídico no país, orientando a construção do saber por uma perspectiva crítico-reflexiva, interdisciplinar e comprometida com a construção de uma sociedade justa e solidária. Infelizmente, muitos cursos não oferecem condições plenas aos estudantes para uma formação integral e ainda lançam bacharéis com uma visão turva do Direito, restrito a uma mera exegese de textos legais.

de cidadão, [que] eliminava as singularidades para dispor sobre um conceito único, ao qual se aplicavam as conseqüências jurídicas”. Hoje, não é suficiência para atender a heterogeneidade e a diferença visível nas relações jurídicas que passam a ser contempladas por leis especiais que compilam normas de direito privado, de direito público, de direito material e de direito processual, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor³.

Na orientação de Fachin (2000, p.32-35), a relação jurídica não deve ser examinada apenas por meio da dimensão exclusivamente técnica formal, mas deve dar conta de uma ordenação conceitual contextualizada da vida concreta, real. E isso não pode ser alcançado apenas pelas categorias abstratas das grandes codificações. Além do que é indispensável a utilização das regras e princípios constitucionais como uma tábua axiológica conformadora integradora de todo o sistema normativo⁴.

Pode-se dizer que houve um giro conceitual no plano do direito civil e a compreensão sobre o que significa *privado* passou por sensíveis alterações, de modo que a fronteira com o espaço público foi esmaecida pela emergência dos direitos sociais e pela tutela especial de grupos vulneráveis tais como as crianças, os idosos, as mulheres e os índios. E é certo que a concorrência com esses interesses, em vista da ética solidarista que permeia o direito civil, acabou por realinhar os domínios do direito privado de cepa originariamente liberal.

Todos os segmentos sociais, público e privado, são chamados à solidariedade. Não se trata de uma solidariedade reflexa de uma formação ética, moral ou religiosa do sujeito, mas de um princípio jurídico dotado de eficácia capaz de determinar ações objetivas⁵. De acordo com Moraes (2003, p.114)

³ De acordo com Lorenzetti (1998, p.56) “o jurista se converte em um militante do microsistema. O Direito Civil e os civilistas tendem a perder a imparcialidade, se transformam em militantes de verdades parciais. O mesmo ocorre com o juiz, quando deve decidir a cerca de problemas ambientais ou de consumo; também ele é consumidor e está sendo prejudicado como ser vivo. A verdade que se expressa é subjetiva, particularizada. Foi dito que a esquerda “pós-moderna” representa minorias; o Direito Civil também, e com isso expressa seus limites, seu caráter defensivo. (...) Isso conduz à perda da globalidade, da pretensão de regular a sociedade em seu conjunto, o que era a finalidade precípua dos Códigos” (grifo proposital).

⁴ Na explicação de Moraes (2010, p.248-249) “A pessoa humana que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais. Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, mas não reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar, dentro da sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber o mítico *homo clausus* cujo epíteto é o “indivíduo”, tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem em meio a outros.”

⁵ Conforme esclarecimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 115), “O fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à

“o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”⁶

O direito civil fundamenta-se na Constituição e não no Direito Natural, portanto regulamenta *interesses* protegidos e reconhecidos juridicamente e não *o senhorio da vontade individual*, elemento nuclear da tradicional ideia de direito subjetivo. Na relação entre agentes privados, houve a necessidade de intervenção estatal para a garantia das liberdades e a defesa das pessoas, aspecto em que as codificações se mostraram insuficientes (GIORGIANNI, 1998, p.44 e 50).

Importa, pois, que as relações individuais sejam justas e que as instituições, em geral, funcionem, simultaneamente, *de modo adequado a promoção do desenvolvimento do país* (WALD, 2008). Retomando-se o entendimento de Canaris⁷, a unidade do ordenamento não se estabelece apenas como um postulado lógico-

solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse.”

⁶ Arrisca-se dizer que a solidariedade transcende ao aparato ético da sociedade cristã que orienta o cuidado com próximo, um contemporâneo temporal. As prescrições tradicionais de zelo pelo vizinho, pelo próximo são válidas para uma imediatividade íntima, para a vida quotidiana das interações humanas. Mas essas prescrições se tornam insuficientes ante ao crescente “domínio do fazer coletivo, no qual ator, ação e efeito não são mais os mesmos da esfera próxima. Isso impõe à ética, pela enormidade de suas forças, uma nova dimensão, nunca antes sonhada de responsabilidade”. (2006, p.39) O estado atual da ciência, com o seu potencial de resvalar efeitos negativos em futuras gerações, demanda um novo imperativo, adequado aos efeitos desse agir: “aja de tal modo a que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”. (JONAS, 2006, p.47-48) Nesse plano, discute-se a ampliação do instituto da responsabilidade civil e a necessidade de amparar a pessoa em face do dano derivado do risco de desenvolvimento.

⁷ Na compreensão de Canaris (1996, p.20-22), a ordem interior e a unidade do Direito constituem exigências ético-jurídicas que também se encerram como pressupostos da natureza científica da jurisprudência. Essa unidade pretende evitar as contradições da ordem jurídica pela adequação, que representa a tendência generalizadora da justiça, aplicável ao caso concreto pela preponderância de uns poucos princípios gerais e abstratos. Por um lado ela constitui – “nos seus, por assim dizer, componentes negativos, apenas de novo uma emanção do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica. (...) no seu componente positivo, ela não representa mais do que a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstractos e gerais. Através deste último, garante-se que a ordem do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos; e, com isso fica também demonstrada a efectividade da segunda característica de sistema, da unidade”. (1996, p.19-21). Seguindo a orientação de Barroso (2004, p.4) “na aplicação de princípios, o interprete irá determinar, *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o Máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um interprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso concreto, ele exerce sua discricionariedade”. Para que essas decisões, não se afirmem em um processo criativo arbitrário, o aplicador deve sustentá-las no discurso racional devidamente fundamentado. Sem abandonar a técnica de subsunção, concilia, simultaneamente, a ponderação.

-jurídico, mas também como um postulado axiológico que demanda uma máxima adequação valorativa que busca a regra de justiça⁸. Não se trata da persecução a uma justiça material apriorística, mas da testagem dos valores legislados, analisando as consequências de sua aplicação ao caso concreto, de modo a evitar contradições e também permitir uma adequação formal, tudo em conformação com o princípio da igualdade correspondente à própria idéia de justiça.

O sistema jurídico torna-se, segundo Canaris (1996, p.77) uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”⁹. E é essa, a sugestão de Wald (2008, p.79) quando afirma que, “no fundo, criou-se a necessidade de ponderação entre os diversos valores assegurados constitucionalmente, como a justiça social e o desenvolvimento econômico do país, de um lado, e, de outro, os direitos individuais legalmente assegurados”.

Portanto, em razão da unidade do sistema jurídico, especialmente, da unidade axiológica, justificam-se as restrições estabelecidas ao interesse privado no tocante ao exercício das liberdades específicas, do direito geral de liberdade, da propriedade, da empresa, do contrato, na ambiência das relações familiares para contribuir para fins públicos ou transindividuais¹⁰.

Para Perlingieri (2008) algumas dessas limitações já são intrínsecas aos perfis estruturais da própria posição jurídica subjetiva. Assim, perfil do interesse é o que justifica uma situação jurídica como existencial e/ou patrimonial. Como exemplo, tem-se na propriedade um interesse patrimonial e no direito de personalidade interesses preponderantemente existenciais. Mas há também outros perfis, tais como o perfil dinâmico, o perfil do exercício, o perfil normativo e o perfil funcional que “conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social” (PERLINGIERI, 2008, p.670).

A partir desse perfil funcional, a situação subjetiva pode até se transfigurar, como no caso da propriedade pública que é função social enquanto a propriedade privada *tem* função social. Nestes termos, o direito individual de

⁸ Na explicação de François Ewald, a instância normativa forma um par com a instância de interpretação, de sorte que “descrever um sistema jurídico não pode ser somente descrever certas práticas de direito positivo, mas sim o par que elas formam com a sua instancia de interpretação (2000, p.211)

⁹ Embora destaque que o significado de princípios gerais de direito e a sua determinação não seja determinada de antemão, ante a relatividade desse critério (modifica-se essa generalidade a depender do ponto de vista), o próprio Canaris lista alguns princípios constitutivos do sistema: “a autodeterminação, a auto-responsabilidade, a proteção do tráfego e de confiança, a consideração pelas esferas de personalidade e de liberdade dos outros e a restituição do enriquecimento ilícito” (1996, p.80).

¹⁰ O que remonta a outra conclusão de Moraes (2010, p.261) “No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, a priori, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo – cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos.”

um particular à propriedade se justifica em sua função individual-social, não se esgotando somente no exercício dos atributos em benefício do titular. Tem-se que o perfil funcional condiciona a tutela do interesse ao atendimento dos escopos sociais (2008, p.671-672), como se verifica no âmbito dos contratos¹¹, da empresa, e enfim, de tantas outras situações jurídicas subjetivas. Veja-se, por exemplo, a noção de abuso de direito assinalada no art.187 do Código Civil Brasileiro que qualifica como ato ilícito o exercício do direito para além dos limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Michele Giorgianni (1998, pp. 44, 50) explica que houve uma socialização ou publicização do direito privado tendo em vista da realidade social e econômica exsurgente no pós-guerra, provocando sensíveis alterações no campo das atividades econômicas, da autonomia negocial e da responsabilidade, para permitir uma melhor tutela da pessoa a partir de instrumentos de direito público e mediante a franca intervenção do Estado.

Dito isto, qual seria o impacto que a confluência dessas esferas pública e privada pode gerar sobre a vida privada? Quais os escopos sociais que poderiam ser identificados no espaço da vida privada, da intimidade, da autonomia ético-existencial? Quais seriam os limites para justificar uma intervenção nessa seara? Haveria na tutela desses interesses privados, um núcleo reservado, hermético à influência do público, com escopos exclusivamente individuais?

3. O ESPAÇO DE INTIMIDADE NA RELAÇÃO PÚBLICO VERSUS PRIVADO

O Pacto San José da Costa Rica (1969), no art.11, dispõe que “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” Asseverando, em seguida, que “3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” A Declaração Universal dos Direitos Humanos também fez referência à necessidade de proteção à vida privada e à intimidade (art.XII). A Constituição Brasileira garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art.5º., X). Qualificado como direito especial de

¹¹ “O contrato é, hoje, um instrumento de cooperação que deve atender tanto aos interesses das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma *affectio contractus* não muito distinta do vínculo que une os sócios de uma empresa e que caracteriza a vida conjugal. Deve, pois, a relação contratual ser aprimorada e preservada no tempo, fazendo-se prevalecer, sobre os interesses de cada uma das partes, o espírito que animou a celebração do acordo, respeitados, ainda, os direitos adquiridos, bem como o equilíbrio econômico e financeiro, que deve ser mantido entre as prestações devidas pelos contratantes durante toda a vigência do contrato” (WALD, 2008, p.83). Na explicação de Tepedino, aplica-se a função social aos contratos como uma forma de assegurar os objetivos da República Brasileira, impondo-se às partes a funcionalização da estrutura incorporada aqui no “dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (2008, p.399)

personalidade, a inviolabilidade da vida privada recebe tutela geral definida no art. 21 do Código Civil Brasileiro.

Apesar de não ser considerado um direito absoluto, a vida privada não pode sofrer interferências arbitrárias. Eventual violação ou ameaça a este espaço legítima a pretensão de exigir que o Estado faça cessar a interferência, concreta ou potencial, ilícita de terceiro, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. Obviamente sem prejuízo de eventual indenização por danos.

Mas seriam a vida privada e intimidade da vida familiar conceitos correlatos? Diz Perlingieri (2007, p.183) que a tutela da intimidade é componente do núcleo familiar e “uma condição para o livre desenvolvimento da pessoa”. De Cupis (2008, p.156) aborda a questão sob a lente do direito de resguardo, afirmando que a “pessoa tem direito a conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento da sua vida. Experiências, lutas, paixões pessoais, estão intimamente ligadas, não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público.” Trata-se do que, para Cifuentes (1995, p.543) representa um reduto intransferível de interioridade. Esse reduto individual seria o direito à solidão, uma reserva da personalidade¹², exercitável no ambiente próprio e familiar. Assim, a vida privada seria uma referência ao íntimo, ao pessoal. Neste ponto, o privado é preservado do público – da curiosidade meramente persecutória.

Não há finalidade social a perseguir no ambiente da intimidade, da solidão. Somente um interesse legítimo - social ou público poderia justificar a imiscuição naquela esfera (CIFUENTES, 1995, P.545). Mas é de se perguntar se essa esfera de intimidade somente se realiza entre quatro paredes. Crê-se que, não necessariamente, pois a medida de realização dessa vida privada, dessa intimidade, no ambiente público. Assim, não seria o lócus onde a vida íntima se realiza o determinante para o seu resguardo, mas o interesse envolvido.

Até mesmo para os genuínos defensores da publicidade no espaço público (ARENDETTI, 2000), por ser o direito à informação um forte antídoto contra o totalitarismo, importa garantir-se o espaço da intimidade da vida privada, insondável pelo interesse público e merecedor de tutela estatal (LAFER, 1988, p.263). No pensamento de Arendt (1999), é importante o direito de estar só para favorecer a atividade contemplativa do homem. No entanto, a própria autora compreende que a tutela da vida privada vai além do direito ao resguardo e da inviolabilidade domiciliar, para também albergar outros interesses como a propriedade de bens de uso pessoal, dos bens indispensáveis ao labor, na medida em que estes também são considerados bens necessários à vida. Não se trata aqui de riqueza, mas de um arcabouço material e imaterial necessário ao exercício da autonomia ético-existencial da pessoa.

¹² Em trecho transcrito, “Soledad que, en un plano absoluto, puede importar simplemente la esfera de las reservas personales; el reduto individual. En pocas palabras, intimidad radical o em pequeño círculo de los allegados. El ser espiritual del hombre no puede prescindir de dicha soledad” (CIFUENTES, 1995, p.543).

A autonomia ético-existencial é a esfera de liberdade que tem a pessoa em realizar escolhas pessoais, que impactem apenas em sua esfera privada. Bem certo é que o exercício dessa autonomia requer do sujeito, a prévia atividade contemplativa realizável na seara da mais profunda intimidade que não é de interesse público, vez que não interfere em direitos de terceiros (LAFER, 1988, p.268). Embora não se trate de um direito absoluto, a intimidade, a vida privada, a autonomia ético-existencial são aspectos da pessoa que devem ser considerados com cuidadosa atenção e necessária ponderação, quando, no caso concreto, estiverem em conflito com outros interesses também assegurados por normas constitucionais.

Na orientação de Canaris (1996), um conflito desta ordem demandaria do intérprete, todo o esforço hermenêutico tendente à máxima adequação dos valores constitucionais. E a uma resposta definitiva não se poderia chegar, senão nos limites de um caso concreto e específico sob exame. A título de exemplo, citam-se alguns contrastes achados no campo da bioética¹³ – quando se trata do sentido de vida e do sentido de morte; quando se discutem as modificações corporais ante à autonomia e à igualdade; no tocante à autonomia para decidir sobre a conveniência de tratamento médico e o direito à saúde; no plano da vida religiosa, quando se fala de independência de crença e culto; no âmbito da proteção à imagem quando os sigilos entram em choque com a relevância da informação; e a preservação da imagem colide com o direito à informação e/ou o direito à segurança.

Há autores, como Oliveira (2002, p.94-96) que orientam a aplicação da ponderação na solução de antinomias dessa natureza, mas que defendem a prevalência dos interesses privados sobre os “interesses coletivos” ou “interesse público”, quando aos dois pólos antinômicos se puderem atribuir o mesmo peso valorativo. Exemplificando a aplicação de sua teoria, Oliveira (2002) cita o caso da lei portuguesa que qualificou todos os cidadãos como doadores de órgãos, deixando aos mesmos a alternativa de insurgência expressa pelo dissentimento. No Brasil, houve iniciativa do legislativo na mesma direção, sendo precocemente afastada por inconstitucionalidade, haja vista a abusiva imiscuição na esfera privada do sujeito.

Talvez, pelo estado da arte nessa matéria, a cláusula geral de tutela da pessoa (PERLINGIERI, 2008; MORAES, 2010; TEPEDINO, 2004) seja o princípio geral de direito que melhor represente a valoração do sujeito e sua autonomia. E é em atenção à tutela da intimidade que se realiza a proteção da individualidade, e, conseqüentemente, da diferença. No espaço público, o Estado deve fazer valer as condições igualitárias; no espaço privado, há que garantir o direito à diferença (LAFER, 1988, p. 267). A personalidade não tem a tutela exaurida no campo do direito subjetivo, mas representa um valor fundamental do ordena-

¹³ Aplicando-se a principiologia da Declaração de Helsinque (1964), devidamente revista pela OMS, tem-se que “os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência” (art.5º.). Noutros termos, há o juízo kantiano de não instrumentalização da pessoa humana.

mento, norteando as situações jurídicas existenciais, razão pela qual a sua tutela há que ser dinâmica e não fechada em *numerus clausus* de situações protegidas.

4. CONCLUSÕES

Um dos aspectos mais relevantes da transformação do Estado ao longo da segunda metade do século XX consiste exatamente da redefinição da esfera pública em face dos modelos tradicionais do Estado Liberal e das orientações político-ideológicas de não intervenção estatal na esfera privada. A maior parte da discussão acadêmica sobre os novos contornos do Estado centravam-se em aspectos regulatórios relacionados à dimensão social dos direitos e em outras vertentes dos direitos fundamentais, como os direitos coletivos e difusos.

A legitimação de uma *colonização* da linguagem do *público* sobre a vida privada vinculava-se à reconstrução da matriz social e política após a Segunda Guerra Mundial, em que florescia o *welfare state* erigido sobre as ruínas de uma Europa devastada. O efeito mais direto desta expansão certamente incide sobre as fronteiras entre o público e o privado, em sua aceção condicionada pelos debates liberais dos séculos anteriores. Todavia, este processo não consegue explicar toda a complexidade que a indefinição da dicotomia público-privado nas últimas décadas representa para compreensão e aplicação dos direitos fundamentais e humanos, bem como para a própria percepção sobre a atuação do Estado.

Parte importante do discurso por traz da defesa de mais intervenção estatal para produção de bem estar, estabilidade econômica, redução dos efeitos das crises e proteção de novos e velhos direitos e garantia assentava-se na compreensão de que regulação e intervenção estatal projetavam a concretização de valores constitucionais e a realização mais ampla dos direitos humanos.

As resistências mais severas a esta expansão da esfera pública situavam-se essencialmente no campo das relações de mercado, ou seja, em matérias mais sensíveis às grandes forças econômicas. O mesmo esforço de rejeição à ação estatal não encontrava eco majoritário em áreas relacionadas às dimensões mais estreitamente individuais, privadas e íntimas. Esta menor rejeição pode ser mais facilmente justificava por envolver temas como educação infantil e relações familiares, violência doméstica, propagação do preconceito e manifestação do racismo.

Não obstante, a grande contradição com o discurso protetor, garantista e concretizador dos direitos ínsito à quebra dos limites público-privado ocorre em matérias que rompem valores sociais e culturais como a proteção à diversidade, à liberdade reprodutiva, à sexualidade, à bioética, ou, ainda, a aspectos que produzem obstáculos às transformações gestadas por novas tecnologias da comunicação e informação e à nova economia em torno dela.

Os impasses e as antinomias nascem no momento em que os sentidos da afirmação da proteção dos direitos se corroem pela indefinição dos significados

dos direitos a proteger. Alguns exemplos evidentes destes paradoxos sobressaem nas questões acerca da sexualidade humana, situadas no estreito limite da vida íntima e privada, e nas situações de exposição ou controle da vida privada por agentes públicos ou privados (serviços de segurança ou simplesmente redes sociais, sítios de internet etc.).

A proteção a autonomia ético-existencial contida na esfera de liberdade que tem a pessoa em realizar escolhas pessoais que impactem apenas em sua esfera privada, especialmente no caso de grupos minoritários, de vozes dissonantes no contexto social, cultural e religioso de muitos países, implica na rejeição da intervenção que ao longo das últimas décadas representou, em grande medida, a valorização e a proteção da dignidade humana em suas mais diversas dimensões.

Longe de pretender defender paradigmas liberais assentados no *laissez-faire* percebe-se na discussão recente sobre os limites entre o público e o privado a importância de superar o debate balizado por esta dicotomia e por seu viés fortemente ideológico, para encontrar um caminho de expressão da autonomia individual que, em situações concretas, sejam preservadas as dimensões da vida íntima e privada.

Não se trata de apenas defender a abstenção ou a intervenção estatal, mas de perceber que em alguns espaços da vida humana, a realização da autonomia ético-existencial implica na composição complexa e dinâmica entre posturas negativas e positivas, ora regulando, vedando condutas contrárias ao exercício desta autonomia, ora reservando, protegendo e reconhecendo dimensões livres da ação diretiva do Estado. E neste processo, a designação destes espaços como público ou privado pouco contribuem para esclarecer, preservar ou favorecer a defesa de dimensões da vida íntima e privada.

O espaço de autoconstrução da subjetividade é indispensável à realização da pessoa, sujeito dotado de dignidade. E a expressão dessa liberdade é tutelada por mecanismos que excedem a tradicional dinâmica do direito subjetivo. Por meio de uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa, os princípios constitucionais da dignidade, liberdade e igualdade invadem o direito privado, de sorte a mobilizar o sujeito de condições amplas e legítimas para a construção de sua biografia. Nesse sentido, é de se observar que a vida da pessoa transita entre os espaços públicos e os ambientes privados, mas que, no entanto, a fronteira entre o íntimo e o público não se estabelece em termos geográficos. Na praça pública é possível a manifestação da vida privada, quando dois enamorados, por exemplo, trocam carinhos. No espaço privado é possível a celebração do casamento, momento juridicamente definido como de interesse público. Assim, a proteção à vida privada deve se estabelecer pelo interesse que move o evento.

Recentemente, em caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2012), um rapaz que acompanhava uma pessoa vítima de violência com motivação homofóbica teve sua imagem, nome veiculado em notícias informando sua suposta orientação sem sua autorização. Em verdade, passe-

ando pela via pública, a pessoa tem a tutela da sua imagem e da sua identidade sexual. A devassa a intimidade não se justifica pela posição física da pessoa. Não havia interesse juridicamente superior à intimidade do sujeito para justificar a publicização de elementos tão pertinentes apenas a sua esfera privada. Essa foi a conclusão a que chegou o STJ quando apreciou a matéria e determinou a indenização por dano moral àquela vítima. Disso resulta que a vida privada, mesmo quando, transcorrendo em espaço público não deve ser devassada, exceto para tutela da dignidade da pessoa humana ou mesmo para atender a interesse geral ponderado como de maior relevância no caso concreto, como no exemplo em que a imagem de um agente criminoso é divulgada como ilustração de notícia do próprio fato.

5. REFERÊNCIAS

- ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. (1958) Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**. V.235, Jan/mar.2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-36.
- BRASIL, STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial Nº 1.235.926 - SP (2011/0020390-4). **Ação de indenização por danos morais e por violação de direito de imagem. Publicação não autorizada de foto e nome do autor, que acompanhava a vítima quando de agressão, de que resultou a morte, praticada por “skinheads” por motivação homofóbica**. [...]. Data do Julgamento: 15 de março de 2012.
- CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica do direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Quorum, 2008.
- EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. N.747, Janeiro de 1998, Ano 87. São Paulo: RT, 1998, p.35-55.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.
- JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Princípio da solidariedade. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251-253

PERLINGIERI, Pietro. **O direito na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaios sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.395-406.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.77-102.



O LIMITE FRÁGIL ENTRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A VEDAÇÃO AO CONFISCO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

*Maurin Almeida Falcão**
*Ieda Machado***

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar a difícil conciliação entre os princípios da capacidade contributiva e de vedação ao confisco no que se refere à transparência da carga tributária. A linha tênue entre um princípio e outro feriria os fundamentos do tributo, impedindo assim que o cidadão-contribuinte tenha a exata noção da carga tributária que lhe é imposta. O texto procura demonstrar ainda a estreita conexão entre o tributo e a evolução econômica e política das sociedades, o que o torna um importante instrumento de consolidação da democracia. Para isso, demonstra-se a ruptura entre a noção do tributo como meio de dominação para depois apresentá-lo como símbolo de igualdade a partir das duas revoluções que marcaram a história: a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. Esses dois eventos históricos contribuíram para o surgimento, respectivamente, do princípio da capacidade contributiva e do consentimento e, por último, da grande sociedade solidária em decorrência do conflito capital-trabalho que marcou a segunda metade do Século XIX e daria início ao pensamento social-democrata. O trabalho se preocupou também em analisar os dois princípios a partir da visão constitucional em face da carga tributária brasileira.

Palavras-chave

Direito Constitucional. Tributo. Democracia. Princípio da capacidade contributiva. Princípio de vedação ao confisco.

Résumé

Cet article a le but d'analyser la difficile conciliation entre les principes de la capacité contributive et de la non confiscation en ce qui concerne la transparence de la charge fiscale. La ligne fragile entre ces deux principes porterait atteinte aux fondements de l'impôt, ce qui empêcherait au citoyen-contribuable d'avoir l'exacte notion de la charge fiscale qui lui est imposé. Le texte cherche à démontrer encore la connexion étroite entre l'impôt et l'évolution économique et politique des sociétés, ce qui le fait un important instrument de consolidation de la démocratie. Pour cela, il est démontré la rupture entre l'idée de l'impôt en tant qu'un instrument de domination pour ensuite le présenter comme symbole d'égalité à partir des deux révolutions qui ont marqué l'histoire: la Révolution Française et la Révolution Industrielle. Ces deux événements historiques ont contri-

* Professor-aAdjunto no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Doutor em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Paris XI-Sud, membro fundador do Instituto Internacional de Ciências Fiscais em Paris e pesquisador-visitante do Grupo de Pesquisas em Finanças Públicas da Universidade de Paris I.

** Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília.

bué à l'apparition, respectivement, du principe de la capacité contributive et du consentement et, finalement, de la grande société solidaire en raison des conflits entre le capital et le travail, ce qui a marqué considérablement la seconde moitié du 19^{ème} Siècle et marqué le début de la pensée social-démocrate. Le travail s'est préoccupé aussi à analyser les deux principes à partir de la vision constitutionnelle en ce qui concerne la charge fiscale brésilienne.

Mots-clés

Droit Constitutionnel. Impôt. Démocratie. Principe de la capacité contributive. Principe de la non confiscation.

1. INTRODUÇÃO

A passagem da tributação como forma de extorsão à tributação fundada nos princípios democráticos e de solidariedade representou uma evolução que estaria na própria modernização da vida em sociedade. O tributo, desde a era dos impérios, tem sido uma variável importante na composição da estrutura política das organizações sociais então precárias, até o advento do Estado moderno. Do medievo até o ocaso do absolutismo, quando então emerge o brocardo de que não haveria tributação sem representação (no taxation without representation), o que culminou no surgimento do princípio do consentimento, marco do progresso político na relação entre o Estado e o cidadão-contribuinte. Posteriormente, a Revolução Francesa, de cunho ideológico e a Revolução Industrial, de cunho econômico, representariam o divisor de águas da tributação em bases democráticas e modernas. A Revolução Francesa contribuiu com a formulação do princípio da capacidade contributiva e a consolidação do princípio do consentimento, inscritos nos artigos 13 e 14 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A Revolução Industrial por sua vez, revigorou os valores democráticos do tributo ao impor a criação de uma grande sociedade solidária fundada nos ideais do tributo como meio de igualdade social.

Contudo, as clivagens entre o princípio da capacidade contributiva e o de vedação ao confisco, demonstraria ainda uma precariedade nas relações entre o Estado e o cidadão-contribuinte. Com efeito, a falta de transparência na exata definição das fronteiras entre capacidade contributiva e confisco demonstraria que os valores fundamentais do tributo não estariam sendo observados. A inexistência de medidas mais objetivas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e por que não dizer na própria norma, expõe a fragilidade das bases democráticas da tributação. Esse conflito tem sido registrado em um significativo número de sistemas tributários.

Tendo em vista, portanto, as clivagens entre os dois princípios, esse artigo se propõe a apresentar, em um primeiro momento, os pilares de sustentação do tributo como expressão da democracia e da vida em sociedade. Com o intuito de melhor expor o conflito, será necessário apresentar em um segundo momento, os limites da capacidade contributiva e o confisco, a partir da análise de conceitos relacionados ao fenômeno da tributação. Em seguida, na terceira parte, a questão será remetida aos limites do sistema constitucional tributário brasileiro, onde os princípios da capacidade contributiva e de vedação ao

confisco serão tratados conforme o entendimento dos doutrinadores pátrios. Posteriormente, a abordagem convergirá em direção à tênue linha entre a capacidade contributiva e o confisco no sistema tributário brasileiro, sendo a análise permeada pela discussão acerca da liberdade e do mínimo existencial, por exemplo. Finalmente, uma última parte cuidará de apresentar o perfil do sistema tributário brasileiro e os efeitos da redistribuição da carga tributária em face da noção de justiça fiscal.

2. OS PILARES DE SUSTENTAÇÃO DO TRIBUTO COMO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA E DA VIDA EM SOCIEDADE

O tributo como marco de civilização, conforme ressaltou Samsom,¹ acompanhou todo o processo de evolução da vida em sociedade. Ao se analisar diversos momentos da história, verifica-se que as ações relacionadas com as conquistas de novos territórios e a dominação de outros povos decorreram da necessidade do processo de acumulação e de busca de riquezas. Por isso, pode-se afirmar que o fenômeno tributo, desde os primórdios das civilizações, foi um fator econômico e político de desencadeamento de guerras as quais resultavam sempre em extorsão dos povos vencidos. Essa forma de pilhagem levou à modalidade de tributação denominada de parasitária. Assim, o tributo passa a ser um fator de revoltas e de inconformismo frente a um poder superior. Mesmo nesse período, os modos de tributação, além de não serem consentidos, resultavam sempre em privilégios, uma vez que na Grécia e na Roma antigas, por exemplo, determinadas classes não pagavam tributos. Além disso, contribuintes que não tinham como suportar o ônus tributário, se evadiam das cidades para fugir aos rigores fiscais impostos pelas classes dominantes.

No medievo, a ascensão dos senhores feudais fez surgir a tributação dominial. A exploração de seus domínios, por meio da cobrança de imposição da corvéia. Contudo, ao buscar a proteção dos senhores feudais, os indivíduos alienam parte da sua liberdade e de seus meios de vida em proveito de um suposto bem-estar comum. A justificativa teórica da passagem do estado de natureza para o do contrato social se dá, justamente, em função da necessidade de se explicar o sacrifício fiscal. Na sua base conceitual, o contratualismo resulta na adesão do indivíduo a um meio social, ao qual ele deverá contribuir para a manutenção em prol da eficiência coletiva. Entretanto, ainda não há qualquer forma de legitimação política do poder tributante. É importante notar que nesses períodos históricos, a tributação se firma como instrumento de opressão, construindo-se a partir daí, uma rejeição natural ao sacrifício fiscal e que perdura até os nossos dias.

O ocaso dos senhores feudais leva ao fortalecimento do senhor absolutista. A partir daquele momento, passa a existir a noção de fazenda privada

¹ SAMSON, William D. "History of Taxation." p. 21 in **The International Taxation Systems**. Boston: Kluwer Academic Publishers 2002

do rei, a quem os indivíduos eram obrigados a oferecer o seu sacrifício fiscal. Abandona-se assim o modo de imposição dominial e passa-se à tributação regaliana, destinada a sustentar as regalias e os gastos militares do senhor absolutista. A contestação do poder absolutista e o seu conseqüente enfraquecimento favorecem o surgimento de rejeição ao tributo nos moldes até então aplicados. Da Magna Carta do Rei João sem Terra emergiu o princípio que norteia até os dias atuais, as bases democráticas da tributação. A afirmativa de que não haveria tributação sem representação (*No taxation without representation*) seria o grande divisor de águas na história da tributação. O surgimento do princípio do consentimento ao tributo limitou qualquer iniciativa do senhor absolutista no sentido de impor o ônus tributário sem a participação democrática de seus súditos. Desse modo, esse princípio estaria na origem dos fundamentos econômicos políticos do tributo e que seriam confirmadas nas duas revoluções que definiriam os novos horizontes do tributo e da democracia: a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

A Revolução Francesa descartou os modos de tributação baseados nos fundamentos do Estado mínimo, onde a teoria do benefício subsistia com forma de contraprestação direta daquilo que o indivíduo recolhia ao Estado. Do fim do sistema de repartição dos encargos públicos sem qualquer observação às faculdades econômica dos indivíduos, surge no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o princípio da capacidade contributiva, sob a inspiração de Rousseau, inaugurando o que seria conhecido como tributos por “quota”. Ainda, no artigo 14 da DDHC, temos a confirmação do princípio do consentimento ao tributo, consolidando de vez os alicerces democráticos da tributação.

No que diz respeito à Revolução Industrial, as falhas do mercado liberal, em proporcionar o bem-estar dos indivíduos, resulta no conflito entre o novo proletariado urbano e os novos modos de produção capitalista. A intervenção do Estado leva ao surgimento da tributação social-democrata, caracterizada pela produção de uma legislação social protetora dos direitos dos operários. As iniciativas intervencionistas do Estado-providência do Século XIX resultaram na necessidade de meios de financiamento, o que viria a ocorrer por meio do tributo, emprestando a esse um valor social. Foi fundada, a partir daquele momento, a grande sociedade solidária, a qual se encarregaria de promover a igualdade de todos pelo tributo e diante do tributo. Toda a construção da tributação social-democrata seria a confirmação e a consagração dos princípios tributários da capacidade contributiva e do princípio do consentimento. Assim, o tributo passa a ser uma forma de se demonstrar a ação de toda a sociedade com o intuito de assegurar o fortalecimento dos laços de solidariedade. Do que foi descrito acima, verifica-se que o tributo, em um processo dinâmico de evolução política, deixa de ser um meio de dominação e passa a ser um instrumento de redistribuição e de igualdade social.

Não obstante a consolidação do tributo como forma de sustentação da

solidariedade social, o avanço do Estado sobre os contribuintes resultou, ainda no Século XIX, sobre o questionamento da capacidade contributiva como via para igualdade das condições sociais. Ora, o tributo é o meio por excelência para sustentar a redistribuição e a alocação de recursos. Todavia, o ônus deve ser repartido por toda a sociedade com base nas facultades contributivas de cada um. As reações a esse debate colocaram em lados opostos, correntes favoráveis à manutenção de um elevado grau de progressividade do tributo como a única forma de repartir o ônus tributário de forma justa, elevando o sacrifício fiscal de acordo com a elevação da renda dos indivíduos.

3. OS LIMITES ENTRE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E CONFISCO

A amplitude do sacrifício fiscal do cidadão-contribuinte e a correta redistribuição dos encargos públicos tem sido objeto de ampla discussão não apenas nos aspectos relativos ao Direito Tributário. Em realidade, a literatura recente tem tratado o tema não apenas a partir da perspectiva jurídica mas também política, econômica e social. Os efeitos da aplicação do princípio da capacidade contributiva, em uma análise vertical das diferentes categorias de contribuintes, apontam, em um primeiro momento, que esta seria a forma mais justa de se promover a justiça fiscal e a repartição equânime dos gastos do Estado. Quando se procede a uma revisão dos princípios teóricos da tributação, depara-se com diversas classificações dos impostos as quais procuram demonstrar, a partir de diversos dados econômicos dos contribuintes, a incidência sobre essa ou aquela expressão de riqueza, como é o caso do patrimônio e da renda. A essas classificações, se junta também aquela relativa ao consumo, o que traz à tona a clássica discussão sobre tributos diretos e indiretos. Qual dessas modalidades seria a mais eficiente para medir a capacidade contributiva do cidadão. A partir da justa aplicação de conceitos, seria possível determinar os limites do poder contributivo do indivíduo sem o risco de ir além, o que levaria a uma situação de confisco.

A precisa definição dos limites da capacidade contributiva dos indivíduos tem sido uma questão de difícil solução nos sistemas tributários atuais. O problema se apresenta, sobretudo, no momento da análise econômica do alcance deste princípio. Tal assertiva se justifica em função de que no mundo jurídico, a situação estaria pacificada uma que os dispositivos legais vigentes naqueles sistemas tributários definem claramente a medida exata da carga tributária. Contudo, tal medida seria tomada somente a partir dos tributos diretos, desprezando os efeitos dos tributos indiretos sobre a capacidade contributiva dos indivíduos. Trata-se de uma antiga discussão que tem revelado um sem número de facetas e entendimentos divergentes. Ora, do ponto de vista do impacto econômico sobre o contribuinte, das diversas formas de tributação, seja ela direta ou indireta, a realidade nos remete para uma situação que beira o confisco, reduzindo substancialmente o poder aquisitivo dos contribuintes. A análise isolada da capacidade contributiva dos indivíduos a partir apenas dos impostos diretos, gera distorções e reduz a transparência do sistema tributário.

Efetivamente, trata-se de uma zona cinzenta os limites entre capacidade contributiva e confisco. Esta linha tênue revela a lacuna existente entre a necessária transparência do sistema tributário e as orientações quanto ao emprego democrático do tributo. Nesse aspecto, o cidadão-contribuinte consente, por meio do processo democrático do voto, que o Estado possa tributá-lo com o objetivo de encontrar os recursos necessários à solidariedade social. Todavia, as bases desse consentimento pressupõem que o cidadão tem o dever cívico de participar no financiamento dos encargos públicos e ao Estado cabe a promoção do bem-estar comum. Porém, o Estado deve atentar para os limites do seu poder tributante pois o jogo democrático é definido, no que se refere ao poder estatal, pelos princípios constitucionais que arbitram as suas relações com cidadão-contribuinte. Persistindo o entendimento de que a definição da capacidade contributiva estaria restrita aos cânones legais, sem qualquer observação aos efeitos econômicos reais do sacrifício fiscal, estariam maculados os princípios democráticos consignados na declaração de 1789.

Estaríamos assim, diante de uma situação de confisco? Sem dúvida, poderia se afirmar que sim. Essa afirmativa se apóia no fato de que a noção de fisco está estreitamente relacionada aos níveis da contraprestação estatal. Não há como desvincular esses dois institutos. O grau de satisfação do contribuinte, diante de um quadro de carga tributária elevada e de imprecisão quanto à justa repartição desta carga, estaria na qualidade da oferta dos bens públicos oferecidos pelo Estado. Sobre esse propósito, Audier, recusando a natureza confiscatória do tributo e o alcance da contrapartida estatal, assim afirmou que:

Les impôts, loin d'être une confiscation, sont une contribution au bien commun: des services publics de qualité sont une garantie de mobilité sociale pour tous, un rempart contre l'exclusion et un instrument impliquant les riches dans la communauté politique.²

Deve-se notar que não são poucos os questionamentos de contribuintes quanto à falta de informações sobre a real carga tributária embutida nas diversas modalidades da exação fiscal, apesar da farta previsão legal existente em diversos ordenamentos jurídicos. Geffroy ressalta em seu trabalho, as dificuldades e a reticência da doutrina em definir o fenômeno do confisco:

L'apport de la doctrine juridique dans la construction d'un principe de non confiscation par l'impôt est très inégal et d'une certaine manière assez décevante, sans doute du fait de la difficulté à résoudre l'opposition entre deux principes fondamentaux: le principe du respect de la propriété privée et le principe de la nécessité de l'impôt, le droit de l'individu et le droit de l'Etat.³

Apesar da opacidade das normas pertinentes ao princípio da capacidade

² AUDIER, Serge. **Le socialisme libéral**. Paris: Éditions La Découverte, 2006, p. 105.

³ GEFFROY, Jean-Baptiste. "Aux sources du bouclier fiscal: l'émergence difficile d'un principe de non confiscation par l'impôt". In *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*, p. 182. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.

contributiva, não há como negar a sua contribuição para a vida em sociedade e para a noção de justiça fiscal, enfim, para a vida democrática. Ao se traçar uma linha vertical para explicar a lógica do princípio da capacidade contributiva, verifica-se que todos seriam iguais pelo tributo e diante do tributo. Portanto, a sua contribuição à vida em sociedade, já que não se poderia conceber uma sociedade sem tributo, é um traço marcante do mundo contemporâneo, notadamente a partir da construção da sociedade solidária e da social-democracia na segunda metade do Século XIX.

4. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DE VEDAÇÃO AO CONFISCO NO DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O processo legislativo de aprovação do orçamento e a própria complexidade da matéria não permitem ao indivíduo comum nem sequer entender se as destinações dadas ao orçamento estatal são as melhores opções considerando o atendimento da maioria da coletividade. Mesmo no Estado Democrático de Direito, como no caso brasileiro, a eleição de um presidente confere, de certa forma, uma carta branca para definir as políticas públicas, sem mecanismos de participação social que pudessem interferir de forma efetiva no processo. Não se deve esperar do ser humano atitudes altruístas quando os interesses são econômicos, mas mecanismos eficientes e não principiológicos apenas para o controle social, os quais poderiam, no mínimo, conferir maior justiça tributária, fiscal e social, pela força da coletividade e pela verdadeira prevalência do interesse da maioria.

O efeito de confisco ocorre quando se extrapola a capacidade contributiva do indivíduo. Poderá ser verificado sempre que a tributação desrespeitar qualquer princípio norteador das normas sobre tributação, configurando transferência confiscatória para os cofres públicos. Para sair do plano ideal e poder construir um raciocínio mais próximo da realidade, podem se eleitos alguns delimitadores como o próprio princípio da capacidade contributiva norteador de todo o sistema tributário, o direito de propriedade, base do sistema capitalista, e o princípio da livre iniciativa em atendimento aos princípios da ordem econômica.

A forma de governo republicana pressupõe a igualdade formal entre as pessoas, enquanto que o regime democrático, a igualdade material com a distribuição equitativa dos ônus para a manutenção do Estado dentro do critério da razoabilidade e da legalidade. A Constituição Federal de 1988 determina que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político. Elege como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. A origem do poder está expressa na Constituição. Emanada do povo a partir da

eleição de seus representantes ou diretamente segundo os termos da própria constituição. Estabelecidos os limites formais, sem a necessidade de explicitar as teorias acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, imperioso se faz analisar a eficácia das normas e princípios constitucionais informadoras do Direito Brasileiro sobre o tratamento tributário dispensado aos cidadãos, com o objetivo de avaliar se o Estado assegura a aplicação dos princípios constitucionais na positivação e aplicação do Direito Tributário e em último caso, o quão democrático é o sistema tributário brasileiro.

O constitucionalismo moderno tem como objetivo fundamental salvar o homem do poderio do Estado. A delegação de poderes ao Estado pela sociedade é moldada e limitada pela Lei Magna, que ao homem comum deve fornecer os mecanismos para a garantia de seus direitos fundamentais. As funções do Estado contemporâneo, constitucionalmente definidas, comumente invadem a esfera privada. A tributação é um exemplo clássico. Por meio dela, o Estado retira da sociedade uma parcela de seus ganhos para cumprir os seus fins em prol da coletividade. A pergunta básica é: até qual limite está o Estado autorizado a subtrair recursos do contribuinte? A resposta à questão é simples, mas sua concretização no mundo fático é bastante complexa. Primeiro deve ser considerada a capacidade econômica do contribuinte e segundo a necessidade do próprio Estado para o cumprimento de suas funções. Dentro desta ótica está determinado o princípio da capacidade contributiva do Art. 145, § 1º da Constituição Federal de 1988:

§ 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.

O efeito de confisco começa onde termina a capacidade contributiva do cidadão. A tributação confiscatória destruiria a capacidade contributiva e inviabilizaria o próprio sistema econômico, político e social. Nas palavras de Estevão Horvath “ocorre confisco quando se supõe existente uma riqueza que, na realidade, não existe”.⁴

As funções do princípio da capacidade contributiva seria fundamentar a imposição tributária ou no dizer dos franceses, “princípio da necessidade do tributo”, limitar o legislador na produção das normas tributárias e orientá-lo no uso desse poder para os fins que se destina a tributação, principalmente ao considerar seu caráter de justiça social ao promover a devida contribuição de cada um, a redistribuição de renda e o desenvolvimento da sociedade.⁵

⁴ HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 67.

⁵ HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 69-71.

A via judicial seria o único caminho que o contribuinte teria para afastar tributos formalmente legais que ultrapassassem sua capacidade contributiva e assumissem caráter confiscatório. Entretanto, esta não é uma análise fácil de ser verificada devido à ausência de definição objetiva no direito nacional.⁶ Enquanto isso, o comando do Art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 oferece, ao legislador, apenas um rumo axiológico confuso e tênue, sem realmente constituir um mecanismo de freio para o poder estatal de subtrair recursos da sociedade por meio da tributação.

5. A TÊNUE LINHA ENTRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O CONFISCO: UMA LACUNA NA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E O CIDADÃO-CONTRIBUINTE?

O confisco inicia quando se extrapola os limites da capacidade contributiva. Entretanto, o sistema jurídico nacional não estabelece o limite mínimo a partir do qual poderiam incidir as exações fiscais e o limite máximo, considerando também as necessidades do Estado para consecução do bem comum.

A carga tributária deveria ser distribuída na proporção da riqueza da cada um de forma progressiva para atendimento aos fins do Estado. A justiça tributária deve ser pautada nos dizeres de Klaus Tipke⁷, pela ética tributária, a qual estuda a moralidade da atividade tributária aplicada tanto aos poderes estatais como aos contribuintes. Uma distribuição que não seja pautada pela capacidade contributiva gera privilégios e discriminações.

Os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres apontam a vedação da cobrança de tributos com caráter confiscatório como decorrência do princípio da proteção à liberdade e não simplesmente como extrapolação do princípio da capacidade contributiva:

A imunidade contra os tributos confiscatórios está em simetria com a do mínimo existencial, fundada também na liberdade: enquanto aquela impede a tributação além da capacidade contributiva, a imunidade ao mínimo vital protege contra a incidência fiscal aquém da aptidão para contribuir. A proibição de tributo confiscatório, em suma, não decorre do postulado ético da capacidade contributiva, senão que constitui princípio de proteção da liberdade, que, pode ser violentada nos casos de tributação excessiva.⁸

Estabelecer a renda necessária para o mínimo existencial não é tarefa fácil. Diversos países da União Européia têm dedicado estudos para a sua

⁶ IATAROLA, Ana Cristina Silva. Capacidade contributiva: princípio norteador de justiça tributária e sua limitação pelos direitos fundamentais: mínimo existencial versus não confisco tributário. 2005. 152 f. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ugf.br/?q=stricto/77/teses>>. Acesso em: 20 ago. 2010.p. 127.

⁷ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário- os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Volume III Rio de Janeiro: Renovar,1999. p. 130.

determinação da forma mais individualizada possível. Ricardo Lobo Torres defende que “o mínimo existencial, como liberdade normativa que é, pode ter as suas garantias aperfeiçoadas pelo poder regulamentar do executivo” O autor ainda complementa que “a Administração Pública pode, sem prejuízo da unidade normativa, baixar regulamentos autônomos para a garantia dos direitos fundamentais previamente declarados na Constituição.”⁹

Não só a regulamentação da proteção dos direitos fundamentais pelo Executivo se destinaria a garantir o mínimo existencial nos ensinamento do referido autor, também a correta atuação do Estado pode prover esta garantia.

A plena garantia do mínimo vital se efetiva por intermédio do processo administrativo e da eficiência dos órgãos da Administração. A ampliação dos direitos compreendidos como condição para o exercício da liberdade faz com que a ação dos órgãos administrativos tenha influência decisiva assim para assegurar-lhes o status negativus como o status positivus. Processo administrativo rápido e justo, boas escolas, bons hospitais, eficiente administração financeira e monetária, estatísticas corretas sobre os níveis de pobreza que permitam a reorientação dos investimentos estatais, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar a igualdade de chance e o mínimo existencial.

A observância do mínimo existencial, timidamente verificada no Brasil na legislação do imposto de renda, a despeito de outros países como Itália (mínimo vital) ou Espanha (mínimo existencial), deveria valer para todos os tributos, inclusive os que incidem sobre o consumo e sobre a atividade produtiva. Nestes casos é possível evitar o efeito confiscatório pela não incidência tributária sobre gêneros de primeira necessidade ou pela isenção da tributação sobre a propriedade considerando determinadas características que possam identificar contribuintes sem capacidade contributiva.¹⁰

Estabelecer critérios para identificar onde termina a capacidade contributiva e começa o confisco não é tarefa fácil. O mínimo existencial deve ser considerado frente às despesas familiares e às circunstâncias pessoais de cada um.

6. O PERFIL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: A REDISTRIBUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA E JUSTIÇA FISCAL

O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES, por meio do Observatório da Equidade do CDES, vem desenvolvendo esforços para a

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário- os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Volume III Rio de Janeiro: Renovar,1999. p. 189-190.

¹⁰ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

obtenção de informações para subsídio aos debates sobre a construção de um sistema tributário justo pautado pela simplificação, racionalidade e progressividade. Objetiva que a tributação possa estimular o crescimento econômico brasileiro com justiça social. Considera que a atual estrutura tributária é injusta por promover a regressividade e ferir o princípio da igualdade no tratamento tributário, ao onerar as classes menos favorecidas com a maior imposição tributária. A falta de transparência para o cidadão em relação às alíquotas e valores pagos referentes a tributos embutidos nos custos de produtos, serviços e mão-de-obra, associado ao verdadeiro labirinto que se tornou a legislação tributária e ao processo legislativo que não garante a produção de normas para atendimento à maioria da coletividade, faz com que a transparência do sistema tributário brasileiro seja bastante comprometida e que o exercício da cidadania tributária se torne uma utopia social. O resultado é uma inversão de valores morais pautados pela ética da sonegação fiscal, em decorrência deste sentimento de injustiça que a sociedade brasileira experimenta mesmo num Estado Democrático de Direito.

A regressividade tributária poderia ser minimizada com o devido retorno à sociedade de parte dos recursos arrecadados com a tributação, principalmente em favor das classes com déficit econômico, entretanto, esta ainda não é a realidade brasileira, pois, há insuficiência de investimentos em saúde, educação, moradia, segurança, saneamento, que comporiam parcela do mínimo existencial atingida pela tributação regressiva representada pela incidência dos tributos indiretos. A carga tributária brasileira é alta e se comparada à média dos países da OCDE, entretanto, dos 33,8% do PIB, correspondente à carga tributária de 2005, apenas 9,5% do PIB retornaram à sociedade como investimentos públicos em educação(4,4%), em segurança pública (1,2%), saúde (3,5%) e somente o percentual de 0,4% foram investidos em habitação e saneamento, num país em que uma grande parte da população ainda vive sem redes de esgoto e radicada em favelas.¹¹

Outras questões também são apontadas como a distribuição não igualitária de recursos entre os entes federativos, dada a distância verificada entre os orçamentos per capita de municípios mais ricos em relação aos mais pobres. Também foi ressaltado, pelo Observatório de Equidade do CDES, a não superação das distorções sobre os tributos incidentes sobre as empresas os quais têm comprometido as decisões de investimentos e a geração de empregos.

Uma das recomendações do CDES para corrigir os problemas do sistema tributário brasileiro seria a reformulação do sistema para atingir a justiça fiscal e a equidade com base na distribuição da carga tributária de acordo com a capacidade contributiva de cada contribuinte. Isto já está posto constitucionalmente. A proporção da contribuição de cada um deve ser pautada pela riqueza que possuir. O que se questiona é a falta de mecanismo para garantir o princípio constitucional.

¹¹ Brasil. Presidência da República, Observatório da Equidade, op. cit., p. 30-31..

A injustiça fiscal do sistema tributário brasileiro e consequentemente a falta de democracia tributária decorre não só do desrespeito à capacidade contributiva do cidadão e ao efeito confiscatório do sistema, principalmente se considerada a incidência tributária sobre a população com baixa renda, mas também em função do baixo retorno social dos tributos, da complexidade do sistema decorrente do grande número de tributos, da incidência em cascata, excessiva burocracia tributária. Além disso, faltam mecanismos para o exercício da cidadania tributária. A tributação indireta, aparentemente indolor, propicia a cultura tanto pelas classes sociais mais ricas quanto pelas mais pobres de que a população de baixa renda não paga imposto e que as retribuições sociais do Estado seriam benesses concedidas aos seguimentos mais necessitados. Esta sociologia do tributo às avessas prejudica o controle social sobre o Estado por entendimento errôneo sobre o processo da tributação e seus efeitos distorcidos sobre a sociedade. Se o cidadão menos abastado entende que não paga tributo e que quem arca com os custos dos benefícios sociais que recebe, são as classes economicamente favorecidas, por que haveria de se preocupar com as questões tributárias. Este seria um problema de quem paga os tributos e não da população em geral. Restam comprometidos o exercício da cidadania e a consolidação da democracia tributária.

O beneficiário dessa confusão acerca dos verdadeiros pagadores de tributos no Brasil é o próprio Estado que de certa forma ganha liberdade, embora aparentemente legal, para perpetuar as deficiências do sistema de acordo com os interesses de manutenção do poder. Esta ausência de consciência social sobre a necessidade de implementação da democracia tributária inviabiliza o controle social sobre a tributação e, dentro desta lacuna, o sistema tributário brasileiro, num processo perverso de autopoiese tributária, se perpetua pela reprodução e reciclagem de seus próprios componentes, distinguindo-se da sociedade e desvirtuando os fins a que deveria atender.

A injustiça tributária pelo não atendimento ao princípio da capacidade contributiva fica flagrante quando são analisados os dados da distribuição da carga tributária por faixa de renda e por base de incidência. A tributação indireta provoca uma retenção de 48,8% da renda de quem ganha até 2 salários mínimos, 38% para quem ganha de 2 a 4 salários mínimos e 26,3% para quem ganha mais de 30 salários. Já a tributação direta tem curva ascendente em relação ao crescimento da capacidade contributiva. Varia de 3,1% a 9,9% para rendas de até 2 salários mínimos e maiores que 30 salários respectivamente, conforme dados de 2004.¹²

A alta regressividade da tributação sobre o consumo não é compensada pela fraca progressividade da tributação direta e o resultado é a incontestável injustiça tributária e fiscal. A tributação sobre o consumo alcançou o patamar de 48% da carga tributária em 2008, enquanto que a tributação sobre a renda, no mesmo ano, atingiu o percentual de 20,50% da carga tributária total.¹³

¹² Brasil. Presidência da República, Observatório da Equidade, op. cit., p. 25-26..

¹³ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Carga tributária no Brasil 2008: análise por tributo e base de

Uma das conclusões mais importantes do CDES é a ausência de cidadania tributária no Brasil, conforme constou do relatório sobre indicadores de equidade, a qual foi definida e contextualizada da seguinte forma:

Cidadania tributária significa a conscientização do cidadão para o fato de que a necessária arrecadação de tributos deve reverter-se em benefícios que cumpram o papel de atender às necessidades da coletividade, reduzindo distâncias sociais. Transparência, tanto no que diz respeito às fontes quanto aos usos dos recursos públicos é palavra-chave e primeiro requisito para o exercício da cidadania tributária.¹⁴

Há ainda no relatório um destaque que reforça o déficit democrático na tributação, ponto central do presente trabalho, que é a ausência de cidadania tributária, agravada pela falta de debate sobre o assunto, sendo um dos pilares da injustiça fiscal sentida pela sociedade brasileira, o qual mina o ânimo do cidadão de contribuir para o financiamento do Estado. A falta de conscientização sobre a importância da participação social nas questões fiscais faz com que o cidadão deixe de ser parte ativa no processo orçamentário estatal, não tenha visão clara sobre a relação entre a arrecadação tributária e aplicação dos recursos e não exija a disponibilização das informações essenciais à transparência do sistema tributário. A ausência de cidadania torna-se um fator de retro-alimentação das deficiências do sistema por atuar como causa e como consequência ao mesmo tempo. Para atuar sobre um problema, o primeiro passo é ter consciência de sua existência, nesse aspecto a conscientização da sociedade brasileira para os problemas do sistema tributário é ponto fundamental para um longo processo de mudança em busca da justiça fiscal.

7. CONCLUSÃO

Como exposto ao longo do presente trabalho, o tributo acompanhou todo o processo de evolução econômica e política da sociedade. Por isso, trata-se de um fenômeno social que marcou o próprio desenvolvimento das civilizações. Como ressaltado anteriormente, não se poderia imaginar uma sociedade sem tributo. Desde os impérios, passando pela Idade Média, até o fim do absolutismo e o advento do Estado contemporâneo, o tributo se revelou como um produto da própria evolução política. Após ter sido utilizado como meio de dominação, tornou-se um notável instrumento de democracia. A contribuição do princípio do consentimento e da capacidade contributiva, além da edificação dos Estados sociais, fez com que o ônus fiscal se convertesse em um meio de sobrevivência da própria democracia. Não obstante essa abordagem, os sistemas tributários se viram diante da dificuldade em estabelecer em que momento cessaria a capacidade contributiva dos indivíduos e o começaria o confisco. Tem-se revelado

incidência. Brasília. Estudos tributários n. 21, jul. 2009, op. cit., p. 23.

¹⁴ Brasil. Presidência da República, Observatório da Equidade, op. cit., p. 39-40.

difícil para a doutrina e a jurisprudência firmar entendimento em tal direção. A análise do problema à luz apenas do viés jurídico não tem fornecido a resposta esperada. A questão é transportada, então, para a análise econômica, onde se poderia encontrar a resposta ao problema. O presente trabalho buscou também demonstrar o fenômeno no direito pátrio ao expor o princípio da capacidade contributiva e de vedação ao confisco no direito constitucional tributário. Desse modo, fez-se necessário expor o perfil do sistema tributário brasileiro no que se refere à redistribuição da carga tributária segundo os parâmetros da justiça fiscal. Com isso, foi possível estabelecer, na presença das variáveis analisadas, a conexão entre sistema tributário e democracia, aonde foram apontadas as lacunas existentes no que se refere a uma maior precisão entre capacidade contributiva e confisco. Somente uma análise dos dois princípios, a partir de visão jurídica e econômica e que se poderá contribuir para uma maior transparência da imposição tributária e para o aperfeiçoamento do sistema democrático.

8. REFERÊNCIAS

I. Bibliográficas

- AUDIER, Serge. **Le socialisme liberal**. Paris: Éditions La Découverte, 2006.
- BOUVIER, Michel. *“La notion de capacité contributive des contribuables dans la société pos-moderne.”* Revue Française de Finances Publiques, 100, p. 83-93. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007.
- FALCAO, Maurin Almeida. **O mito da progressividade**. In: XVII CONPEDI, 2008, Brasília-DF Anais do XVII CONPEDI. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2008. p. 0001-00025.
- FALCAO, Maurin Almeida. A construção doutrinária e ideológica do tributo: do pensamento liberal e social-democrata à pós-modernidade. In: Rodrigo Freitas Palma. (Org.). **O Direito e os Desafios da Pós-modernidade**. 1a. ed. Brasília-DF: Processus, 2009, v. 01, p. 205-228.
- GEFFROY, Jean-Baptiste. *“Aux sources du bouclier fiscal: l’émergence difficile d’un principe de non confiscation par l’impôt”*. In **Mélanges en l’honneur de Pierre Beltrame**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2010, p. 175.205.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. P. 67.
- SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo:

Saraiva, 1987. P. 15. Apud, NOGUERIA, Alberto. A reconstrução dos direitos humanos da tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 80-81.

SAMSON, William D. "History of Taxation." p. 21-41, in **The International Taxation Systems**. Boston: Kluwer Academic Publishers 2002

TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário- os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p 19-20.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário - os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Volume. III Rio de Janeiro: Renovar,1999. p. 189-190.

II. Referências virtuais

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Carga tributária no Brasil 2008: análise por tributo e base de incidência. Brasília. Estudos tributários n. 21, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

FRANÇA. Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 24 ago 2010.

FURQUIM, Luiz Doria. O Moderno Direito Tributário Alemão. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. ISSN 1980-458X. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/O%20moderno%20Direito%20Tributario%20alemao.htm>>. Acesso em 24 ago. 2010.

IATAROLA, Ana Cristina Silva. Capacidade contributiva: princípio norteador de justiça tributária e sua limitação pelos direitos fundamentais: mínimo existencial versus não confisco tributário. 2005. 152 f. (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.ugf.br/?q=stricto/77/teses>>. Acesso em: 20 ago. 2010.



O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

*Renata de Assis Calsing**
*Maria de Assis Calsing***

Resumo

O assédio moral no ambiente de trabalho, caracterizado pela repetição de condutas abusivas que visam atingir a dignidade do empregado, seja em relação à sua postura pessoal ou laboral, gera graves danos à saúde e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado um valor supremo da Ordem Constitucional brasileira. Apesar da gravidade das consequências do assédio moral, ainda não existem normas federais e/ou estaduais que lidem diretamente com o problema, ao contrário de legislações como a francesa, que punem os casos no âmbito trabalhista e penal. Diversos são os tipos de assédio moral, caracterizados, sobretudo, em relação às pessoas da relação de assédio: se entre funcionário de hierarquia superior ou inferior, ou se praticado coletivamente pela própria empresa. Independente de sua classificação, os casos de assédio moral geram custos para as empresas e para a sociedade e, principalmente, ao trabalhador.

Palavras-chave

Assédio moral. Relações de trabalho. Proteção da pessoa humana.

Resumé

Le harcèlement dans les relations de travail peut être caractérisé par la répétition d'un comportement abusif visant à atteindre la dignité de l'employé, par rapport à sa position personnelle ou dans l'ambiance du travail et que provoque des dommages graves pour la santé et viole le principe de la dignité humaine, qui est considéré comme une valeur suprême de l'ordre constitutionnel brésilien. Malgré la gravité des conséquences de l'intimidation, il n'y a pas de normes fédérales et/ou des États qui traitent directement du problème, par opposition à des lois des pays comme la France, qui punissent les cas dans le domaine du droit du travail et du droit pénal. Il existe plusieurs types de harcèlement, surtout caractérisée par rapport aux statuts des fonctionnaires – fonction de direction ou non, ou encore des cas de harcèlement réalise collectivement par la propre société. Indépendamment de leur classement, les cas de harcèlement engendrent des coûts économiques pour les entreprises et pour la société, mais surtout ils provoquent des dommages personnels.

Mots-clé

Harcèlement. Relations de travail. Protection de la personne humaine.

* Consultora jurídica e advogada. Professora do curso de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Católica de Brasília. Mestre em Direito das relações internacionais pelo UniCEUB e doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne.

** Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB).

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, e em razão da evolução dos direitos sociais e deveres ditos de “solidariedade” presentes na Constituição Federal, o conceito de violência não se atém apenas ao uso criminoso de força física, mas, como apresentado pela autora francesa Marie-France Hirigoyen¹, pode também se manifestar pelo assédio ou “violência” moral.

O assédio moral não é algo novo ou próprio do ambiente de trabalho. Podemos visualizar situações de violência moral no cotidiano das relações humanas, como o *bullying* entre jovens e crianças ou agressões verbais entre familiares.

Entretanto, o fato de ocorrerem desentendimentos pessoais nas relações humanas, não significa que o Direito deva aceitá-las sem interferência. A Constituição brasileira de 1988 consagra o dever de proteção dos direitos da personalidade, exigindo que os danos, ainda que morais, causados a outrem, sejam reparados, como podemos observar pela redação do seu art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Desta forma, e principalmente a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional número 45 de 2004, que definiu a competência da Justiça Trabalhista para julgar os casos de dano moral decorrentes das relações de trabalho, pode-se observar maior conscientização da população sobre a existência deste tipo de agressão e da possibilidade de recurso ao Judiciário para inibir ou reparar os danos sofridos.

Grosso modo, e vamos tratar deste conceito com mais rigor logo em seguida, o assédio moral pode ser entendido como a exposição dos trabalhadores a situações vexatórias e humilhantes. Essa humilhação causa sofrimento, podendo gerar distúrbios psicológicos naqueles que são vítimas de tais abusos. Barreto lista uma série de sintomas do assédio moral, segundo pesquisa realizada com 870 vítimas:

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100	-
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência excessiva	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100
Aumento da pressão arterial	40	51,6

¹ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Idéia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio	-	18,3

Fonte: BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Fapesp; 2000.

A combinação de um ou mais dos fatores assinalados provoca uma condição patológica de estresse na vítima, podendo gerar o que se denominou de síndrome *doburn-out*, que é considerada uma doença ocupacional.

A síndrome, que pode inclusive levar a vítima ao suicídio, é identificada como uma desestruturação emocional/afetiva do empregado, provocando dificuldades no convívio com a família e amigos, e queda da produtividade no meio ambiente de trabalho².

O aumento da incidência de casos de assédio moral deve-se, sobretudo, às dificuldades econômicas e sociais, que obstam a recolocação do trabalhador no mercado, já que a oferta de emprego é, quase sempre, escassa. De forma que não é fácil para o empregado pedir a rescisão do contrato atual, principalmente, porque este é o seu meio de sustento próprio e familiar.

Diante do exposto, e visando neste artigo proporcionar uma delimitação do que vem a ser o assédio moral no ambiente de trabalho, iremos, inicialmente, conceituar o instituto (2), para que possamos, então, proceder à exposição da regulamentação atual no Brasil (3) e no Direito Comparado (4). Em seguida, trabalharemos com os diferentes tipos de assédio moral no ambiente de trabalho (5), tanto por meio da exposição doutrinária como pela análise jurisprudencial. A título de conclusão (6) mostraremos algumas implicações econômicas do assédio moral, além de destacar meios de prevenção.

2. CONCEITO

Como bem salienta Sebastião Geraldo de Oliveira³, não é fácil definir o que vem a ser assédio moral, já que o tema é relativamente recente, não

² BARBOSA, Tatiane. **Assédio moral nas organizações: um comprometimento à saúde do trabalhador**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Estácio de Sá como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Serviço Social. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2008.

³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª Ed. São Paulo: LTR, 2011.

existindo ainda recorte teórico bem definido sobre a questão, de maneira que o autor defende que o conceito ainda estaria em construção.

Mesmo diante da dificuldade de delinear o que vem a ser assédio moral, também conhecido como *mobbing*⁴ ou terror psicológico no trabalho⁵, o conceito usado por Marie-France Hirigoyen traduz posição dominante na doutrina e jurisprudência: “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”⁶.

O Ministério do Trabalho e do Emprego usa conceito similar ao da autora supracitada, definindo assédio moral como “toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, escritos, comportamento, atitude, etc.) que, intencional e frequentemente, fira a dignidade e a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”⁷.

Resumidamente, podem-se destacar alguns elementos chaves deste conceito:

1. Natureza psicológica
2. Repetição sistemática ou caráter reiterado (exposição prolongada e repetitiva a situações humilhantes e vexatórias no ambiente de trabalho)
3. Intencionalidade ou finalidade da exclusão (manifestação de atitudes comportamentais, tais como malevolência, abuso de poder e autoritarismo; degradação deliberada das condições de trabalho)

Segundo o Ministério do Trabalho e do Emprego, as condutas mais comuns que configuram o assédio moral são⁸:

⁴ O termo *mobbing* ganhou notoriedade para definir o assédio moral no trabalho por meio das publicações do psicólogo alemão Heinz Leymann, que usou comparação com as ciências naturais, especialmente o fenômeno próprio de alguns grupos de animais que cercavam e intimidavam um dos animais do grupo, de modo a expulsá-lo do bando ou lhe tirar a autoridade. Para Leymann, *mobbing* significa “o fenômeno no qual uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psicológica extrema, de forma sistemática e recorrente e durante um tempo prolongado – por mais de seis meses e que os ataques se repetem numa frequência média de duas vezes na semana – sobre outra pessoa no local de trabalho, com a finalidade de destruir as redes de comunicação da vítima ou vítimas, destruir sua reputação, perturbar a execução de seu trabalho e conseguir finalmente que essa pessoa ou pessoas acabe abandonando o local de trabalho”. LEYMAN, Heinz. *Mobbing and psychological terror at workplaces*, **Violence and Victims**, nº 5, pp. 119-126 APUD GUIMARAES, Liliana e RIMOLI, Adriana. “*Mobbing*” (assédio psicológico) no trabalho: uma síndrome psicossocial multidimensional. **Psic.: Teor. e Pesq.** 2006, vol.22, n.2, pp. 183-191, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722006000200008>.

⁵ Termo usado pela juíza do trabalho, Márcia Novaes Guedes, na sua obra “Terror psicológico no trabalho”, São Paulo: LTr, 2003.

⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

⁷ Disponível em: www.mte.gov.br.

⁸ Disponível em: www.mte.gov.br.

- “Instruções confusas e imprecisas ao trabalhador, de modo a dificultar o seu trabalho, ou de lhe atribuir erros inexistentes;
- Exigir, sem necessidade, trabalhos urgentes, ou impor sobrecarga de tarefas ou horários injustificados;
- Ignorar a presença do trabalhador, ou não cumprimentá-lo ou, ainda, não lhe dirigir a palavra na frente dos outros, deliberadamente;
- Fazer críticas ou brincadeiras de mau gosto aotrabalhador em público;
- Retirar-lhe, injustificadamente, os instrumentos de trabalho;
- Agressão física ou verbal, quando estão a sós o assediador e a vítima;
- Revista vexatória ou restrição ao uso de sanitários;
- Ameaças, insultos e isolamento do grupo”.

Vemos, então, que são condutas subjetivas, visando atingir o psicológico da vítima, baixando sua auto-estima, causando sentimentos de inferioridade e humilhação, podendo se caracterizar tanto por atos atentatórios à dignidade da pessoa, como ofensas e ridicularizações, como por meio de abusos à reputação profissional do empregado, como a imputação de punição exagerada ou de metas absurdas.

Finalmente, resta-nos o questionamento sobre a necessidade ou não de existência do dano psicológico constatado pericialmente para que seja caracterizado o assédio, já que, neste ponto, doutrina e jurisprudência ainda não são uníssonas.

De um lado, existe a posição de que seria essencial a constatação médica do dano psicológico, sem o que não haveria que se falar em reparação. Entretanto, a posição dominante, defendida por autores como Alice Monteiro de Barros⁹ e Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁰, além de parte da jurisprudência brasileira, dispensam a confirmação do dano, ao argumento de que a Constituição protege a integridade moral de cada cidadão, sendo que o dever de reparação surgiria dos atos de assédio perpetrados, e não da extensão pericialmente quantificada do abalo sofrido por cada pessoa.

Neste diapasão, Sebastião Geraldo de Oliveira equipara o assédio moral aos crimes denominados de mera conduta, suportando a ideia de que o que se pune é o comportamento do agressor¹¹.

Todavia, afirma o autor que se deve agir com cautela na determinação dos casos de configuração de assédio moral para que não se abranjam condutas de exercício regular do poder diretivo por parte do empregador, como a imposição de metas de produtividade razoáveis ou o controle da qualidade do trabalho realizado. Ou ainda, para que não se confunda assédio moral com casos de danos pontuais à personalidade do empregado (que também são puníveis, mas que não se configuram como assédio

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 886 e ss.

¹⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. Cit., P. 235.

¹¹ Idem.

moral) ou mesmo com algumas conseqüências do assédio moral, como o estresse, que também podem ser causadas por outras situações, como a correria da vida cotidiana¹².

Desta forma, a boa definição do que é ou não assédio moral é essencial para que não se esvazie o conceito. Como já comentado na introdução, o assédio moral pode provocar diversos problemas à saúde do trabalhador, sendo ainda considerado imoral pela sociedade, de onde advém a necessidade de sua prevenção e regulamentação.

3. REGULAMENTAÇÃO

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a primeira medida ou recomendação no que concerne o assédio moral seria a prevenção, de forma que não bastaria que fossem realizadas reprimendas aos agressores ou que se indenizassem financeiramente as vítimas. Seria “preciso entender causas e motivações, a fim de estabelecer ações eficazes no combate ao assédio moral”¹³.

No Brasil, o assédio moral ainda não foi regulamentado de forma específica em nível federal, existindo a possibilidade genérica destacada no art. 5º da Constituição Federal de reparação pecuniária por danos morais. No âmbito trabalhista, o assédio moral ainda pode caracterizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, segundo o art. 483 da Consolidação das Leis Trabalhista, com o pagamento de todas as verbas decorrentes¹⁴.

Existem também alguns projetos de lei em discussão, com destaque para o PL nº. 2.369/2003, que proíbe o assédio moral nas relações de trabalho (art. 1º), sendo este definido como:

“constrangimento do trabalhador por seus superiores hierárquicos ou colegas, através de atos repetitivos, tendo como objetivo, deliberado ou não, ou como efeito, a degradação das relações de trabalho e que:

I - atente contra sua dignidade ou seus direitos, ou

II - afete sua higidez física ou mental, ou

III – comprometa a sua carreira profissional”. (art. 2º)

¹² Ibidem.

¹³ Disponível em: www.asserdiomoral.org.

¹⁴ Vale lembrar a redação do art. 483, da CLT, que fala sobre as causas de rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do empregado, já que vemos a coincidência de várias das hipóteses nele elencadas com condutas definidoras do assédio moral. Senão vejamos: Art. 483: “O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários”.

O referido projeto cria a obrigação de indenização por parte do empregador ao empregado que sofrer o assédio, impondo, ainda, multa pela reincidência da conduta.

O Anexo II da NR 17 do Ministério do Trabalho e Emprego, norma que regulamenta o trabalho em teleatendimento e telemarketing, traz um conceito de assédio moral que pode ser usado analogamente a outros ramos laborais, como se pode observar pelo disposto em seu artigo 5.13¹⁵:

“é vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como:

- a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho;
- b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda;
- c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores”.

Ao contrário do que acontece nas esferas federal e estadual, existem diversos municípios brasileiros que possuem leis que tratam especificamente do assédio moral nas relações de trabalho, tal como acontece em São Paulo, Cascavel, Guarulhos, Iracemápolis, Natal e Sidrolândia.

A lei municipal de São Paulo nº 13.288/02 dispõe sobre a aplicação de penalidades para a prática de assédio moral no âmbito das repartições públicas municipais da administração direta e indireta. Entre as punições podemos destacar: curso de aprimoramento profissional; suspensão, multa e até a demissão.

A fim de esclarecer o que entende por assédio moral, a lei supracitada o conceitua como:

“todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços”¹⁶.

No âmbito do Judiciário Trabalhista, uma das primeiras decisões que reconheceu danos por assédio moral remonta do ano de 2002:

¹⁵ O anexo II da NR 17 está disponível em: portal.mte.gov.br/data/files/.../nr_17_anexo2.pdf.

¹⁶ Art. 1º, § único da lei 13.288 do município de São Paulo, disponível em: <http://www.leismunicipais.com.br>.

“ASSÉDIO MORAL - CONTRATO DE INAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado”¹⁷.

Se no Brasil a discussão legal do assédio moral ainda é incipiente, em outros Estados tal normatização já se encontra em estágio mais avançado, a exemplo da Noruega, França e Portugal, aos quais passamos a nos referir no próximo tópico.

4. DIREITO COMPARADO

A primeira lei a coibir o assédio ou coação moral foi concebida na Noruega em 1977, no seu Código do Trabalho (equivalente à nossa CLT), de forma generalizada¹⁸.

A França, embora já houvesse codificado considerações gerais sobre o assunto, somente legislou o assédio moral propriamente dito em 2002, ao acrescentar o art. 122-49 ao seu Código do Trabalho.

Referido artigo dispõe que:

nenhum assalariado deveria ser submetido ao assédio moral que tenha por objeto ou efeito a degradação das condições de trabalho suscetíveis de atentar contra seus direitos e sua dignidade, e de alterar sua saúde psicológica ou mental, ou de comprometer seu futuro profissional. (tradução própria)

O artigo supracitado ainda acrescenta a proibição de qualquer tipo de sanção, licença ou medida discriminatória, direta ou indireta, sobretudo em matéria de remuneração, formação, promoção, modificação ou renovação do contrato de trabalho por ter o trabalhador se submetido ou se recusado a se submeter aos atos de assédio, ou ainda por ter testemunhado tais atos ou lhes haver relatado.

¹⁷ TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001, Relatora: Juíza Sônia das Dores Dionízio. Decisão proferida em: 20/08/02 e transcrita na Revista LIT n° 66.

¹⁸ TARCITANO, João Sérgio de Castro e GUIMARÃES, Cerise Dias. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Estácio de Sá como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em tecnologia de recursos humanos. Juiz de Fora: Estácio de Sá, 2004.

O assediador fica sujeito a um ano de prisão e multa de quinze mil euros¹⁹.

A Suécia publicou em 1993 uma ordenação definindo o assédio moral como repetidas ações reprováveis ou negativas dirigidas contra determinado empregado ou empregados, de forma ofensiva, capazes de provocar sua exclusão da comunidade laboral²⁰.

Em Portugal, o assédio moral é tipificado pelo Código de Trabalho, que descreve que:

“entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador”²¹.

A Organização Internacional do Trabalho também traz diversas Convenções que podem ser usadas na proteção do trabalhador contra o assédio moral, tais como a Convenção nº 111 que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão, ou a Convenção nº 155 relativa à segurança e saúde no ambiente de trabalho.

Podemos também citar a proibição de discriminação aos deveres de segurança e igualdade de tratamento no ambiente de trabalho previsto pela lei argentina, e a falta de codificação específica de assédio moral, tal qual o Brasil, no Chile e no Uruguai²².

5. TIPOS

De acordo com a doutrina majoritária, o assédio moral pode ser de três tipos: (a) vertical descendente – praticado por chefe ou empregador; (b) horizontal – praticado por colegas de trabalho; e (c) vertical ascendente – praticado por grupos de subordinados. De forma menos expressiva, também se fala em assédio moral coletivo.

5.1. Vertical descendente

O assédio moral vertical descendente é o tipo mais comum de assédio moral, sendo praticado por funcionário de hierarquia superior sobre o de hierarquia inferior, a exemplo de atos praticados por um gerente sobre seus

¹⁹ Pena prevista no artigo 222-33 do Código Penal francês.

²⁰ TARCITANO, João Sérgio de Castro e GUIMARÃES, Cerise Dias. Op. cit.

²¹ Disponível em: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. Cit., p. 233.

²² BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio moral no ambiente de trabalho: responsabilidade do empregador, perguntas e respostas**. 2ªed. São Paulo: LTR, 2009.

comandados. A prevalência deste tipo de assédio moral sobre os demais pode ser demonstrada pelo quadro abaixo²³:

ORIGEM DO ASSÉDIO	%
Hierarquia	58
Diversas pessoas (incluindo colegas)	29
Colegas	12
Subordinado	1
TOTAL	100

Fonte: HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal estar no trabalho redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 111.

Neste caso, fica clara a capacidade do exercício de influência, de estabelecimento de uma relação de dependência de um funcionário sobre o outro, o que impede, na maioria dos casos, que a vítima possa enfrentar seu assediador, sendo mais comum a figura da tentativa de fuga do conflito por parte da vítima²⁴.

A coerção se baseia no medo da vítima de sofrer conseqüências negativas em caso de desobediência ou resposta às agressões, sendo este medo estendido aos outros colaboradores, que podem se omitir na defesa da vítima com medo de serem também vitimizadas ou despedidas.

A pesquisa realizada por Ana Luiza Marcondes e Reinaldo Dias constatou que grande parte dos casos noticiados em jornais e revistas a respeito do assédio moral vertical descendente se relaciona com a imposição de metas abusivas ou impossíveis, ou ainda com a punição dada aos que não as atingem²⁵.

A este respeito, podemos mencionar recente julgado do TST (do qual ainda cabe recurso) em que a empresa Ambev foi condenada a pagar R\$ 100 mil a um ex-vendedor de Porto Alegre por humilhação e maus-tratos.

No caso em questão, o valor inicial da indenização por dano moral, determinado pela 5ª Vara do Trabalho da capital gaúcha foi de R\$ 30 mil, sendo elevado pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região, que entendeu

²³ Quadro retirado de: TARCITANO, João Sérgio de Castro e GUIMARÃES, Cerise Dias. Op. cit. P. 20.

²⁴ MARCONDES, Ana Luiza e DIAS, Reinaldo. *Características do bullying como tipo de assédio moral na organizações*. *Revista Pensamento contemporâneo em Administração*, vol. 5, nº1, 2011.

²⁵ Idem.

que o valor não reparava o dano causado e não levava em conta a capacidade econômica da empresa, já que se constatou que o procedimento era adotado em uma coletividade de empregados, uma vez que tramitavam outras causas relacionadas ao mesmo fato naquele Regional. Por isso, o Tribunal entendeu que o valor seria o necessário para que se realizasse o caráter punitivo e reparatório, evitando a permanência da prática²⁶.

A prática abusiva, experimentada entre março de 2003 e julho de 2007, consistia na punição daqueles que não alcançassem as metas de vendas, obrigando-os a pagar prendas, como usar fraldão, fazer flexões e passar por um corredor polonês (fileira de pessoas desferindo golpes). Além disso, os supervisores usariam palavras de baixo calão durante os castigos²⁷.

Em outro caso, verifica-se a alienação de empregados por seus superiores hierárquicos, por meio de condutas tais como: chamar, em uma festa promovida pela empresa, publicamente, um grupo de trabalhadores atingidos por acidente de trabalho de “lesionados”, fazendo “referências grosseiras e humilhantes”, como de os chamar de ‘vagabundos’ e de ‘banda podre da empresa’, ou ainda em “atos de discriminação ‘sutil’, como: a) não chamar o autor para participar de reuniões regulares; b) não entregar ao autor um ‘kit’ de brindes entregue a todos os demais empregados no Dia dos Pais; c) sofrer perseguição por fumar enquanto outros empregados fumavam sem problemas no ambiente de trabalho; e d) não permitir que o mesmo utilizasse o cartão de abastecimento quando saía com veículos da empresa²⁸.

Destaca-se, pela ementa, o entendimento do TST quanto ao caso:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ASSÉDIO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA - CABIMENTO. O assédio moral decorre de tortura psicológica continuada, consubstanciada no terror de ordem pessoal, moral e psicológico praticado contra empregado ou grupo de empregados, no âmbito da empresa, podendo ser exercitado pelo superior hierárquico, por empregados do mesmo nível e pelos subordinados contra o chefe, isto é, pode ocorrer no sentido vertical e horizontal (ascendente ou descendente), tem como fito tornar insuportável o ambiente laboral, obrigando o trabalhador a tomar a iniciativa, por qualquer meio, do desfazimento do contrato de trabalho. In casu, ficaram perfeitamente demonstradas no acórdão regional condutas tendentes a isolar do convívio social aqueles empregados, que de acordo com o perfil da empresa, não se adequam ao conceito de bom trabalhador”²⁹.

Diversos autores apontam, ainda, o uso do assédio moral vertical des-

²⁶ Notícia veiculada em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/02/ambev-e-condenada-indenizar-ex-empregado-em-r-100-mil-diz-tst.html>

²⁷ Idem.

²⁸ PROCESSO Nº TST-AIRR-34340-61.2008.5.06.0142, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Filho, julgado em 16/02/2011 e publicado em 25/02/2011.

²⁹ PROCESSO Nº TST-AIRR-34340-61.2008.5.06.0142, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Filho, julgado em 16/02/2011 e publicado em 25/02/2011.

cendente como uma maneira de induzir um empregado, pelo qual a empresa não mais tem interesse, a pedir demissão voluntária, de modo que não seja obrigada a lhe pagar as verbas rescisórias devidas.

“ASSÉDIO MORAL. TÉCNICA DE ISOLAMENTO. NÃO ATRIBUIÇÃO DE TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO. O assédio moral, no âmbito das relações de trabalho caracteriza-se, pela violência psicológica, constrangimento, humilhação no ambiente de trabalho, de conotação não sexual, que visa minar a auto-estima do empregado e desestabilizá-lo emocionalmente. Deste modo, subtraindo a reclamada da empregada todo o trabalho que realizava, mesmo aquele para o qual fora contratada, proibindo que outros empregados utilizassem de seus serviços, resta evidente o propósito de uma exposição gratuita da autora e de forçá-la a pedir demissão, caracterizando assédio moral, passível de reparação”³⁰.

5.2.Horizontal

O assédio moral horizontal é praticado dentro de um mesmo nível hierárquico, não havendo abuso do poder diretivo, mas omissão da empresa em não coibir esse comportamento. São situações semelhantes ao *bullying*, espécie de agressão psicológica praticada entre crianças ou jovens, ou a pressões psicológicas praticadas dentro de grupos reclusos, como o exército ou um time esportivo. Não raro, os atos praticados estão ligados à intolerância, que pode ser racial, ligada a aspectos da aparência ou mesmo crenças religiosas ou políticas.

Ainda se pode falar em assédio moral misto, quando realizada a prática abusiva em conjunto por funcionário de hierarquia superior e do mesmo nível hierárquico da vítima.

Nestes casos, cabe ressaltar que a passividade dos gerentes da empresa diante de assédio moral claramente praticado contra qualquer um dos seus funcionários também gera o dever de reparação por danos morais.

Segundo o artigo 932, III do Código Civil brasileiro de 2002, que cita casos de responsabilidade objetiva, são responsáveis pela reparação civil “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

No mesmo sentido, aduz a súmula nº 341 do TST que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Em decorrência, pode o empregador punir o empregado que está assediando seus colegas, com advertência e até mesmo a dispensa por justa causa. Além disso, a empresa pode ingressar com ação regressiva contra o assediador

³⁰ TRT 18, PROCESSO nº 00405-2008-003-18-00-4, Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 9, de 19.01.2009, pág. 10.

para reembolso dos danos pagos a vítima do assédio³¹.

Citamos alguns casos a fim de melhor caracterizar o instituto.

“ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL OU GESTÃO POR ESTRESSE. MEIO AMBIENTE LABORAL SADIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Se as condutas lesionadoras de direitos da personalidade da obreira foram reiteradas por colegas de trabalho, sob o olhar irrepreensível de prepostos da empregadora, institucionalizaram-se, enquadraram-se no conceito de ‘gestão por estresse’, tornando a empregadora responsável por eventual dano daí decorrente, mormente se esta se descuidou do dever contratual de zelo pela saúde e segurança da sua empregada, submetendo-a ao labor em condições pouco confortáveis, inseguras e ‘penosas’”³².

“ASSÉDIO MORAL. VALOR DA COMPENSAÇÃO. Comprovado que o obreiro, durante período prolongado do vínculo, era referido pelos demais empregados com a alcunha de “escravo”, tem-se por configurado o assédio moral horizontal, materializando-se a responsabilidade do empregador por aplicação do disposto no art. 932, III do Código Civil, sendo devida a reparação em valor capaz de compensar a vítima e produzir efeito pedagógico no ofensor, com espeque nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, consoante fixado pelo juízo singular. Recurso de ambas as partes não providos”³³.

5.3. Vertical ascendente

O assédio moral ascendente se caracteriza por atos praticados pelos funcionários de hierarquia inferior a um de seus superiores, sendo que o assédio pode ser exercido de forma coletiva (por um grupo de empregados contra um novo gerente, por exemplo) ou individualmente, como no caso de um funcionário que descobre um fato pessoal da vida de seu superior hierárquico e ameaça sua exposição caso não receba um aumento, promoção, etc.

5.4. Coletivo

Marie-France Hirigoyen vislumbra em sua obra o chamado assédio moral coletivo ou *gestão por injúria*, que ocorre quando o comportamento abusivo faz parte do modelo de gestão e direção adotado pela empresa, exercendo pressão excessiva e desrespeitosa em determinados setores e/ou departamentos, atingindo a dignidade da coletividade dos empregados³⁴.

³¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. Cit., P. 240.

³² Processo TRT 16ª Região, número único: 01124-2009-002-16-00-4-ROS, de relatoria de Luiz Cosmo da Silva Júnior, julgado em 10/08/2011 e publicado em 17/08/2011.

³³ TRT 23ª Região, RO 597200807123000, MT 00597.2008.071.23.00-0. Julgado em: 14/07/2010, Publicado em: 19/07/2010: DJE/TRT23: 523/2010.

³⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. Cit., P. 240 e ss.

A título de exemplo, podemos citar:

DANO MORAL. TRATAMENTO DEGRADANTE. DIREITO À INDENIZAÇÃO. Ainda que não configure assédio moral, porquanto ausentes o cerco e a discriminação, o caráter continuado das agressões praticadas pela empresa, através de preposto, caracteriza a gestão por injúria, que importa indenização por dano moral. O fato de o tratamento despótico ser dirigido a todos os empregados, sem distinção, não legitima a tirania patronal, incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art. 5º, XIII, art. 170, caput e III). O trabalhador é sujeito e não objeto da relação contratual, e tem direito a preservar sua integridade física, intelectual e moral, em face do poder diretivo do empregador. A subordinação no contrato de trabalho não compreende a pessoa do empregado, mas tão-somente a sua atividade laborativa, esta sim, submetida de forma limitada e sob ressalvas, ao jus variandi. Comprovado que o supervisor submetia o reclamante e seus colegas a tratamento injurioso e degradante, valendo-se publicamente de epítetos como “mula, vagabundo, cachaceiro, preto, inútil”, resta configurado atentado à dignidade do trabalhador, ensejador da indenização por dano moral³⁵.

Outro caso:

ASSÉDIO MORAL VERTICAL. GESTÃO POR INJÚRIA PRATICADA PELO EMPREGADOR. REPARAÇÃO DO DANO MORAL DEVIDA POR OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III E IV, ART. 5º, V, X, XIII; ART. 170, CAPUT E III, CF/88 E ARTS. 186, 927, 944 DO NCC.)

1. O dano moral ocasiona lesão na esfera personalíssima do titular, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, implicando numa indenização compensatória ao ofendido (art. 5º, incisos V e X, CF).
2. Os elementos dos autos dão conta de que as testemunhas ouvidas confirmaram que o empregador publicamente utilizava palavras de baixo calão para se dirigir aos empregados, demonstrando até mesmo seu racismo ao chamá-los pejorativamente de “nordestinos” e de “baianos burros”.
3. A gestão por injúria ficou caracterizada nos autos, quando o correto seria o tratamento respeitoso e com urbanidade. A relação de subordinação não constitui salvo conduto ou autorização para que o superior hierárquico ofenda seus subordinados.
4. A gestão empresarial dos recursos humanos com base no assédio moral revela tirania patronal, incompatível com a dignidade da pessoa humana, com o valor social do trabalho e com a função

³⁵ TRT 2ª Região, ACÓRDÃO Nº: 20090412570, Processo TRT/SP Nº: 01222200544202006, Publicado em: 05/06/2009.

social da empresa, mandamentos inseridos na Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III)³⁶.

6.A TÍTULO DE CONCLUSÃO

A título de conclusão, gostaríamos de agregar três reflexões que possuem estreita relação com a prevenção de riscos jurídicos, dentre elas, a prevenção de condenações pela prática de atos que podem ser caracterizados como danos morais, mas também com a prevenção de riscos sociais e econômico-financeiros para as empresas.

A primeira reflexão diz respeito ao *Código de Ética ou ao Código de Conduta* de uma empresa, dentro de uma visão positiva que agrega valor para os negócios, sem a preocupação apenas mercadológica de satisfazer clientes ou fortalecer a imagem da empresa para fins externos ou de relações públicas.

Não iremos nos ater ao modo de elaborar um Código de Ética ou de Conduta, mas gostaríamos de ressaltar que numerosos tópicos abordados nestes códigos dizem respeito às normas jurídicas, conflitos de interesse, proteção ao patrimônio da empresa, lealdade entre os colaboradores/funcionários, respeito entre chefes e subordinados, transparência nas comunicações internas e com as partes interessadas da empresa (stakeholders), denúncias, práticas de suborno e corrupção em geral, propriedade de informação, alcoolismo e uso de drogas, assédio profissional e sexual, dentre outros.

Os códigos de ética não podem ser vistos como simples instrumentos a serviço de lucro para as empresas, mas de gestão da responsabilidade social empresarial, concebidos para defender ou preservar a empresa de ações ou condutas incorretas praticadas por empregados e dirigentes, e que podem resultar em condenações pecuniárias a título de danos morais a serem pagos pelas empresas.

Neste contexto, o segundo aspecto que gostaríamos de agregar a esta reflexão diz respeito a outra ferramenta de gestão da responsabilidade social empresarial, que representa um sistema de incentivo à adoção de boas práticas empresariais: é a aplicação dos *Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial*.

Estes indicadores foram revistos a partir da ISO 26000, que apresenta diretrizes sobre responsabilidade social para qualquer tipo de organização ou empresa, seja pública ou privada, permitindo um auto-diagnóstico do processo de gestão da responsabilidade social.

Os indicadores 1 e 2, por exemplo, que tratam, respectivamente, dos princípios da responsabilidade social empresarial e do comportamento ético das empresas, referem-se exatamente ao código de ética ou de conduta das empresas,

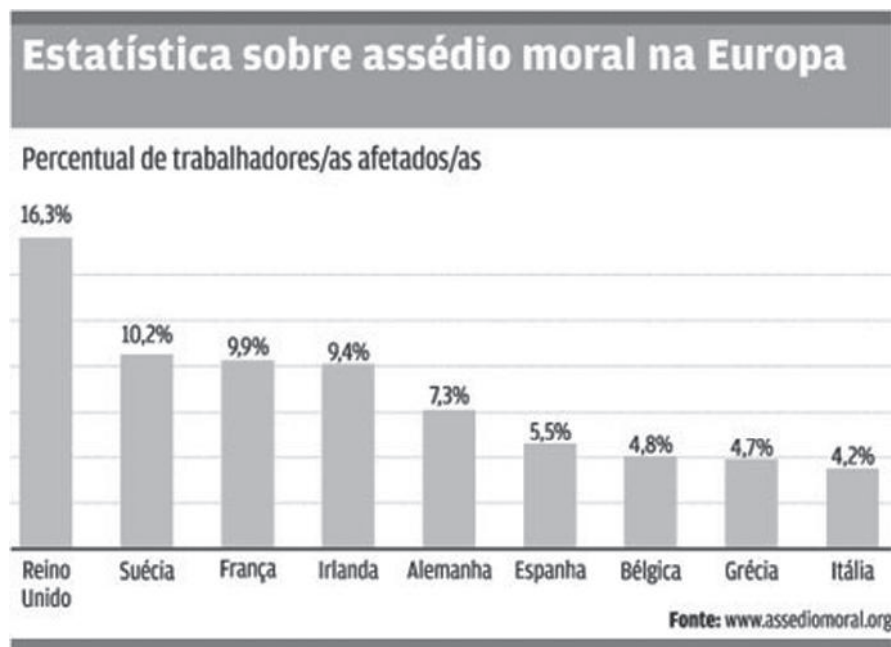
³⁶ TRT/SP, processo nº: 00410000420075020050; RO-Ac. Nº 20110155712, de relatoria de Ivani Contini Bramante, publicado no DOE de 25/02/2011.

incluindo um conjunto de indicadores que costumam, no âmbito do Judiciário, ser motivo de demandas por danos morais, não só na Justiça do Trabalho.

Seu preenchimento, como dos demais indicadores, além de permitir às empresas avaliar o estágio em que se encontram quanto à responsabilidade social com relação aos seus diversos *stakeholders* e a toda a sociedade, também permitem identificar os impactos - positivos e negativos - de suas decisões e práticas de gestão, visando evitar ou mitigar aquelas decisões que podem comprometer o processo produtivo da empresa e a sustentabilidade dos negócios.

O terceiro aspecto que gostaríamos de comentar diz respeito aos custos econômicos e financeiros do assédio moral para as empresas.

Não temos ainda estatísticas disponíveis para o Brasil. Mas, nos Estados Unidos, o custo total para os empregadores - ou seja, para as empresas - por atos de assédio moral praticados no ambiente de trabalho foi estimado em mais de 4 bilhões de dólares ao ano, e as despesas para o tratamento das conseqüências do assédio moral, principalmente da depressão, chegam a 44 bilhões de dólares, de acordo com a OIT - Organização Internacional do Trabalho, ligada à ONU. Na Europa, o custo é estimado em 20 bilhões de dólares:



Fonte: ZANETTI, Robson. Os custos do assédio moral³⁷.

Além do valor a ser pago a título de indenização pelos prejuízos morais e materiais que o assediado sofrer, há outros custos para a empresa, como:

³⁷ Disponível em: <http://www.robsonzanetti.com.br/v3/artigo.php?id=26&idCat=2>.

- Diminuição da produtividade dos empregados;
- Degradação do ambiente de trabalho;
- Suspensão do contrato de trabalho de empregados;
- Prejuízos à marca de produtos e serviços;
- Prejuízos à reputação do nome empresarial; etc.

É claro que há outros prejuízos que nem sempre são considerados. A sociedade acaba contribuindo com os gastos públicos para o tratamento dos problemas de saúde ocasionados pelo assédio, sobretudo os problemas de depressão.

Há também o custo humano do assédio, pois o trabalhador começa a perder a confiança em si, na sua competência, na sua qualidade profissional. Normalmente, avaliamos os danos externos, mas os danos internos à pessoa costumam ser duradouros e difíceis de serem curados.

7. REFERENCIAS

BARBOSA, Tatiane. **Assédio moral nas organizações: um comprometimento à saúde do trabalhador**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Estácio de Sá como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Serviço Social. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2008.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio moral no ambiente de trabalho: responsabilidade do empregador, perguntas e respostas**. 2ªed. São Paulo: LTR, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª. ed. São Paulo: LTr, 2011.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MARCONDES, Ana Luiza e DIAS, Reinaldo. *Características do bullying como tipo de assédio moral na organizações*. **Revista Pensamento contemporâneo em Administração**, vol. 5, nº1, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª Ed. São Paulo: LTR, 2011.

TARCITANO, João Sérgio de Castro; GUIMARÃES, Cerise Dias. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Estácio de Sá como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em tecnologia de recursos humanos. Juiz de Fora: Estácio de Sá, 2004.



COMPETÊNCIA AMBIENTAL À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011

*Sidney Guerra**

Resumo

Indubitavelmente o tema relacionado ao meio ambiente ocupa posição de destaque no cenário nacional e internacional. Não por acaso é que intelectuais, artistas, políticos, além de acadêmicos de todas as áreas do conhecimento tem despendido parcela significativa de seus estudos e reflexões sobre esta temática. Um dos principais problemas que aflige a sociedade em relação ao estudo da matéria relaciona-se ao sempre tenso binômio “economia x ambiente”. Isso porque é necessário fomentar o desenvolvimento econômico do país em consonância com a proteção e preservação do meio ambiente. Importante, portanto, compatibilizar estes interesses com instrumentos utilizados pelo poder público, como por exemplo, o licenciamento e a compensação ambiental. Frise-se, desde logo, que tais instrumentos que estão à disposição do poder público, poderão ser utilizados nos limites definidos pela lei, em especial, na Constituição Republicana, por tratar-se de matéria afeta a competência. Nos últimos anos, embora a matéria estivesse concebida no direito brasileiro, muitas dúvidas e inquietudes surgiram no campo acadêmico, bem como em questões práticas, repercutindo em vasta produção doutrinária e jurisprudencial. Isso porque o artigo 23 da Constituição Federal estabelece que a competência executiva em matéria ambiental é *comum*, atribuindo uma série de ações a serem desenvolvidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, criando uma espécie de “federalismo cooperativo” em matéria ambiental. Em termos práticos, infelizmente, o modelo consagrado no Brasil até o momento relaciona-se a um verdadeiro “federalismo competitivo”, onde ao invés de se estabelecer uma cooperação entre os entes federativos, verifica-se uma desnecessária competição entre os citados entes, o que produz prejuízos a todos os segmentos da sociedade. Após largo período de tempo, foi editada a Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição da República, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, bem como altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente. Por isso mesmo é que neste estudo a competência em matéria ambiental ganha destaque, em especial a executiva, por ter sido devidamente regulamentada pela citada lei complementar.

* Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado da Universidade Católica de Petrópolis. Advogado no Rio de Janeiro.

Palavras-chaves:

Competência ambiental. Lei Complementar n. 140/2011. Sustentabilidade.

Resumen:

Sin duda, el tema relacionado con el medio ambiente ocupa un lugar destacado en la escena nacional e internacional. No por casualidad es que los intelectuales, artistas, políticos y académicos de todas las áreas del conocimiento ha pasado una parte importante de sus estudios y reflexiones sobre este tema. Uno de los principales problemas que aquejan a la sociedad en relación con el estudio de asuntos relacionados con el es el siempre tenso binomio “economía frente al medio ambiente”. Esto se debe a la necesidad de fomentar el desarrollo económico compatible con la protección y preservación del medio ambiente. Importante conciliar estos intereses con los instrumentos utilizados por las agencias gubernamentales, tales como la compensación y licencias ambientales. Estos instrumentos están a disposición del poder público y pueden ser utilizados dentro de los límites definidos por la ley, en particular, la Constitución republicana, porque es una cuestión que afecta a la competencia.

En los últimos años, aunque el asunto fue concebido en la ley brasileña, muchas dudas e inquietudes han surgido en el ámbito académico, así como cuestiones prácticas, lo que resulta en la doctrina y la jurisprudencia vasta producción. Esto es así porque el artículo 23 de la Constitución Federal dispone que la competencia ejecutiva en materia de medio ambiente es común, dando una serie de acciones que debe emprender la Unión, Estados, Distrito Federal y los municipios, creando una especie de “federalismo cooperativo” en materia de medio ambiente. En términos prácticos, por desgracia, el modelo establecido en Brasil hasta la fecha se refiere a un verdadero “federalismo competitivo”, donde en lugar de establecer una cooperación entre las entidades federales, hay una competencia innecesaria entre las entidades mencionadas, el que produce daño a todos los segmentos de la sociedad. Después de un período largo de tiempo, fue publicada la Ley n. 140 de 08 de diciembre 2011, por la que se establecen, de conformidad con los artículos III, VI y VII del artículo 23 de la Constitución, para la cooperación entre los gobiernos federal, estatales, del Distrito Federal y los municipios en los actos administrativos derivados del ejercicio de la responsabilidad común para la protección de los destacados paisajes naturales, la protección del medio ambiente, la lucha contra la contaminación en cualquiera de sus formas y la preservación de los bosques, la fauna y flora, así como cambiar el la Ley n.º 6938 del 31 de agosto de 1981, que tiene acerca de la Política Ambiental Nacional. Así, en este estudio la competencia en materia ambiental se destaca, sobre todo el poder ejecutivo, después de haber sido debidamente reguladas por la ley complementaria mencionada.

Palabras clave:

La competencia del medio ambiente. La Ley Complementaria n. 140/2011. Sostenibilidad.

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente o tema relacionado ao meio ambiente ocupa posição de destaque no cenário nacional e internacional.¹ Não por acaso é que intelectuais, artistas, políticos, além de acadêmicos de todas as áreas do conhecimento tem despendido parcela significativa de seus estudos e reflexões sobre esta temática.

Um dos principais problemas que aflige a sociedade em relação ao estudo da matéria relaciona-se ao sempre tenso binômio “economia x ambiente”. Isso porque é necessário fomentar o desenvolvimento econômico do país em

¹ Neste sentido vide os estudos de GUERA, Sidney. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006; GUERRA, Sidney. *O direito internacional e a tutela dos direitos humanos e do meio ambiente como grandes temas da globalidade*, artigo publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza, 2010, dentre outros.

consonância com a proteção e preservação do meio ambiente. Assim, ações de natureza desenvolvimentista precisam ser concebidas em conjunto com as denominadas preservacionistas.

Todavia, há grupos que querem o desenvolvimento a qualquer preço e os que desejam a proteção integral do meio ambiente em descompasso com as necessidades existentes da vida contemporânea. Importante, portanto, compatibilizar estes interesses com instrumentos utilizados pelo poder público inserido naquilo que denominamos ser parte da intervenção estatal ambiental, como por exemplo, o licenciamento e a compensação ambiental. Frise-se, desde logo, que tais instrumentos que estão à disposição do poder público, poderão ser utilizados nos limites definidos pela lei, em especial, na Constituição Republicana, por tratar-se de matéria afeta a competência. Mas, o que é intervenção estatal ambiental?³

À luz do texto constitucional de 1988 pode-se identificar inúmeras formas de intervenção do Estado, que orientam as escolhas políticas em diversas atuações, em face da ordem econômica e no exercício das atividades empresariais. Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, destaca que com vistas ao desenvolvimento estatal estão previstas as seguintes formas de intervenção: normativa, repressiva, tributária, regulatória e exploração direta da atividade econômica⁴. Outros autores apresentam classificações distintas acerca das formas de intervenção.⁵

Apesar da dificuldade prática em apontar todos os possíveis mecanismos de intervenção estatal, no constitucionalismo atual, cumpre indicar algumas formas de fazê-lo, de modo a melhor compreender essa denominada intervenção do Estado sob a ótica sustentável.

² Vide a propósito GUERRA, Sidney. *Resíduos Sólidos: comentários à Lei n. 1230/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 29: “Hodiernamente não é difícil entender o motivo pelo qual as questões ambientais se revelam de forma tão vigorosa nos ciclos de discussão, já que corriqueiramente a sociedade se depara com situações fáticas que representam um colapso do meio ambiente, cuja degradação chegou a níveis tão intoleráveis que os efeitos já podem ser sentidos pela presente geração e provavelmente serão ainda maiores para as futuras gerações, se nada for feito.”

³ Para melhor compreensão do tema vide GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção Estatal Ambiental: Licenciamento e Compensação de acordo com a Lei complementar nº 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012 (no prelo). Neste artigo a matéria não será aprofundada, pois o objetivo principal é de tecer considerações sobre a competência ambiental.

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 619, denota que existem três formas de interferência do Estado na ordem econômica: poder de polícia, incentivos e atuação direta empresarial. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129. sem considerar o fomento público por não ter natureza impositiva, as classifica em quatro tipos: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória. Por sua vez, GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 605, apresenta as seguintes formas de intervenção no domínio econômico: controle de preços, controle de abastecimento, repressão ao abuso do poder econômico, monopólio, fiscalização, incentivo e planejamento.

O Estado intervém quando proíbe, por meio de lei, a exploração de atividade econômica, como por exemplo, a produção de materiais com o uso do amianto (Lei, do Estado de São Paulo, nº 12.684/2007). Também é uma forma de intervenção quando o Estado cria um monopólio para a exploração de atividade econômica, a exemplo do que ocorria com as atividades inerentes à indústria do petróleo, notadamente antes da edição da emenda constitucional nº 9/95 e o monopólio das atividades afetas aos correios (Lei nº 6.538/78, recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF 46). Constitui mecanismo de intervenção do Estado ao reservar algumas atividades econômicas como sendo serviços públicos e, portanto, executados pelos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização. Exemplos marcantes alcançam os serviços de telecomunicações, distribuição de energia elétrica e transporte público, atualmente regulados, em sua maioria, por Agências Reguladoras.⁶

E do ponto de vista ambiental? Pode-se inferir trata-se, também, de mecanismo estatal de intervenção. Mesmo atuando em sentido mais amplo, quando regula o exercício de atividades gerais, como no caso da disciplina ambiental, o Estado atua de maneira intervencionista. E, alguns instrumentos, como dito, são identificados nessa espécie de intervenção, a exemplo do licenciamento e da compensação, intimamente ligados ao instituto da competência executiva, objeto principal deste estudo.

Sem embargo, foi-se o tempo que para iniciar uma determinada atividade econômica bastava a vontade e o dinheiro do empreendedor sem qualquer preocupação com o meio ambiente, até porque não existiam leis de proteção do mesmo.⁷

Este cenário mudou e hodiernamente o direito ambiental se apresenta como um ramo pujante das ciências jurídicas com diversas leis e demais espécies normativas de proteção ao ambiente, estando devidamente consagrada na ordem jurídica brasileira no plano constitucional, bem como no plano infraconstitucional.

O núcleo normativo do direito ambiental na Constituição Federal está no art. 225, com seus parágrafos e incisos, fazendo parte da ordem social. A partir dessa previsão estampada nesse dispositivo evidencia-se que o legislador constituinte elevou o meio ambiente à condição de bem de uso comum do povo e direito de todos, havendo uma ampliação do conceito de meio ambiente expresso em norma legal (artigo 3, I, da Lei nº 6.938/81). Com isso atribuiu papéis importantes para o Poder Público como também para a coletividade no intuito de garantir um ambiente sadio para as presentes e futuras gerações.

Todavia, nos últimos anos, embora a matéria estivesse concebida no direito brasileiro, muitas dúvidas e inquietudes surgiram no campo acadêmico, bem como em questões práticas, repercutindo em vasta produção doutrinária e jurisprudencial. Isso porque o artigo 23 da Constituição Federal estabelece que a competência executiva em matéria ambiental é *comum*, atribuindo uma série de ações a serem

⁶ Neste sentido, GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷ GUERRA, Sidney. *O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011*. Revista de Direito Ambiental. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.

desenvolvidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, criando uma espécie de “federalismo cooperativo” em matéria ambiental. Em termos práticos, infelizmente, o modelo consagrado no Brasil até o momento relaciona-se a um verdadeiro “federalismo competitivo”, onde ao invés de se estabelecer uma cooperação entre os entes federativos, verifica-se uma desnecessária competição entre os citados entes, o que produz prejuízos a todos os segmentos da sociedade.

Após largo período de tempo, foi editada a Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição da República, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, bem como altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente.⁸ Por isso mesmo é que neste estudo a competência em matéria ambiental ganha destaque, em especial a executiva, por ter sido devidamente regulamentada pela citada lei complementar.

2. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL DE ACORDO COM A LC 140/2011

As competências em matéria ambiental, que podem ser vistas como atribuições para as escolhas e emissão de decisões por órgãos públicos e entidades estatais, estão delineadas no texto constitucional de 1988.

As competências constitucionais podem ser divididas em dois grandes grupos: a executiva (material) e a legislativa (formal). A primeira está vinculada ao direito/dever do ente federado na prestação de serviços públicos e atividades à coletividade, exercida de forma comum ou privativa (não se pode confundir com a competência legislativa).

Tratando-se de meio ambiente, pode-se afirmar que a competência é comum em consonância com o teor do artigo 23 da Constituição da República que atribui a todos os entes federativos o dever de proteção do meio ambiente, bem como a preservação da fauna e da flora. Assim, é possível afirmar que todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – podem atuar em um mesmo nível sem que haja supremacia de um em detrimento de outro.

Trata -se, portanto, de cooperação administrativa posto que o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que tange ao exercício de funções concomitantes e contínuas que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal.⁹

⁸ Idem.

⁹ CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense,

Quanto à segunda espécie (formal), dita como sendo a competência legislativa, pode ser privativa ou exclusiva da União, prevista no art. 22, dos Estados, estabelecida no art. 25, §§ 1º e 2º, e dos Municípios, nos termos do art. 30, I. Pode ser ainda uma competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, onde a legislação da União deve contemplar normas gerais, e a dos Estados e Distrito Federal, de normas suplementares. Temos também a competência suplementar dos Municípios, conforme art. 30, II.

Em matéria ambiental segue-se a regra de que compete à União a edição de normas gerais e aos demais entes federativos compete a edição de normas específicas ou especiais em consonância com o interesse da localidade; contudo, e de acordo com o artigo 22 da Constituição brasileira, a União deverá legislar de forma privativa em alguns assuntos que são considerados de interesse nacional.

Impende ainda tecer comentários acerca da competência legislativa concorrente. O artigo 24 da Constituição de 1988 estabelece que essa competência recai para a União, Estados e Distrito Federal nos casos afetos a florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII) e responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII).

Quando inexistir lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades e a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Quando a proteção ambiental estiver voltada a interesse local a competência será dos Municípios. Essa competência legislativa em matéria ambiental decorre de previsão estampada no artigo 30 da Constituição brasileira.

Na obra intitulada *Curso de direito ambiental*, concluímos o estudo relativo ao licenciamento ambiental com as considerações de que o conflito de competência entre os diferentes órgãos ambientais (Federal, Estadual e Municipal) tem sido apontado como um dos maiores empecilhos para o andamento do licenciamento ambiental. Defendemos, à época, que seria justo concluir que o Brasil precisava ter, com urgência, uma definição do Poder Legislativo – e não do Poder Judiciário, criticado por aparentemente atuar ativamente e usurpar função do Legislativo – quanto às competências dos entes federados em matéria ambiental. O caminho mais eficaz seria regulamentar o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988 que, como dito, outorga competência comum a todos os três entes para proteger o meio ambiente.¹⁰

1999, p. 1.740.

¹⁰ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 345.

Felizmente, em 08 de dezembro de 2011, foi sancionada a Lei Complementar nº 140, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.¹¹

A citada lei complementar, logo no seu início, tratou de definir a atuação estatal supletiva, como sendo a ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas na Lei Complementar; bem como atuação subsidiária, como ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar.

A matéria, como já acentuado, produziu vários problemas ao longo dos anos no que tange a identificação de qual ente será competente para licenciar uma atividade que é considerada potencialmente causadora de degradação ambiental, por falta de previsão legislativa (a Lei Complementar que regulamenta a matéria foi editada apenas em dezembro de 2011).

A ideia está consubstanciada na noção de federalismo cooperativo. Aliás, pela primeira vez em nossa Carta Política foi contemplada a competência comum aos entes federados, visando dar efetividade ao federalismo cooperativo. Em verdade, a necessidade da cooperação entre os entes federados advém da própria necessidade à adaptação a realidade nacional,¹² conforme sustenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em estudo acerca da integração administrativa e a necessidade de se instituir os pactos de cooperação: “A afirmação dessas modalidades de cooperação, ao que se acresce o reforço da competência constitucional dos Estados e dos Municípios, mais a distinção doutrinária sedimentada, entre leis federais nacionais e leis federais de aplicação restrita à União, e, ainda, do conceito em construção de normas gerais, como se apresenta na Constituição de 1988 (art. 24, § 1º), caracterizam, em conjunto, o que se convencionou denominar neofederalismo brasileiro: um federalismo de cooperação distribuído em três graus”.¹³

Seguindo esta linha de raciocínio é que a lei complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, estabeleceu em seu capítulo II, os instrumentos de cooperação entre os entes federativos, a saber: consórcios públicos; convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público; Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites

¹¹ Neste sentido, GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011. *Revista de direito ambiental*. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.

¹² Ver art. 241 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, sobre a gestão associada de serviços públicos pelos entes federados.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 29/30.

Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal; fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos; delegação de atribuições de um ente federativo a outro; delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro.

Com efeito, de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão desenvolver ações de cooperação de modo a atingir os objetivos previstos no art. 3º da citada lei, bem como garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais. Por isso mesmo é que o artigo 7º identifica ações administrativas a serem desenvolvidas pela União, o artigo 8º trata das ações administrativas dos Estados e o artigo 9º versa sobre as ações dos Municípios e o artigo 10 identifica como ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos arts. 8º e 9º da Lei.

As ações administrativas da União compreendem formular, executar e fazer cumprir, em âmbito nacional, a Política Nacional do Meio Ambiente; exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; promover ações relacionadas à Política Nacional do Meio Ambiente nos âmbitos nacional e internacional; promover a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relacionados à proteção e à gestão ambiental; articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio à Política Nacional do Meio Ambiente; promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos.

Também se insere nessa competência a de promover a articulação da Política Nacional do Meio Ambiente com as de Recursos Hídricos, Desenvolvimento Regional, Ordenamento Territorial e outras; organizar e manter, com a colaboração dos órgãos e entidades da administração pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima); elaborar o zoneamento ambiental de âmbito nacional e regional; definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei; exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida à União.

A competência administrativa da União igualmente se manifesta ao promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois)

ou mais Estados; f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

A lei em comento dispõe que compete à União aprovar o manejo e a supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em: a) florestas públicas federais, terras devolutas federais ou unidades de conservação instituídas pela União, exceto em APAs; e b) atividades ou empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pela União; elaborar a relação de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção e de espécies sobre-explotadas no território nacional, mediante laudos e estudos técnico-científicos, fomentando as atividades que conservem essas espécies *in situ*; controlar a introdução no País de espécies exóticas potencialmente invasoras que possam ameaçar os ecossistemas, habitats e espécies nativas; aprovar a liberação de exemplares de espécie exótica da fauna e da flora em ecossistemas naturais frágeis ou protegidos; controlar a exportação de componentes da biodiversidade brasileira na forma de espécimes silvestres da flora, micro-organismos e da fauna, partes ou produtos deles derivados; controlar a apanha de espécimes da fauna silvestre, ovos e larvas; proteger a fauna migratória e as espécies inseridas na acima relação prevista; exercer o controle ambiental da pesca em âmbito nacional ou regional; gerir o patrimônio genético e o acesso ao conhecimento tradicional associado, respeitadas as atribuições setoriais; exercer o controle ambiental sobre o transporte marítimo de produtos perigosos; e exercer o controle ambiental sobre o transporte interestadual, fluvial ou terrestre, de produtos perigosos.

Quanto aos Estados compete, nos termos da Lei Complementar 140, executar e fazer cumprir, em âmbito estadual, a Política Nacional do Meio Ambiente e demais políticas nacionais relacionadas à proteção ambiental; exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; formular, executar e fazer cumprir, em âmbito estadual, a Política Estadual de Meio Ambiente; promover, no âmbito estadual, a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relacionados à proteção e à gestão ambiental; articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às Políticas Nacional e Estadual de Meio Ambiente; promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos; organizar e manter, com a colaboração dos órgãos municipais competentes, o Sistema Estadual de Informações sobre Meio Ambiente; prestar informações à União

para a formação e atualização do Sinima; elaborar o zoneamento ambiental de âmbito estadual, em conformidade com os zoneamentos de âmbito nacional e regional; definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei; exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados; promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º da Lei Complementar 140/2011; promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Se insere na competência estadual a de aprovar o manejo e a supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em: a) florestas públicas estaduais ou unidades de conservação do Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); b) imóveis rurais, observadas as atribuições previstas no inciso XV do art. 7º; e c) atividades ou empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Estado; elaborar a relação de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção no respectivo território, mediante laudos e estudos técnico-científicos, fomentando as atividades que conservem essas espécies *in situ*; controlar a apanha de espécimes da fauna silvestre, ovos e larvas destinadas à implantação de criadouros e à pesquisa científica, ressalvado o disposto no inciso XX do art. 7º; aprovar o funcionamento de criadouros da fauna silvestre; exercer o controle ambiental da pesca em âmbito estadual; e exercer o controle ambiental do transporte fluvial e terrestre de produtos perigosos, ressalvado o disposto no inciso XXV do art. 7º.

Representam competências de interesse local (municipal): executar e fazer cumprir, em âmbito municipal, as Políticas Nacional e Estadual de Meio Ambiente e demais políticas nacionais e estaduais relacionadas à proteção do meio ambiente; exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; formular, executar e fazer cumprir a Política Municipal de Meio Ambiente; promover, no Município, a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal, relacionados à proteção e à gestão ambiental; articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às Políticas Nacional, Estadual e Municipal de Meio Ambiente; promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos; organizar e manter o Sistema Municipal de Informações sobre Meio Ambiente; prestar informações aos Estados e à União para a formação e atualização dos Sistemas Estadual e Nacional de Informações sobre Meio Ambiente; elaborar o Plano

Diretor, observando os zoneamentos ambientais; definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei; exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município.

Desde que observadas às atribuições dos demais entes federativos previstas na Lei Complementar 140, compete aos Municípios promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, aprovar: a) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas municipais e unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e b) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Município.

Não se pode olvidar que no Brasil sempre foi um problema crônico – e que aflige o empresariado brasileiro – saber a qual órgão deve-se dirigir para a obtenção do licenciamento ambiental de empreendimento ou atividade potencialmente poluidora. Algumas empresas chegam a promover o licenciamento ambiental nos três níveis da federação para evitar – ou, ao menos, minimizar – os riscos e custos decorrentes de multas, embargos administrativos, além de longos litígios judiciais.

Assim, era consenso entre estudiosos e operadores do Direito Ambiental que o país precisava ter uma definição do Poder Legislativo – e não do Poder Judiciário, como vem ocorrendo, insatisfatoriamente, em grande parte por provocação do Ministério Público – sobre as competências dos entes federados em matéria ambiental (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Como assinalado, o caminho mais eficaz, então apontado para a solução dessa questão seria a regulamentação do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988 que outorga competência comum a todos os entes federados para adotar ações necessárias à proteção do meio ambiente. Após 23 anos da promulgação da Constituição brasileira, foi publicada em 08 de dezembro de 2011, a Lei Complementar nº 140 que fixou normas para a cooperação nas ações administrativas decorrentes do exercício dessa competência relativa à proteção do meio ambiente.¹⁴

¹⁴ GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011. *Revista de direito ambiental*. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.

Diante dessa nova lei, bastante aguardada no meio jurídico¹⁵ e empresarial, a pergunta passa a ser se ela possui elementos suficientes para equacionar as dúvidas e reduzir riscos e litígios acerca dos limites de atuação dos órgãos ambientais brasileiros, de modo a trazer certa segurança jurídica aos empreendedores ao submeterem seus empreendimentos e atividades ao complexo processo administrativo composto de tríplice licenciamento ambiental.

Vê-se que os objetivos apresentados na norma legal, com destaque para a eficiência, atacaram os pontos nevrálgicos antes apontados: a falta de uma postura cooperativa, consensual e transparente entre os próprios órgãos ambientais e entre estes e os empreendedores; e a ausência da análise objetiva dos custos e benefícios (equilíbrio entre desenvolvimento e preservação).

Merecem louvores os objetivos fundamentais previstos na LC 140/11 para a atuação dos órgãos ambientais: a atuação descentralizada, democrática e eficiente; a harmonização de políticas administrativas para se evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições; e a garantia de uniformidade da política ambiental nacional, respeitadas as peculiaridades regionais e locais, todos já examinados nesta obra.

Quanto aos instrumentos jurídicos que poderão ser utilizados para se alcançar a desejada cooperação institucional, a lei apresenta alguns modelos tradicionais além de uma comissão tripartite (nacional e estadual) e uma comissão bipartite do Distrito Federal, adiante examinados.

De todos os aspectos disciplinados, destaque-se na lei a distribuição de competências entre os entes federativos. Acerca do licenciamento ambiental sob a responsabilidade da União (leia-se, IBAMA), as competências ficaram mais claras e, de certa forma, reduzidas. Compreende os empreendimentos localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; em terras indígenas; em unidades de conservação instituídas pela União; em 2 (dois) ou mais Estados; de caráter militar e os relativos a material radioativo ou que utilizem energia nuclear.

Aos Municípios coube, pela nova lei, a competência sobre atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar *impacto ambiental de âmbito local*. Como trata-se de um *conceito indeterminado*, dando margem a interpretações casuísticas (discricionárias), a lei prevê que a atuação municipal deverá ser definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, que considerarão os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade.

Como já estabelecia a Lei nº 6.938/81, coube aos Estados a maior fatia da competência em matéria ambiental, esvaziando, de certa forma, a atuação do

¹⁵ Sobre a Lei Complementar n. 140/2011, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118 fez o seguinte comentário: “A Lei Complementar n. 140/2011, apesar de suas dificuldades, é uma excelente oportunidade para que, efetivamente, o federalismo cooperativo possa funcionar e a proteção ao meio ambiente ser mais efetiva e as incertezas regulatórias possam diminuir.”

IBAMA. Além de interferir na definição das competências municipais (dizer o que é *interesse e impacto local*), compete ao Estado a denominada *competência residual*; isto é, aquelas que não estejam conferidas à União, tampouco aos municípios.

Um dos motivos mais relevantes da LC 140/11, voltados ao *devido processo legal*, refere-se ao dispositivo que assegura que os empreendimentos e atividades serão licenciados, ambientalmente, por um único ente federativo. Essa definição já existia em norma expedida pelo CONAMA (Resolução 237/97); contudo não era observada diante de flagrante inconstitucionalidade.

Isso significa que em havendo interesse dos demais entes federados, os mesmos só poderão se manifestar, contra ou a favor, dirigindo-se ao órgão responsável pela licença, e essa manifestação não será vinculante. Ou seja, a LC 140/11 visa acabar com os múltiplos processos de licenciamento ambiental que tantos prejuízos trazem para a sociedade.¹⁶

Importante novidade trazida pela lei é a procedimentalização da chamada *competência supletiva*. Quando decorrer o prazo para o licenciamento e o mesmo não estiver concluído pelo órgão competente, outro órgão ambiental – ou o Conselho do Meio Ambiente – poderá desempenhar as ações administrativas pendentes.

Por fim, a lei assegura que em havendo fiscalizações e autuações administrativas simultâneas, no exercício do poder de polícia, por suposto descumprimento das normas ambientais, prevalecerá o auto de infração ambiental lavrado pelo órgão que detenha a competência para o licenciamento.

Diante dessas considerações, pode-se inferir que a LC 140/11, se não resolve todos os problemas vivenciados por aqueles que militam na área do Direito Ambiental, ao menos, baliza alguns importantes princípios da ação estatal para o licenciamento de empreendimentos e atividades potencialmente poluidoras. Conclusivamente, a nova lei (i) define e reforça a competência dos órgãos ambientais trazendo, em certa medida, segurança jurídica para a sociedade, bem como para os servidores públicos constantemente acusados de improbidade administrativa, ainda que apliquem a lei; (ii) unifica o procedimento administrativo de licenciamento ambiental, favorecendo o *devido processo legal*; e, (iii) reduz espaços para abusos perpetrados por agentes estatais sob o rótulo da vetusta e incontrolável discricionariedade administrativa.¹⁷

3. À GUIA DE CONCLUSÃO

A Carta Magna de 1988, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, estabeleceu em capítulo próprio a tutela do meio ambiente, bem como previu em vários outros dispositivos constitucionais matérias relativas

¹⁶ GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011. *Revista de direito ambiental*. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.

¹⁷ GUERRA, Sérgio. Novo Cenário com a Lei Complementar 140. *Jornal Valor Econômico*. 20 de janeiro de 2012. p. E3.

ao mesmo. Em seu artigo 225 dispõe que 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. Ademais, dispõe o §1º dessa norma que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público uma série de ações.

Assim, a Constituição da República atribui ao Poder Público, em todos os três níveis da federação, o dever de preservar o meio ambiente, atraindo para essa tríade a competência comum no campo ambiental, isto é, os três detêm, em tese, competência constitucional para atuar em qualquer empreendimento que afete os seus territórios.

Neste estudo, ganhou relevo o estudo da competência executiva, conforme o disposto no artigo 23 da Constituição brasileira.¹⁸ Isso porque com o vazio legislativo (falta de regulamentação do parágrafo único deste dispositivo constitucional), vários problemas foram criados por absoluta falta de definição do exercício das competências administrativas relativas ao meio ambiente. Todavia, com a edição da Lei Complementar n. 140/2011 esse cenário pode ser definitivamente modificado.

Minimizar os conflitos judiciais e custos por ocasião do licenciamento ambiental, bem como propiciar maior segurança jurídica para empresas, sociedade civil, poder público, se apresentam como grandes desafios a partir da regulamentação do dispositivo constitucional.¹⁹

Indubitavelmente um dos principais aspectos da lei complementar n. 140/2011, foi o de estabelecer a um único órgão ambiental a responsabilidade pelo licenciamento ambiental, pela supressão da vegetação, pela fiscalização e pela aplicação das sanções administrativas previstas em lei, encerrando-se, assim, por definitivo em sede legal, o entendimento de que é possível que vários

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (grifei)

¹⁹ GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011. *Revista de direito ambiental*. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.

agentes (dos vários órgãos ambientais que integram o SISNAMA) atuem com esta qualidade, produzindo grandes confusões e problemas neste campo, bem como a observância de prazos para a tramitação dos pedidos de licenciamento junto aos órgãos competentes.

Como visto no presente estudo, as competências para os órgãos federal, estadual e municipal ficaram bem definidas, sendo que os Estados passam a ter maior importância nos pedidos de licenciamento ambiental ao atribuir esta ação em quase todas as atividades, excluindo-se apenas àquelas que são de competência da União e dos Municípios, bem como a promoção do licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental.

Além disso, a Lei complementar n. 140/2011 trouxe aspectos bem interessantes, como por exemplo, os conceitos de atuação supletiva e subsidiária dos entes federados. Ou seja, quando o órgão “originário” não possuir condições para o exercício de suas atribuições, o ente sem capacidade suficiente poderá pedir colaboração de outro na forma de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro.²⁰

Ademais, a legislação prima pelo princípio da descentralização administrativa, o que vai exigir, em contrapartida, investimentos em métodos, recursos humanos, ferramentas de gestão e de tecnologia da informação que resultem em fortalecimento da estrutura de gestão ambiental em Estados e Municípios para que tenham condições de oferecer respostas ágeis e de qualidade para o setor produtivo e para a sociedade.

Oxalá que a Lei Complementar n. 140/2011 possa ter o acolhimento devido e necessário e que sua aplicabilidade produza os efeitos esperados em curto espaço de tempo para que ocorra de fato um novo licenciamento ambiental sem as mazelas costumeiras e reduzir, por definitivo, o repudiado “Custo Brasil” que só piora a qualidade de vida dos cidadãos e a dificuldade de empreender em nosso país.

²⁰ Neste sentido, vale destacar o disposto no artigo 15 da Lei Complementar que estabelece que os entes federativos devam atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses: inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação; inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos. Além disso, estabelece ainda que a ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação e que a ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar (artigo 16).

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR. **Comentários à Constituição de 1988**. vol. IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GUERRA, Sérgio. Novo Cenário com a Lei Complementar 140. *Jornal Valor Econômico*. 20 de janeiro de 2012. p. E3.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- GUERRA, Sidney. **O direito internacional e a tutela dos direitos humanos e do meio ambiente como grandes temas da globalidade**, artigo publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza, 2010.
- GUERRA, Sidney. **Resíduos Sólidos: comentários à Lei n. 1230/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GUERRA, Sidney. **O licenciamento ambiental de acordo com a Lei Complementar n. 140/2011**. *Revista de Direito Ambiental*. Volume 65. São Paulo: RT, 2012.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Intervenção Estatal Ambiental: Licenciamento e Compensação de acordo com a Lei complementar nº 140/2011**. São Paulo: Atlas, 2012 (no prelo)
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



A BUSCA POR UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA E A NECESSIDADE DE SUBJUGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES AVILTADORA DOS (PRÉ)COMPROMISSOS

*Suélen Farenzena**

Resumo

O presente texto tem por objetivo analisar a problemática atinente a degradação dos (pré) compromissos – tomando como pano de fundo a Jurisprudência dos Valores – ocasionada pelo apego do direito ao paradigma da subjetividade, visando, com isso, efetuar uma crítica à discricionariedade e ao arbítrio, defendendo a fundamentação das decisões judiciais como garantia de manutenção de um Estado Democrático de Direito. O estudo propõe-se a demonstrar que, ignorando-se o contexto histórico em que a Jurisprudência dos Valores foi desenvolvida, é a mesma trazida ao Brasil, passando a ser amplamente utilizada de forma acrítica, evidenciando, em consequência, a importância de superação da concepção iluminista assujeitadora – típica do esquema sujeito-objeto – e a relevância da assimilação pelo direito da evolução da filosofia. Evidencia, por fim, que decisões constitucionalmente adequadas devem levar em conta a questão da tradição, da coerência e da integridade e o direito da parte de compreender os motivos que levaram o julgador a decidir contra ou a seu favor.

Palavras-chave

Jurisprudência dos Valores. Degradação dos (Pré)Compromissos. Decisão Constitucionalmente Adequada.

Abstract

This paper aims to analyze the problem regards the degradation of (pre) commitments - taking as background the Court of Values - caused by the attachment of the right to the paradigm of subjectivity, in order thereby to make a critique of discretion and will, defending the reasoning of judicial decisions as a means to maintain a democratic state. The study proposes to demonstrate that ignoring the historical context in which the Court of Values was developed, it is brought to Brazil, becoming widely used uncritically, showing, as a result, the importance of overcoming Enlightenment conception assujeitadora - typical subject-object schema - and the relevance of assimilation by the law of development of philosophy. Evidence, finally, that constitutionally adequate decisions must take into account the issue of tradition, consistency and integrity and the right part of understanding the motives which led the judge to decide for or against your favor.

* Mestranda e Bolsista em Direito Público pela UNISINOS/RS, vinculada à Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Advogada e Professora Universitária.

Keywords

Jurisprudence of Values. Degradation of (pre) commitments. Suitable Constitutionally decision.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo analisar a problemática atinente a degradação dos (pré)compromissos ocasionada pelo apego do direito ao paradigma da subjetividade – *cavalo de Tróia* da modernidade –, visando, com isso, efetuar uma crítica à discricionariedade e ao arbítrio, defendendo a fundamentação das decisões judiciais como garantia de manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Para isso, inicialmente, contextualiza-se que, em países de modernidade tardia como o Brasil, é comum a importação (às vezes até mesmo parcialmente) de teorias criadas por juristas de outras nações, em outros períodos históricos, para outras necessidades de soluções, como é o exemplo da Jurisprudência dos Valores (1). Sucede que, com a queda das doutrinas oficiais ligadas às ditaduras derrotadas, na Alemanha e na Itália, a tese de aceitação do direito que vinha do Estado, qualquer que fosse seu conteúdo, já não podia ser aceita, motivo pelo qual passaram a ser elaboradas teorias que, embora não prevendo uma criação imediata do direito por parte do juiz, lhe reservavam uma tarefa criativa no delimitado âmbito das normas jurídicas positivas, mas estendido para além de tais normas com a ajuda de máximas da experiência e de princípios gerais, sendo, porquanto, razoável apontar a mesma como umadas matrizes responsáveis por difundir a crença da *importância* (sic) do exercício interpretativo que levanta o véu que encobre a resposta que a regra não pode dar.

Busca-se, então, evidenciar uma verdadeira importância, qual seja, de superação da concepção iluminista assujeitadora – responsável pela degradação dos (Pré)Compromissos e o caráter antidemocrático de aplicação do Direito – e a relevância da assimilação pelo direito da evolução da filosofia (2). O fato é que, com a passagem da Filosofia Hermenêutica para a Hermenêutica Filosófica, a compreensão se dá como evento no momento em que há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece e o mundo daquele que se propõe a conhecer, havendo, por isso, uma interação circular entre passado e presente, que leva a fusão dos momentos de compreensão, interpretação e aplicação, vistos pela velha tradição hermenêutica como atividades distintas.

Defendendo a fundamentação das decisões judiciais como garantia de manutenção de um Estado Democrático de Direito, demonstra-se, por fim, que decisões constitucionalmente adequadas devem levar em conta a questão da tradição, da coerência e da integridade e o direito da parte de compreender os motivos que levaram o julgador a decidir contra ou a seu favor(3). A resposta correta, assim, evita decisões *ad hoc*, representando uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.

2. A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E SUA IMPORTAÇÃO E UTILIZAÇÃO ACRÍTICA

Com a queda das doutrinas oficiais ligadas às ditaduras derrotadas, na Alemanha e na Itália, os teóricos do direito tiveram de remeter-se às doutrinas pré-bélicas para iniciar a reconstrução de uma teoria jurídica que acompanhasse e favorecesse o renascimento dos Estados Democráticos. Porém, exatamente às doutrinas pré-bélicas podia-se censurar, no mínimo, o fato de não terem oposto nenhuma barreira à afirmação das ditaduras. O positivismo jurídico, que havia caracterizado as primeiras décadas do século XX, pregava a aceitação do direito que vinha do Estado, qualquer que fosse seu conteúdo. A tese da indiferença do conteúdo do direito positivo já não podia ser aceita.¹ Com isso, a elaboração europeia ocidental, mesmo não podendo receber por inteiro o modelo do Common Law², começou a elaborar teorias que, embora não prevendo uma criação imediata do direito por parte do juiz, lhe reservavam uma tarefa criativa no delimitado âmbito das normas jurídicas positivas, mas estendido para além de tais normas com a ajuda de máximas da experiência e de princípios gerais.

A jurisprudência dos interesses conseguiu, pelo menos no âmbito privado, um inusitado êxito. Ressentia-se, todavia, da aplicação equívoca da expressão *interesses*, ora empregada como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas e, por vezes mesmo, como critério de valoração. Passou-se a sublinhar que seria necessário que o conceito de interesse fosse delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter, quando se empenham na obtenção de efeitos jurídicos favoráveis e, distinguir assim, de modo rigoroso, o conceito de interesse dos critérios legais de valoração. Estes não seriam em si propriamente interesses, mas corolários da idéia de justiça, inferidos pelo legislador desse fim último. Sucede que a jurisprudência está na sua essência, mediante a aplicação das valorações legais, nos antípodas de uma valoração autônoma (do juiz). As leis são, de acordo com esta concepção, pelo menos no âmbito do direito privado, instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha de ceder a outro na exata medida em que este possa prevalecer. Esta prevalência consubstancia uma valoração, para a qual o legislador pode ser determinado pelos mais diversos motivos. O mesmo, para além de valorar interesses individuais ou de grupo, tem também certamente em conta pontos de vista de ordenação, exigências do tráfego, a necessidade de segurança jurídica. O modo como valora

¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 244-5.

² Seu fundamento não era a norma geral e abstrata, mas o precedente jurisprudencial, ao qual se acompanhava uma *equity* que levava em conta as particularidades do caso em exame, e que, portanto – segundo um áureo ditado – variava de acordo com a dimensão do pé do chanceler chamado a aplicá-la. Para o realismo americano – que teve como célebre representante Oliver W. Holmes – o direito se extrai da análise das sentenças. Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro (LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144).

esses distintos interesses e necessidades nos respectivos nexos de regulação e como confere prevalência a qualquer um deles plasma-se na regulação por ele encontrada e decorre desta, bem como, das manifestações dos participantes no processo legislativo. As valorações do legislador assim identificadas permitem extrair resultados, quer para a interpretação da lei, quer como, em certas circunstâncias, para a resolução de casos por ele não diretamente regulados³, mas a tratar analogamente a luz de critérios de valoração.

Em outras palavras, para a jurisprudência dos interesses, o juiz deveria verificar a vontade originária do legislador, e sua avaliação pessoal inserir-se-ia apenas se aquela primeira verificação não tivesse sido frutuosa. Porém, aquela teoria não indicava com que método o interprete poderia continuar sua atividade se não conseguisse verificar o interesse do legislador. Ao contrário, a jurisprudência dos valores constata que o juiz está sempre obrigado a prolatar uma sentença (proibição do *déni de justice*) e se propõe indicar os valores que o guiam, quando a norma positiva silencia. Por isso, a jurisprudência dos valores completa, mas não substitui, a jurisprudência dos interesses⁴ – quando as normas são excessivamente imprecisas, então a teoria indica quais valores podem ser aplicados em conformidade com o ordenamento jurídico.

A jurisprudência dos interesses, com efeito, deslocara o centro da pesquisa dos conceitos abstratos⁵ para a realidade social. Philipp Heck, analisando a postura que deveria ser adotada pelos juízes quando da decisão judicial nos casos concretos, assentou que o juiz não deve se limitar a preencher as normas em branco que a lei contenha. Tem também de completar e eventualmente

³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163-4.

⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito: o século XX**. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243.

⁵ A Jurisprudência dos Conceitos consistiu em uma corrente de pensamento jus-filosófico que apresentou a idéia de direito como um sistema conceitual em forma de pirâmide. Desenvolveu-se entre o jusnaturalismo, com quem tentou romper, e o positivismo, em quem encontrou a sua gênese. Georg Friedrich Puchta, considerado o pai da Jurisprudência dos Conceitos, pois foi quem primeiro defendeu a idéia de direito como uma ciência de conceitos. Discípulo e sucessor de Savigny na Universidade de Berlim foi influenciado pelo idealismo alemão. Tal como seu mestre, desenvolveu a idéia de Direito como um sistema. Mas, diferentemente daquele, para quem o sistema se apresenta na forma de organismo (todos os elementos constitutivos gravitando em torno de um centro), Puchta propôs um sistema lógico e hierarquicamente organizado na forma de uma pirâmide, a chamada pirâmide de conceitos. O conceito supremo é o conceito dotado de maior abstração (a priori o conceito Kantiano de liberdade) e seu conteúdo determina o conteúdo de todos os outros, de modo que todas as proposições jurídicas se extraem do próprio sistema, devendo observar-se a experiência histórica da comunidade, o “espírito do povo” (o que demonstra a influência de Savigny em seu pensamento). Essa corrente considerava, nesse desiderato, ser possível, a partir da recombinação dos conceitos obtidos pela análise jurídica, construir novos conceitos, “trazendo à consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do direito nacional, não se tinham ainda exprimido, nem na imediata convicção e na atuação dos elementos do povo, nem nos ditames da própria lei escrita, que patentemente só se vêm a revelar enquanto produto de uma dedução da ciência” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 24 e 22).

corrigir, em conformidade com os interesses, os comandos existentes. O juiz não é simples aparelho de subsunção em que por um lado entram a hipótese de fato e a norma jurídica e de onde saia, pelo outro lado, a sentença, sem qualquer valoração pessoal. É também, pelo contrário, criador das normas a aplicar e auxiliar, portanto, do legis-lador, embora subordinado.⁶O resultado da decisão judicial e, conseqüentemente, a proteção dos interesses determinantes da lei, depende essencialmente da forma como o juiz a interpreta, dizia ele.Com isso, deixava confusa com a noção de interesse com critérios valorativos.

Com Westermann, entretanto, toma corpo claramente uma primeira linha demarcatória entre normas e valores: por um lado, os interesses; por outro, os critérios valorativos da lei. O mesmo parte da construção de que eles são valorações do legislador, traduzidas em norma e, portanto, vinculantes. Exemplificando esses valores como a tutela do menor ou da propriedade, afirma que são deduções da idéia de justiça, realizadas pelo legislador e incluídas numa norma do direito positivo, para na seqüência delinear que, se esses valores não transparecem claramente da norma, o juiz pode recorrer aos princípios que orientam um setor legislativo inteiro; se, depois, também essa via resulta impraticável, pode remontar aos princípios ainda mais gerais, inferidos da Constituição. Além dos princípios que derivam diretamente de um setor jurídico preciso ou da Constituição, ele não reconhece outras fontes valorativas, contudo, que possam vincular o juiz.⁷ Para ele, os valores extrajurídicos existem, mas não são juridicamente vinculantes.

Em Larenz, por seu turno, chegou-se à ligação imediata entre direito e valor, indicando-se uma linha contínua ao longo da qual o juiz se move livremente. Para ele, é manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é, desde logo, o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. O presente se evidenciou como um quadro muito mais geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. É aqui o juiz, portanto, remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua atividade (o seu reto juízo) ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralegais a que ele possa e deva arrimar-se?⁸

⁶ HECK, Philipp. **Interpretação das Leis e Jurisprudência dos Interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 23-4.

⁷ O horizonte valorativo de Westermann é, portanto, coincidente com o do direito positivo. Por isso, a posição de Westermann foi definida como uma jurisprudência dos valores iminentes à lei: para ela, de fato, o jurista não pode estar vinculado a valores não presentes no direito positivo (LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lambertí. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 253-4).

⁸ Tal acontece, ressalta o mesmo, igualmente nos casos em que o julgador depara-se com novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desapareceram os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad.

Indo mais além, Larenz reconhece que o problema complica-se diante dos inúmeros casos em que previamente se acreditara que a mera subsunção da situação de fato à previsão normativa seria suficiente, só que o que na verdade acontece, diz ele, é que acaba sendo necessária uma ordenação valorativa ou um juízo de valor para qualificar a situação de fato de determinado modo, em consonância com o indicado pela previsão normativa, circunstância que ocasiona um problema, posto que prepondera ainda na ciência a idéia de que os valores são um ato de opção pessoal, não passíveis de uma fundamentação racional. Nesta linha de pensamento, afirma o autor, chega-se inevitavelmente à conclusão de que em inúmeros casos (e não apenas em alguns casos de fronteira) subentra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do juiz, a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objetivo. Assim sendo, tal significaria que uma comprovação de grande número de decisões de acordo com métodos científicos só seria acessível para a ciência do direito de um modo limitado e que essa não estaria em ampla medida apta a prestar qualquer auxílio ao juiz na conformação dos juízos de valor que lhe são requeridos.

Formulando, pois, a proposta de um método para trabalhar com (eliminar) essas lacunas, o mesmo especifica que os três instrumentos para preenchê-las (a analogia, a redução teleológica e a extensão teleológica) não devem limitar-se as intenções e as decisões tomadas conscientemente pelo legislador, mas devem compreender também finalidades jurídicas objetivas e princípios válidos para o ordenamento jurídico inteiro. O direito é assim entendido como um conjunto coerente em cujo interior pode-se, porém, ir além do direito positivo, ou seja, além do direito estatuído segundo os procedimentos constitucionais. Nesses três casos, o juiz se move fora do direito positivo e deduz seus princípios do mundo dos valores. Assim sendo, mais do que às normas jurídicas, Larenz se remete à consciência jurídica, por isso de sua concepção receber a nomenclatura de uma jurisprudência dos valores *praeter legem*, mas *intra ius*.⁹

Nesse contexto, para Larenz o problema dos valores torna-se parte integrante da determinação do conceito de direito: o direito é submetido às exigências da justiça. A justiça não é nem a norma fundamental do ordenamento, nem o axioma do qual deduzir outras normas, mas um ideal que o direito positivo tenta realizar, conseguindo-o apenas em parte. Existem, por isso, partes do direito positivo que não estão conformes o ideal de justiça e, portanto, não são vinculantes. Na interpretação da norma a ser aplicada, o juiz deve procurar qual valor de justiça perseguiu o legislador, valor que deve refletir, de modo exemplar, a consciência jurídica do tempo. Logo, não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão estritamente com base na lei, e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste a questão de se saber

José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 164-5).

⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 256-7.

o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão¹⁰ - ou seja, no lugar da ciência normativa do direito, que comprove como deva ele decidir, subentra uma ciência fatural, uma psicologia ou uma sociologia judiciárias.

No entanto, enquanto Larenz se remete à consciência jurídica (ou seja, ao sentido individual da justiça), Josef Esser procura na realidade social os valores com os quais completar o ordenamento jurídico. Influenciado pelo realismo anglo-americano, Esser chega a uma construção que aceita o sistema tradicional, mas faz com que seja acompanhado por uma referência aos valores ínsitos nos princípios que podem ser extraídos das sentenças. O fato é que em Benjamin Cardozo¹¹, estudioso americano que Esser se remete explicitamente para explicar os princípios presentes no ordenamento jurídico, o direito é constituído por *rules*, com base nas quais são decididos cada um dos casos, e por *principles*, que estão na base dessas *rules*.

Com apoio no desenvolvimento da doutrina da culpa *in contrahendo*¹², Esser, nesse diapasão, para além da referência à natureza das coisas ou de uma determinada instituição, ou seja, a um sentido do ser inscrito nas próprias relações humanas e alcançável, pelo menos fragmentariamente, remete para as zonas pré-positivas dos princípios ético-jurídicos e da convicção geral. Os princípios formam-se, primeiro, inconscientemente, num longo processo subterrâneo, até que por fim a descoberta, a *inventio* de uma idéia até então desprovida de forma encontra de súbito uma formulação convincente e que não mais se confunde com a mera interpretação e construção do que já existe no direito positivo. À sentença judicial, especialmente à prática jurisprudencial constante, cabe, então, o papel de funcionar como um transformador dos prin-

¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 166.

¹¹ Atuando nos principais cargos da magistratura estadual e federal, até chegar a Suprema Corte dos EUA em 1932, o jurista sempre revelou em suas decisões uma preocupação com o contexto social e econômico dos casos, transferindo para a prática suas convicções teóricas a respeito da justiça. Foi ele, por exemplo, um dos principais responsáveis pela legitimação que permitiu implantar o *New Deal*, e que havia sido inicialmente rejeitada pela maioria da corte. Cardozo foi, assim, um dos principais representantes da teoria sociológica do direito por fundar sua compreensão do mesmo na relação necessária entre as normas da lei e a vida social por elas regulada. Para ele, o direito possui um vínculo necessário com os contextos histórico, econômico e social, que condicionam a elaboração e, sobretudo, a aplicação da lei. A subsunção lógica é apenas o início da atividade judicial, não seu termo. Na decisão a ser proferida, a aplicação da norma deve ser mediada pelas motivações de conveniência social, afirmava (GIUSTI, Ernesto. Cardozo, Nathan Benjamin. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 119).

¹² Há um determinado problema de fundo que obriga a elaborar uma solução; esta, a princípio, obtém-se de forma puramente casuística, sem pesquisa nem demonstração de princípios; procura-se depois um apoio, em termos pragmáticos, para a solução encontrada, recorrendo a esta ou àquela fonte legal apropriada; só quando as contradições sistemáticas se tornam impossíveis de disfarçar é que se confessa que as fontes foram utilizadas como simples pontos de apoio sistemático para um princípio jurídico cujo alcance é muito mais vasto (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 191-2).

cípios pré-positivos em proposições e instituições jurídicas positivas.

Para Cardozo, nesse enfoque, entre *rules* e *principles* existe uma relação de influência recíproca: de fato, as *rules* se deduzem dos *principles*; porém, quando também estes últimos se tornam estéreis, os juízes resolvem os casos concretos segundo novos critérios e, das sentenças assim emanadas, é possível remontar a novos princípios. Esse ordenamento jurídico composto de *rules* e *principles* é, pois, um embrião de sistema jurídico no qual é evidente a função criativa do juiz, como de resto é inevitável numa teoria jurídica de *Common Law*. Esser descreve uma estrutura análoga composta de normas e de princípios jurídicos, mas, visto que se move num ambiente de direito continental, a ligação entre o mundo dos princípios e as normas deve passar através de um elemento legislativo, que para Esser é constituído pelas cláusulas gerais. Para ele, elas permitem atualizar e fazer evoluir cada uma das normas mediante uma referência aos princípios que estão por trás das cláusulas gerais. Assim, embora vinculado às normas jurídicas, como todo jurista continental, Esser vai além delas, graças à função evolutiva e criativa que concede às cláusulas gerais, reconhecendo, com isso, o valor da construção dogmática tradicional, mas afirmando a exigência de a ela associar uma consideração dos valores que permita expandir o direito positivo.¹³

Não obstante, ignorando-se o contexto histórico em que essa teoria fora criada, é a mesma trazida ao Brasil, passando a ser amplamente utilizada de forma acrítica. Streck, nesse sentido, faz uma crítica pontual a respeito, ao analisar a decisão acerca das uniões homoafetivas, que demonstra uma espécie de retorno (tardio) a jurisprudência dos valores. O mesmo alerta em sua narrativa que há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando, em verdade, por um verdadeiro exercício de jurisprudência dos valores. Só que, o que passa aos olhos da maioria, é que a (in)segurança jurídica mostra-se ofendida, por exemplo, não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas sim no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte”, de uma “descoberta valorativa”, o saneamento (incorreto) de uma “inconstitucionalidade da própria Constituição”, o texto da Carta Magna, como se poder constituinte fosse, gerando, com isso, um mal-estar institucional gravíssimo. Trata-se, pois, como adverte o autor, de um sintoma de repristinação da jurisprudência dos valores.¹⁴ Apesar do texto da Constituição propiciar um tecido normativo “fechado” demais, setores do direito pensam que é preciso “abrir” esse sentido da normatividade constitucional, usando aleatória e descompromissada-mente, para tal, dos princípios constitucionais.

¹³ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 260-1.

¹⁴ STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 2, julho/dezembro 2009, p. 80.

A adoção da ponderação de valores como opção metodológica para fundamentação de decisões tem sido uma constante no Brasil¹⁵. A fim de superar o dito positivismo e seus métodos arcaicos de interpretação, os órgãos julgadores vêm, de maneira acrítica, importando uma doutrina alemã que já há muito é alvo de severas objeções. O fato é que a mesma, com base na teoria de Alexy, postula que regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam. Logo, quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra.¹⁶ A forma da aplicação da regra é, pois, a da subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação¹⁷. Com

¹⁵ Veja-se, ilustrativamente: (i) APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA E ALIMENTOS À FILHA MENOR. ACORDO HOMOLOGADO EM AUDIÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO DO RECURSO E DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. *PONDE-RAÇÃO DE VALORES*. 1. Em audiência, presentes as partes, estando apenas o autor acompanhado de procurador e ausente o representante do Ministério Público, foi homologado acordo pelo qual se estabeleceu a livre visitação e alimentos para a menina de tenra idade no valor equivalente a 50% da mensalidade da escolhinha. 2. Excepcionalmente, em face das circunstâncias do caso - considerando o preponderante interesse da criança (art. 227 da CF), que foi violado com a homologação de acordo que lhe é flagrantemente nocivo -, é de conhecer da apelação. 3. Pela especial circunstância de estar em conflito direito indisponível de menor (alimentos e visitas) se impõe a desconstituição da sentença, uma vez que a livre visitação é de todo incompatível com a eficácia da medida protetiva de afastamento do varão do lar e proibição de se aproximar da recorrente, bem como os alimentos, nos moldes como fixados, sem previsão de dia e modo de pagamento ou de forma de reajuste, ferem direito da criança. Conheceram da apelação e desconstituíram a sentença. Unânime (70044090843 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 15/09/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/09/2011); (ii) HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. JULGAMENTO REALIZADO POR TURMA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. NULIDADE. INEXIS-TÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE OFENSAO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. *PONDE-RAÇÃO DE VALORES*. ORDEM DENEGADA. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 96.821/SP (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/6/2010), consagrou orientação no sentido de que não há ofensa aos princípios do juiz natural ou do duplo grau de jurisdição na apreciação de recursos por órgão composto majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Tal compreensão foi ratificada recentemente no bojo do Recurso Extraordinário nº 597.133/RS, também de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em situação análoga à dos autos, por envolver a convocação de juízes federais para atuação nos Tribunais Regionais Federais. HC nº 96.821/SP. 2. Ademais, especificamente no caso da Justiça Federal, há expressa previsão legal para a convocação de juízes de primeiro grau para atuarem em função de auxílio nos Tribunais Regionais Federais, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.788/99, além da permissão contida na Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 118, não havendo, portanto, que se cogitar de constrangimento ilegal. 3. Habeas corpus denegado (149335 GO 2009/0192743-9, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES - Desembargador convocado do TJ/CE, Data de Julgamento: 14/06/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011).

¹⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37.

¹⁷ Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, entre regras e princípios,

efeito, comparando direitos a valores, tal doutrina coloca em cheque o próprio conceito de direito, o que nos leva a uma reflexão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Para Canaris, pois, a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriabilidade do conhecimento científico. De fato, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, não só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso, necessariamente, ele não é nem definitivamente fechado, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.¹⁸ Em consequência, registra o autor, nunca podem ser tarefas do sistema o fixar a ciência ou o desenvolvimento do direito num determinado Estado, mas antes, apenas, o exprimir o quadro geral de todos os reconhecimentos do tempo, o garantir a sua concatenação entre si e, em especial, o facilitar a determinação dos efeitos reflexos que uma modificação (do conhecimento ou do objeto), num determinado ponto, tenha noutro, por força da regra da consequência interior.

Por sua vez, Kaufmann trabalha com a ideia de que a incompletude da lei não é, ao contrário do que sugere a concepção positivista, uma falha; ela é aprorística e necessária. A lei não pode nem deve ser formulada de modo inequívoco, visto ser concebida para casos cuja diversidade é infinita. Uma lei fechada sobre si mesma, completa, sem lacunas, inequívoca, se tal fosse possível, faria estagnar a evolução do direito. Com isso em mente, ele questiona: como se pode subsumir num conceito tão extraordinariamente vago como repulsivo (ou então pense-se em subsunções em face de elementos tais como lei moral objetiva, bons costumes, sentido de decência de todos os espíritos justos, opinião dominante), isto é, encontrar esta ou aquela solução correta, de um modo estritamente dedutivo, mediante um simples silogismo lógico, sem qualquer valoração por parte dos juizes? Não influirá aqui também a concepção pessoal dos valores dos juizes, não terão eles, na decisão de casos destes (e de muitos outros semelhantes) sequer uma pré-compreensão¹⁹, alguma sensibilidade ju-

existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”). Ora, pensar assim é fazer uma concessão à discricionariedade. Não parece democrático delegar ao juiz o uso da ponderação para a “escolha” do princípio que será utilizado para a resolução do problema (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 166-7).

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 106.

¹⁹ Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica. Há uma “situação linguística”, não sendo a linguagem algo que esteja à disposição do intérprete, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disso, o intérprete “pertence” a

rídica? É óbvio que a têm, e isso nem é de censurar, pontua o autor. Merecedor de censura é, sim, o fato de eles não refletirem a sua pré-compreensão, o seu juízo de valor, a sua sensibilidade jurídica, apontando, por isso, fundamentações aparentes da sentença²⁰; censurável é o fato de não argumentarem com clareza, antes proferindo um ato de autoridade/poder.

Lamego, de tal modo, considera que foi nessa época em que se deu a “perda das certezas jurídicas”, referindo-se ao fato da criação de instrumentos metodológicos que propiciaram a “abertura” da estrita legalidade que sempre imperou em território germânico. Nessa medida, enuncia que foram criados e redefinidos institutos como as “cláusulas gerais”, os “conceitos jurídicos indeterminados”, as “normas em branco” e os chamados “princípios constitucionais”. Por isso ele vai dizer que não será exagerado afirmar que, muitas vezes, o recurso a argumentos holísticos, como todo de sentido ou ordem de valores, não se traduz noutra coisa senão no fazer passar de contrabando pontos de vista valorativos subjetivos, usurpando o sentido dos textos legais. É necessário contrariar tais exageros interpretativos ou hermenêuticos, adverte o mesmo, sob pena, de se dissolver o *rule of Law*²¹ e se converter as discussões jurisprudenciais em diretas querelas ideológicas.

É, no entanto, exatamente a jurisprudência da valoração que será duramente criticada também por Habermas, que a enquadrará como uma postura do Poder Judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática. Dirá que princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Por esses motivos, Habermas conclui que a transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação²². Em última instância, pontua o autor, apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo, eis

essa linguística. Ele é refém da linguagem. Nesse sentido, a atividade hermenêutica exsurge desse processo de (auto)compreensão (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 237).

²⁰ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 193 e 184.

²¹ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência: análise de uma recepção**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 80.

²² Normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, já que eles possuem uma maior força de justificação que os valores, que, ao contrário, devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso e, como não há padrões racionais para isso, esse sobpesamento acontece arbitrariamente ou sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras (HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT, 1996, p. 259-61).

que um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta e não como ponderar interesses ou relacionar valores. A validade jurídica do julgamento tem, assim, o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem que nós podemos alcançar até certo nível.

Eis o problema: a escolha do conceito de mundo vivido, além de ser feita a partir do campo da fenomenologia transcendental – portanto, da filosofia da consciência – e além de ser uma escolha de um fundamento de uma teoria representacional, é um conceito convertido por Habermas em um discurso apenas pragmático-empírico. Esse é, pois, o ponto que prende seu discurso ao velho paradigma - mundo vivido, mesmo redesenhado com sofisticadas tintas lingüísticas, continua sendo uma espécie de *fundamentum*, um senso comum idealizado²³, com funções contrafatuais.

Portanto, como adverte Streck, é razoável apontar para a jurisprudência dos valores e o positivismo normativista Kelseniano como as matrizes que colocaram na vontade o lócus do *fundamentum*. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete²⁴, que, de forma solipsista, levanta o véu que encobre a resposta que a regra não pode dar.

3. A DEGRADAÇÃO DOS (PRÉ)COMPROMISSOSE O CARÁTER ANTIDEMOCRÁTICO DE APLICAÇÃO DO DIREITO

Como então podemos seguir um caminho para encontrar mandamentos concretos em uma Constituição que de forma tão sublime nos oferece vagas advertências? Existem sinceras controvérsias sobre a forma como a Constituição deve ser lida, e, certamente, a razão para isso não é o fato de os debatedores terem acesso a diferentes fontes de informação. Eles tem a sua frente exatamente o mesmo texto, e tal texto tem apenas um história, embora complexa e multifacetada. Mas, naturalmente, pessoas diferentes acreditam em coisas diferentes a respeito de como essa história veio à luz, por meio da interpretação constitucional. Entretanto, o fato de se admitir essa percepção faz surgir uma questão óbvia: qual a relevância destas visões, premissas e convicções para a definição do modo como aquele texto tão bem resumido deverá ser lido? Será que a leitura do texto é justamente um pretexto para expressar a majestosa visão do leitor sobre os sagrados termos da lei constitucional? Será que a Constituição é simplesmente um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38-9.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145.

se tem vontade?²⁵

Muito juristas, inseridos no imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista, ainda acreditam que interpretar é desvendar o “sentido unívoco da norma”, que interpretar é descobrir o “sentido e o alcance da norma”, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correta dos conceitos jurídicos, ou que interpretar é buscar o “verdadeiro sentido da norma”, ou ainda, que interpretar é “retirar da norma tudo o que nela contém”.²⁶ Como elenca Streck, acredita-se ainda que é possível descobrir a “vontade da norma” e que o legislador possui um espírito.

É verdade, pois, que na prática jurídica norte-americana, os juízes referem-se constantemente às múltiplas declarações feitas pelos membros do Congresso e por outros legisladores, nos relatórios das comissões ou nos debates formais, a respeito da finalidade de uma lei. Os juízes justificam que essas afirmações, vistas em conjunto formam, a história legislativa da lei, às quais devem respeitar. Podemos, contudo, adotar dois pontos de vista muito diferentes sobre essa prática de submeter-se à história legislativa. Um deles é o de Hércules. Ele aborda as múltiplas declarações feitas pelos legisladores no processo de elaboração da lei como atos políticos aos quais sua interpretação da lei deve ajustar-se e poder explicar, assim como precisa ajustar-se ao próprio texto da lei e explicá-lo.²⁷ O outro é o ponto de vista pressuposto pela objeção descrita, que trata essas declarações não como eventos importantes em si, mas como evidência do estado mental dos legisladores particulares que as fizeram, e que se presume ser representativas do estado de espírito da maioria dos legisladores²⁸ cujos votos criaram a lei.

Trabalhando com situações-problema, Dworkin questiona: o estado de espírito de quais pessoas serviu para fixar a intenção que subjaz à Lei das Espécies Ameaçadas? Seria o dos membros do Congresso que a promulgaram,

²⁵ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 02-3.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 172.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 378-9.

²⁸ Hermes, que é quase tão arguto quanto Hercules e igualmente tão paciente, e também aceita o direito como integridade, assim como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação, desde o início, está consciente de uma dificuldade nessa teoria. É bastante difícil descobrir as intenções de amigos e colegas, de adversários e amantes. De que modo ele pode ter esperanças de descobrir as intenções de estranhos pertencentes a uma outra época, que podem estar todos mortos? Como pode ter certeza de que havia quaisquer intenções proveitosas a serem descobertas? Os governantes de Nova York que adotaram a lei sobre testamentos talvez nunca tenham previsto o caso de um herdeiro assassino; é bem possível que muitos senadores e congressistas nunca tenham pensado no problema de pequenos peixes e barragens quase terminadas (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 382).

inclusive daqueles que votaram contra? Seriam as idéias de alguns – por exemplo, daqueles que falaram, ou falaram com mais freqüência nos debates – mais importantes que as idéias de outros? Que dizer dos funcionários e auxiliares administrativos que prepararam o projeto e o transformaram em lei? Será que suas intenções não têm mais valor que a de qualquer senador em particular? E o que dizer dos simples cidadãos que escreveram cartas a seus congressistas, prometeram ou ameaçaram votar a favor ou contra eles, fazer ou negar-se a fazer contribuições de campanha, dependendo do modo como eles votassem? E quanto aos vários *lobbies* e grupos de ação que desempenharam seu papel, atualmente considerado normal? Qualquer visão realista do processo legislativo inclui a influência desses grupos. Será, indo mais além, que se deveriam levar em consideração as intenções dos vários legisladores que poderiam ter revogado a lei no decurso de anos e décadas, mas não o fizeram?

Esses mistérios, analisa o autor, são criados pela hipótese dominante de que as soluções devem convergir para o momento particular da história em que nasce a lei. Só que essa hipótese tem intrínseca a seqüela de que, à medida que o tempo passa, a lei deve se aplicada em outras circunstancias e, aí, os juízes se vêem diante de uma opção entre aplicar a lei original, com o significado que sempre teve, ou emendá-la às ocultas para atualizá-la. Esse é o dilema que as antigas leis apresentam²⁹ - postula-se que os juízes devem escolher entre a mão morta, porém legítima, do passado e o encanto, claramente ilícito, do progresso.

O que preocupa neste tipo de argumento de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma idéia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar³⁰.

Sucede que os parlamentos têm demonstrado o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo se tornaram totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Não se pode esquecer, ademais, que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Assim, os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 383 e 416.

³⁰ STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 1, n. 2, julho/dezembro 2009, p. 77.

grupo. Por isso, o declínio da confiança nos parlamentos constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países.³¹ Em certa medida, constitui elemento característico de todo mundo ocidental.

Os tribunais judiciais mostraram-se, em sua generalidade, relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas, a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais, confrontados pelo gigantismo estatal do legislativo e do administrativo, não poderia fugir de uma inflexível alternativa: a) permanecer fiel, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional; ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante³², capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Dizendo que diverso é o modo dos dois procedimentos de formação do direito – legislativo e judiciário – o autor, entretanto, refere que, o bom juiz, bem pode ser criativo, dinâmico e ativista e, como tal, manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz. Mais adiante, atento à crítica de que isso não teria o condão de preservar o caráter democrático³³, defende que se dissipou em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes “políticos” de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram, argumenta, que mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada “diretamente responsável perante o povo”, nunca constituiu, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.

Sucede, contudo, que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado ativismo judicial. O mais correto é dizer que questões

³¹ Problemas, não menos sérios, também se fizeram (e se fazem) presentes no âmbito administrativo: o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de tutela paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 44-5).

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 46-7.

³³ No sentido de que é grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático, a qual tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 74 e 93-4).

como essa não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas³⁴–fáticas-e/ou-morais?

O ponto de vista de Hércules não exige tal estrutura. Ele entende a idéia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como o resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei. Ele anota as declarações que os legisladores fizeram no processo de aprová-la, mas trata-as como eventos políticos importantes em si próprios, não como evidência de qualquer estado de espírito por detrás delas. Assim, não tem nenhuma necessidade de precisar pontos de vista sobre o estado de espírito dos legisladores, ou que estados de espírito são esses, ou como ele fundira todos em um superestado de espírito da própria lei³⁵. Tampouco supõe um momento canônico de discurso para o qual sua pesquisa histórica se dirige; a história que ele interpreta começa antes que a lei seja aprovada e continua até o momento em que deve decidir o que ela agora declara.

Ocorre que as teorias da autoridade jurídica (e quaisquer teorias concomitantes de interpretação) geralmente são adquiridas por atacado, não no varejo. A questão não é a respeito da autoridade ou da interpretação desta ou daquela lei, mas a respeito da relação entre autoridade e interpretação em geral. Devemos perguntar, então, se existe algo verdadeiro, de modo geral, acerca da maneira como as leis são produzidas, que torne o recurso às intenções dos legisladores uma estratégia de interpretação adequada. O modo como respondemos a essa questão dependerá, pois, do que consideramos ser o modelo geral mais útil do processo legislativo, no que diz respeito às teorias da autoridade.³⁶Nesse nível, sugere o autor, será melhor evitarmos qualquer modelo que considere a legislação como, mais comumente, o produto intencional de um único autor-legislador.

Hércules³⁷, não obstante, respeita a integridade do texto legal, de modo

³⁴ STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 1, n. 2, julho/dezembro 2009, p. 78.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 380.

³⁶ WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Org). *Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 499.

³⁷ Para ilustrar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, Dworkin concebe um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade, a quem chama de Hércules, supondo que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Nessa concepção, Hércules aceitaria que a lei tem o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que o juiz tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores

que não irá pensar que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções; respeita a equidade política, por isso não irá ignorar totalmente a opinião pública tal como esta se revela e exprime nas declarações ligadas ao processo legislativo. Hércules interpreta, assim, a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Logo, não emenda leis antiquadas para adaptar-se a novos tempos, como sugeriria a metafísica da intenção do locutor.³⁸ Reconhece em que se transformaram as velhas leis desde então.

O fato é que nos dias correntes, a palavra democracia domina com tal força alinguagem política, que é raro o governo, a sociedade ou o Estado que não proclama democrático. No entanto, se buscarmos de baixo desse termo a sua real denotação, arriscamo-nos a mesma decepção angustiante que varou o coração de Bruto, quando o romano percebeu quanto valia a virtude. Entretanto, a democracia, nem por isso, deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea.³⁹ De tal ordem é ainda, pois, o seu prestígio, que constitui pesado insulto, verdadeiro agravo, injúria talvez, dizer a um governo que seu procedimento se aparta das regras democráticas do poder.

Por isso, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Na verdade, o “drama” é que a discricionariedade transforma os juízes em legisladores. E, para além disso, esse poder discricionário propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo⁴⁰. Ou seja, a razão humana passa a ser a fonte iluminadora do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete *lato sensu*).⁴¹ Em que lugar isso pode ser considerado democracia?

cujo fundamento racional, como diz os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165).

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 409 e 419.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 345.

⁴⁰ Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Com efeito, o positivismo objeto da Nova Crítica do Direito inaugurada por Streck, sob cujos aportes o texto é desenvolvido, é, primordialmente, o positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, o positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isto porque resta considero superado o velho positivismo exegético, não sendo (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei”, podendo sermos poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas polvulares”, que não podem implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc. (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, janeiro/abril 2010, p. 160).

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

A Grécia foi, pois, o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”. A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembléia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial.⁴² A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antigademocracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (*avolonté générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.

Interessante, nesse contexto, é metáfora trazida por Warat acerca do olhar substituído pela imagem: Cuba transita pelo chamado período especial, onde a luta pelos alimentos transformou-se numa penúria quotidiana. Os cubanos, que fazem da festa de casamento uma ilusão irrenunciável (sonham por anos pelo bolo de noiva para seus filhos), tem sérias dificuldades para conseguir os ingredientes da insubstituível torta. Por isso, muitos casais optam por construir um bolo de papelão, especialmente fabricado para que se possa tirar uma foto. O que conta é a imagem, o artifício. A imagem despreendida do que tem que ser visceral. A foto e seus truques em lugar do olhar.

O autor ressalta que numa etapa como a atual, onde cinicamente se produzem televisivamente as múltiplas formas de dissuasão do político-econômico-afetivo, é preciso dirigir um olhar em direção aos indizíveis, ao que não

⁴² A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio, porém, da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de íntima minoria social de homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de homens escravos. Motivo pelo qual autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo. Ou democracia minoritária, como quer Nitti, reproduzindo aquele pensamento célebre de Hegel, em que o filósofo compendiou, com luminosa clareza, o progresso qualitativo e quantitativo da civilização clássica, tocante à conquista da liberdade humana. Com efeito, disse Hegel que o Oriente fora a liberdade de um só, a Grécia e Roma a liberdade de alguns, e o mundo germânico, ouseja, o mundo moderno, a liberdade de todos (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 346-7 e 354).

se permite dizer. Em outras palavras, encontrar-se com o que não se permite dizer (que é no fundo o inconsciente político). Encontrar-se com a outra da lei, que é o novo lugar do Estado de Direito e da dogmática jurídica. Uma nova forma de exercício da cidadania - o direito a dizer o indizível. O direito a que o corpo da lei receba seus indizíveis. Contudo-entretanto-todavia(!), parece óbvio que o que não pode ser dito pela lei, nunca será dito quando se lhe ignore. Ignorá-la é deixar, pois, exposto o indizível aos oportunismos de toda cor, o que só demonstraria que não existe compromisso com o outro sem a lei, que haveria uma volta ao estado de horda.⁴³ O homem tem que se comprometer, porquanto, com o outro.

A doutrina, não obstante, indica caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos, que aparecerá como na direta aposta na⁴⁴: (a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; (b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; (c) interpretação como produto da consciência do julgador; (d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; (e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; (f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; (g) cisão estrutural entre regras e princípios⁴⁵, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura se sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.

Só que, nas palavras de Grau, a decisão justa há de, para ser justa, ser conforme uma lei preexistente; mas a interpretação dessa lei, que a decisão pressupõe, há de ser re-instauradora, re-inventiva, livre; daí que a decisão justa há de ser, há um tempo só, regrada e sem regra, há de conservar a regra (a lei, *rectius o direito*) e destruí-la ou suspendê-la para reinventá-la em cada caso, posto que cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode, nem deve absolutamente garantir, como preceitua o autor, utilizando-se das palavras de Derrida e da síntese de Paolo Grossi, segundo a qual são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito - uma tendente à rigidez, outra à elas-

⁴³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 141.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

⁴⁵ Como aponta Streck, as posturas voluntaristas do direito acabaram por dar azo a uma verdadeira fábrica de princípios, fenômeno ao qual o autor denomina de *panprincipiologismo*, que acaba, pois, por fragilizar de sobremodo o grau de autonomia que deve ter o direito na contemporaneidade. Ocorre que um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a “positivação de valores”. Esse anúncio, assim apresentado, acaba por facilitar a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146-7).

ticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam - a da certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do texto, o que somente poder ser compreendido se nos dispusermos a admitir que texto e norma não se superpõem, que o processo legislativo termina no momento do texto – a norma virá depois, produzida no bojo de um outro processo⁴⁶, a interpretação.

Sucedendo que se vive ainda certa dificuldade em separar aquilo que é singular, referente a sujeitos que pensam e falam, e aquilo que faz parte da argumentação que esses sujeitos desenvolvem, utilizando os discursos lógicos. Tradicionalmente, dizia-se que isso era devido à impossibilidade de separar, em certos tipos de discursos, sujeito e objeto. O sujeito sempre estava envolvido no objeto e, no objeto, de alguma maneira, antecipávamos a análise do sujeito.⁴⁷ Mas isso é uma formulação muito geral, posto que exige uma soma de critérios para que se possa dizer o que significa essa imbricação entre o sujeito e objeto no discurso.

Os juristas não perceberam, pois, que ocorreu a invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn*, que, no plano da hermenêutica filosófica, designa-se giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão. Desse modo, odéficit de realidade produzido pelas posturas jusfilosóficas, ainda prisioneiras do esquema sujeito-objeto, será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático), bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger. Assim sendo, salta-se do fundamental, enquanto busca de um *fundamentum in concussum*, em direção do compreender⁴⁸, onde este não é mais um agir do sujeito, mas, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade.

O depois, ao qual a pré-compreensão fornece o antes do que, seria conseqüentemente o enunciado, se já não a própria linguagem. A pré-estrutura significa, pois, que o *Dasein*⁴⁹, o ser-á humano, se caracteriza por uma inter-

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. O Futuro do Direito. In: NUNES, António Joé Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **O Direito e o Futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. p. 588-9.

⁴⁷ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2004, p. 14.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, v. 1, n. 1, julho/setembro 2009, p. 197.

⁴⁹ Trata-se do termo a partir do qual Heidegger designa o ser humano para analisar as estruturas fáticas da existência. *Dasein* é um tipo de ente que, em seu modo de ser, possui como possibilidade a compreensão do seu ser e do ser dos demais entes intramundanos. Heidegger, nesse enfoque, oferece ao termo uma conotação diferenciada que mantém o significado inicial de existência, mas no sentido daquele ente que, entre todos os outros, existe, que é o ser humano. Para Heidegger,

pretação que lhe é peculiar e que se encontra antes de qualquer locução ou enunciado⁵⁰ – uma interpretação, cujo caráter fundamental de cuidado ameaça ocultar a tendência niveladora do juízo proposicional.

O círculo hermenêutico pressupõe, nesse desiderato, um enlace dialético em que a compreensão se molda no processo relacional entre a consciência histórica do intérprete e a abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo particular. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é, pois, um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão, esta submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, mas sim nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo metodológico, de tal sorte, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão⁵¹, ocorrendo no instante em que o sujeito participa na construção do sentido do objeto moldado por tais pré-juízos, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.

Como representação da circularidade da compreensão, o mesmo apresenta um significado ontológico positivo, eis que, a partir de sua compreensão, ao invés de apenas se deixar guiar e simplesmente reproduzir pré-juízos anteriores, o sujeito tem a possibilidade de chegar à coisa mesma, atingir um conhecimento originário, substituindo conceitos ingênuos e inconscientes pela elaboração de uma concepção prévia, consciente e legítima, baseada na sua historicidade e temporalidade. Para Heidegger, o círculo não deve ser rebaixado a um *vitiosum*. Nele se esconde a possibilidade do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendido modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixarguiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia, visão prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas mesmas, porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria pre-sença. As pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a idéia de rigidez das ciências

assim, somente o *Dasein* existe, porque existência implica possibilidades, projetos. Os demais entes intramundanos, que estão à disposição *subsistem* (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 235-6).

⁵⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 159.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 439-40.

mais exatas. A matemática não é mais rigorosado que a história⁵², sendo apenas mais restrita no âmbito dos fundamentos que lhe são relevantes.

O ser humano interpreta, então, em virtude da denominada *fusão de horizontes* -a compreensão se dá como evento no momento em que há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece (horizonte de experiência no qual foi produzido) e o mundo daquele que se propõe a conhecer (horizonte de experiência no qual se situa o observador). Há por isso, também uma interação circular entre passado e presente - só compreendemos em virtude de uma consciência que se situa agora, neste momento, mas que, por sua vez, possui como condição de compreensão a operacionalidade do passado, que nela se faz atual por meio das pré-compreensões por esse transmitidas. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos nossos pré-juízos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes⁵³ presumivelmente dados por si mesmos.

Por seu turno, essa fusão de horizontes leva a outro tipo de fusão, qual seja, a dos momentos de compreensão, interpretação e aplicação, vistos pela velha tradição hermenêutica como atividades distintas. A impossibilidade dessa cisão implica, porquanto, a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão - que não passa de um dualismo metafísico - afasta qualquer possibilidade de fazer “ponderações em etapas”, circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência.⁵⁴ Para Gadamer, nessa esteira, a interpretação nada mais é do que a forma explícita da compreensão e não um momento distinto desta. Igualmente, a aplicação não se realiza posteriormente a essas, mas integra o próprio ato de compreender. Desse modo, não se compreende para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando.

⁵² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Vol. 1. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 210.

⁵³ O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizontal que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 457-8).

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, janeiro/abril 2010, p. 162.

O ser humano, como ser-no-mundo, desde sempre já se compreende a si mesmo no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já antecipou sempre uma compreensão do ser. Compreensão do ser não é de um ser objetivo, objeto, mas compreensão da totalidade. Este elemento prático que Heidegger introduz na hermenêutica é absolutamente novo. Antes a hermenêutica era o compreender de textos, compreender determinados universos culturais, era no fundo, um interpretar que trata de objetos. Agora o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, mas não de um mundo como um continente de conteúdos, mas de um mundo que é a própria transcendência. Este mundo que ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo o que deve se dar. Assim vai-se formar a chamada estrutura da circularidade, isto quer dizer, na medida em que já sempre somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo.⁵⁵ Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos.

Em realidade, a interpretação quer ajudar a pré-compreensão a ser transparente. Ela serve, em primeira linha, à apropriação da própria situação de compreensão e à dos pressupostos, que determinam o preocupado conhecimento e comportamento. Seu agulhão crítico está na tentativa de evitar, dentro do possível, o equívoco pessoal. Já que nossa compreensão pode equivocar-se, cada esforço de compreensão necessita da apropriação, da confirmação e da preservação. Dessa forma, a primeiríssima tarefa de qualquer interpretação sincera deve ser a de trazer à consciência a própria pré-estrutura da compreensão.⁵⁶

4. O DEVER DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES E O DIREITO A OBTENÇÃO DE RESPOSTAS CORRETAS CONSTITUCIONALMENTE

Dworkin, analisando o direito como interpretação, inicia sua avaliação questionando se não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos, ilustrando seu pensamento com a suposição de aprovação de uma lei estipulando que, contratos sacrílegos, de agora em diante, seriam inválidos. O autor retrata, trabalhando com seu exemplo, que a comunidade estaria dividida quanto se um contrato assinado no domingo seria, apenas por essa razão, sacrílego. Denuncia, acerca disso, que bem poucos legisladores tinham, provavelmente, essa questão em mente quando votaram, e agora estão igualmente divididos quanto se ela deve ser interpretada assim. Tom e Tim, pois, assinaram um contrato no domingo, e agora Tom processa Tim para fazer cumprir os termos do contrato, cuja validade Tom contesta. Diremos que o juiz deve buscar a resposta certa para a questão de se o contrato de Tom é válido, mesmo que a comunidade esteja dividida quanto a qual é a resposta certa? Ou é mais realista

⁵⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2004, p. 66.

⁵⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 165.

dizer que simplesmente não há nenhuma resposta certa para a questão?⁵⁷

Com efeito, se, durante o regime autoritário, buscávamos as brechas da lei e lutávamos a partir dessa frágil institucionalidade apostando em um antidedutivismo e em posturas que fizessem com que aquele direito fosse arrazado pela faticidade, agora, em plena produção democrática do direito, não parece ter muito sentido continuarmos a apostar em um protagonismo vencido pelos acontecimentos que culminaram na elaboração de um novo texto constitucional. Em outras palavras, antes não tínhamos Constituição (e tampouco democracia) e éramos obrigados a ser “realistas” ou “pragmatistas”; hoje, temos uma Constituição que deve ser o alfa e o ômega da conduta dos juristas⁵⁸ e, por isso, a tarefa de qualquer teoria do direito preocupada com a democracia e os direitos fundamentais deve ser a de concretizar a Constituição. Isso significa dizer que não há mais espaços para voluntarismos e decisionismos baseados em discursos com pretensão corretiva.

Tendo em vista isso, propondo usar a interpretação literária como um modelo para o método central da análise jurídica, Dworkin trabalha com a idéia de que um autor é capaz de separar o que escreveu de suas intenções e crenças anteriores, de tratá-lo como um objeto em si. É capaz de chegar a novas conclusões sobre sua obra, fundamentadas em juízos estéticos - de que seu livro é mais coerente, uma análise melhor de temas mais importantes, interpretados de maneira um tanto diferente da que pensou quando estava escrevendo. Este é um fato importante por várias razões, fala o mesmo, usando novamente Fowles - desta vez comotestemunho - para quem apenas umacoisa é compartilhada por todos nos romancistas, qual seja, o desejo de criar mundos tão reais quanto o mundo que é, mas diferentes. É por isso, afirma, que não podemos planejar, eis que sabemos que um mundo genuinamente criado deve ser independente de seu criador.

O autor, ilustra o presente, trabalhando com a idéia de um grupo de romancistas contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo.⁵⁹ O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 175.

⁵⁸ Não obstante, a dogmática – entendida em seu sentido mais tradicional – continua dominando as práticas jurídicas, a ponto de colocar a doutrina como refém de uma jurisprudência construída *ad hoc*, em que o “caso jurídico” assume a função de alibi para construções pragmatistas, como se o direito (produzido democraticamente com berço constitucional) não tivesse “DNA” (STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 1, n. 1, julho/2010, p. 100).

⁵⁹ Antes, porém, reconhece que as observações preliminares sobre a interpretação literária podem ter sugerido uma distinção muito nítida entre o papel do artista na criação de uma obra de arte e o do crítico que a interpreta posteriormente, eis que se concebe que (i) o artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria; como pretende criar arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita de por que aquilo que produz é arte e por que é uma obra de arte melhor graças a este, e não àquele golpe do pincel, da pena ou do cíbel; (ii) o crítico, por sua vez, cria quando interpreta; pois embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostrar como arte melhor.

um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Nessa linha, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são realmente, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Esse estilo de interpretação, porquanto, não deve estar subordinado à intenção, eis que, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas.

Conclui, então, que cada juiz é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, de tal modo, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história⁶⁰; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.

Não obstante isso, ao invés de avançar em direção ao novo, o velho senso comum teórico – forjado em perspectivas positivistas-pragmatistas – transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Sob o alibi da “abertura interpretativa” proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a “criatividade”, a ponto de, por vezes, soçobrar o próprio texto constitucional. A Constituição, que deveria ser o *locus* privilegiado para a obtenção de respostas concretizadoras, foi, ela mesma, transformada em um “texto aberto”, por vezes, *panprincipiologista*. A grande evolução do neo-constitucionalismo em garantir a recuperação do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios (e a

Há, porquanto, uma diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta e, portanto, uma diferença reconhecível entre o artista e o crítico, a qual, não obstante, pode ser derrubada em certas circunstâncias (DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235-7).

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238.

inclusão da faticidade do mundo no direito) sofre, assim, um retrocesso pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos⁶¹, pressupostos como iguais.

Paradoxalmente, o método fenomenológico é o método no qual devemos dar sempre conta de dois aspectos da investigação: do aspecto da singularidade e do aspecto da sistematicidade. O aspecto da singularidade é, pois, a primeira parte da palavra, é o *fenômeno*. O aspecto da universalidade é o aspecto do *logos*, da *logia*. Então, fenomenologia já contém esta idéia de uma espécie de análise constante dos aspectos da singularidade e da universalidade. Enquanto *logia*, a fenomenologia trata do *logos*, do discurso, da manifestação. Por isso, a fenomenologia se conduz pela base da linguagem, pela base do discurso, pela análise do nível lógico-semântico. Fenomenologia trata do fenômeno, o método fenomenológico trata daquilo que se esconde sob o *logos*, que é a singularidade que tenta se expressar no *logos*, mas que o *logos* sempre oculta. É o elemento hermenêutico. Na fenomenologia já está sempre presente, porquanto, a compreensão enquanto um elemento fundante do processo do discurso⁶² que chamava, antes, o compreender no segundo sentido.

Com efeito, é possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta (adequada ou inadequada em relação à Constituição). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁶³ Uma decisão adequada à Constituição

⁶¹ Eis o problema. O princípio do *due process of law*, sob o seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do poder judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual, para a qual se faz necessária a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo, não se podendo tomar como base, pois, um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico-factual que tal processo envolve. (STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 1, n. 1, julho/2010, p. 101).

⁶² A fenomenologia não é simplesmente uma análise da linguagem, mas ela tem uma pretensão maior, ela tem a pretensão de poder construir um discurso no qual os dois aspectos da linguagem estejam presentes. Isto é o que vai produzir a diferença entre filosofia analítica e fenomenologia hermenêutica. A fenomenologia hermenêutica procura dar atenção aos dois lados do discurso – ao lado hermenêutico e ao lado apofântico, que podemos chamar lógico-analítico. Heidegger orienta sua atenção, com efeito, através deste método fenomenológico, do binômio do velamento e do desvelamento. Através do velamento, o sentido mostra que algo sempre já antecipadamente se deu como condição de possibilidade do discurso que, entretanto, é ocultado pelo discurso. Quando tratamos do nível lógico-semântico de algo, estamos simplesmente pressupondo algo do qual não tratamos, mas que está presente. Esse é, de certo modo, o que nós velamos (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2004, p. 59-60).

⁶³ Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental (STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a

(respostahermeneuticamente correta) será fruto, nesse passo, de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada, indo mais além, em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos). Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.

A integridade não seria necessária como uma virtude política distinta, nessa esteira, somente em um Estado utópico, em que a coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial. Na política comum, porém, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com outros ideais. Pode exigir que apoiemos uma legislação que considerariamos inadequada numa sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconhecamos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam. Veja-se que um juiz que esteja decidindo o caso de uma senhora que sofreu um infarto ao receber a notícia do acidente de automóvel envolvendo seu marido e seus filhos e queria receber por isso uma indenização do motorista que provocara o sinistro, poderia considerar injusta a exigência de reparação. Mas, se ele aceita a integridade e sabe que a algumas vítimas de danos morais já foi conferido o direito à indenização, terá, nesse enfoque, uma razão para se pronunciar favoravelmente. Não obstante, a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores⁶⁴, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

A relação entre sistema/problema que aqui se verifica não pode ser pensada apenas na coerência do sistema pressuposto (pela integração nele da normatividade judicativa dos casos decididos, como que numa absorção, dos casos ajuizados pelo sistema mediante a prévia intencionalidade da sua coerência normativa), mas na coerência de uma dialética em que dois pólos concorrem, cada um com a sua valência específica, na constituição unitária do resultado jurídico- o sistema é constituído em função das exigências e dos resultados da judicativa realização

necessária concretização dos direitos humanos. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 1, n. 1, julho/2010, p. 103).

⁶⁴ Durante algum tempo, os juizes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, menos que este possa ser justificado em princípio - o que parece improvável. A câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 264).

do direito, o problema (o caso) é não só intencionado na sua específica problematidade jurídica como constituído enquanto o referente concreto do juízo em função das exigências de validade da normatividade jurídica que o sistema vai objetivando.⁶⁵ O problema da interpretação jurídica, como problema normativo, acaba assim por ser o problema da concreta realização normativa do direito.

Deve-se ter presente, nesse contexto, que quando se está a falar/indagar acerca do papel/função da Jurisdição Constitucional (ou do Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (enecessária) a intervenção da justiça constitucional. A toda evidência, tais questões implicam outras três, que se interpenetram: a) a necessidade de uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado; b) a admissão de que a justiça constitucional possa vir a ter um papel intervencionista, e c) um certo grau de dirigismo constitucional.⁶⁶

Tal enfoque se põe com a transformação política operada pelo Estado Democrático de Direito, quando a própria noção de democracia é transladada para um *locus* legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial, apesar de tal já estar presente no âmbito do Estado Social. Isso implica, pois, que a noção de garantia não fica mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas vem acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações/prestações, que importam na transfiguração do *status quo*, assume efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia. Com isso, a distribuição clássica das funções dos poderes públicos não mais está sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, se apresenta mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado para a realização

⁶⁵ NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 346.

⁶⁶ Em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura “comunitarista”, onde os constitucionalistas lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição. Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais e assenhem da Constituição (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.119).

de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população⁶⁷, a qual está expressa em uma atribuição executiva peculiar ao espaço público (não limitada às tarefas próprias do Poder Executivo).

Os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições devem ser utilizados eficazmente, nesse compasso, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição, cuja força normativa não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. Descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecemos fins do Estado, representa solapar, por oportuno, o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Não pode, pois, ser deslegitimado. Com efeito, o direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento⁶⁸, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais.

Nessa senda, Dworkin trabalha com a idéia de que as doutrinas estritas de precedente (que exigem que juízes sigam as decisões passadas de outros juízes, mesmo quando pensam que tais decisões são equivocadas) são um fato bastante comum, ilustrando o fato, contudo, de que se Hércules decidisse ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, então ele estaria violando totalmente a integridade, eis que qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais. A integridade política e a justiça poderiam estar em melhor situação, em sua opinião, se o governo local e o nacional tivessem adotado, de forma mais consistente, a igualdade de recursos como a meta de seus programas econômicos. No entanto, ele próprio estaria violando a integridade se ignorasse as decisões que eles tomaram

Os tribunais são, por oportuno, as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. O direito não é es-

⁶⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crises do estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 29-30.

⁶⁸ O Poder Judiciário não pode continuar com uma postura passiva diante da sociedade. Mas, a toda evidência, quando se fala da função intervencionista do Poder Judiciário, não se está propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Ou seja, onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestações dos serviços sociais básicos (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, maio/augosto 2003, p. 281).

gotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.⁶⁹ É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos interesses e convicções.

Em outras palavras, efetivamente há um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre, porquanto, perquirir a compatibilidade da norma jurídica com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia.⁷⁰ A resposta constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão, diante disso, é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a idéia do que significa fundamentar e do que significa justificar.

Assim sendo, confirma Streck, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Haverá coerência se

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 486 e 492.

⁷⁰ Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável àquela situação hermenêutica. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender o que se quer interpretar. Nesse sentido, os conceitos jurídicos (enunciados lingüísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta (constitucionalmente adequada), mas essa resposta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com uma fundamentação assertórica/semântica, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, sustentado na pré-compreensão e no mundo prático (STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos de Bauru**, v. 43, n. 50, julho/dezembro 2008, p. 108).

os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição⁷¹, possuindo, pois, a resposta correta (adequada) um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*.

Não esgotará o juiz, de tal sorte, a sua atividade com a indicação de que tal ou qual norma legal incidiu sobre o julgado; ele não poderá escolher livremente o sentido que lhe pareceu adequado. Deve, apoiado nas circunstâncias do caso, indicar as razões pelas quais optou por um e não por outro dos sentidos possíveis da norma. Vale dizer, a exigência é a de que a motivação do ato jurisdicional seja completa, abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, e isso porque o convencimento judicial deve alcançar o nível de racionalidade exigido pela lei; a sentença deve conter, pois, argumentos convincentes sobre a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito usados pelo sucumbente⁷², de modo que a fundamentação deve ser ampla, compreensiva de todos os aspectos relevantes do conflito, em especial, a análise crítica dos fatos.

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais possui, pois, cariz democrático, em face da garantia que proporciona contra o arbítrio e a discricionariedade do juiz. No entanto, fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso tal ou qual norma legal. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste, como quem enuncia uma equação matemática.⁷³ Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente.

O direito a fundamentação das decisões judiciais é, em última análise, um direito fundamental, pois é garantia mínima para o desenvolvimento e ou a manutenção do Estado de Direito. O direito à fundamentação é assegurado a cada cidadão e a toda a coletividade sociedade que dessa fundamentação se aproveita, seja para saber as razões de decidir do julgador, seja para controlar a

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos de Bauru**, v. 43, n. 50, julho/dezembro 2008, p. 112.

⁷² Para Ovídio, as soluções do direito não são certas ou erradas, e isso porque a história também não pode ser compreendida como certa ou errada - elas serão apenas razoáveis; contudo, deverão ser suficientemente razoáveis, ou seja, alicerçadas em fundamentos válidos, onde não estejam ocultas as verdadeiras razões de decidir. Desta sorte, parte-se do princípio de que o texto legal deve ser hermeneuticamente compreendido (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140-1, 148-9 e 150).

⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 4, 2006, p. 334.

constitucionalidade. A fundamentação tem, portanto, duplo papel e dupla dimensão: (i) a racionalidade exclui a aplicação arbitrária ou manifestamente errônea da legalidade; (ii) o controle, que tem uma dimensão tanto interna, submetida, no seu caso, a tribunais superiores, quanto externa, voltada para as partes e para a comunidade. A partir do exposto, é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Mais do que isso: a obtenção de respostas adequadas a Constituição implica o respeito à democracia. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão.⁷⁴

O juiz responsável é, nessa senda, aquele que se opõe ao juiz do sistema (que tem por missão declarar as injustiças da lei) e que compartilha do pensamento que recupera a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possíveis, já que texto e norma não são a mesma coisa.⁷⁵ Aceitam-se, pois, respostas distintas em razão da problemática trazida pelo caso, mas buscam-se respostas corretas de acordo com a Constituição, já que se reconhece que a diferença pode levar a respostas diferentes. Sucede que a Constituição é o elo entre o direito e a política, garantindo, porquanto, a democracia. Assim, é necessário um mínimo conjunto hermenêutico de princípios que devem ser respeitados e seguidos pelo intérprete, sempre com base na historicidade da compreensão e na sedimentação dessa principiologia. Estes, contudo, somente se revelam no momento da aplicação/interpretação do caso concreto, já que representam um contexto de significações históricas compartilhadas por determinada comunidade política.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou evidenciado, no quadro inaugurado com a Constituição de 1988, a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passaram a ser supridas pelo Judiciário. Essa possibilidade de atuação conferida no Estado Democrático de Direito não é, entretanto, *discricionária*, mas, sim, deve obedi-

⁷⁴ Ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability* hermenêutica. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica (STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 1, n. 1, julho/2010, p. 105).

⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 147-8.

ência à compatibilidade com o sentido da Constituição, quem lhe outorgou essa legitimidade para agir.

O *cavalo de Tróia* da mitologia greco-romana tem muito a ensinar sobre isso – Quase dez longos anos haviam se passado desde que principiara o cerco à cidade de Tróia. Quando o ânimo de nossos homens chegava ao ponto mais baixo, Ulisses, ao observar a fogueira, ouviu o relincho isolado de um dos cavalos presos no redil ali próximo acordou os demais, fazendo com que todo o acampamento ressoasse com aquele atordoante concerto equino e teve a idéia: construir um imenso cavalo de madeira, um cavalo oco, onde estariam guardados homens, armados até os dentes, para quando o cavalo fosse introduzido dentro das muralhas da sagrada Tróia. E, de fato, isso se sucedeu. Localizado o monumento e acreditando que os aqueus tinham ido embora, Príamo, rei dos teucros, ordenou, então, que fosse o mesmo transportado para dentro das sólidas muralhas da cidade, pois caso os gregos resolvessem retornar com mais homens e novos engenhos de guerra, não teriam a proteção de Minerva, para quem acreditavam a construção fora feita. Uma maravilha, um presente digno dos deuses! exclamava o povo, ajuntado em frente e ao alto das muralhas, despedindo um grande grito de espanto e admiração tão logo iam avistando-a. Entretanto, mal sabiam o que esse presente lhe reservava. As advertências de que o mesmo deveria ser queimado, pois ele seria a ruína, não foram ouvidas e ao cair na madrugada:

um rumor espantoso de armas e de gritos ergueu-se. Todos os homens arremessaram-se às portas escancaradas - que os homens de Ulisses já haviam aberto de par em par -, enquanto outra coluna gigantesca ia em direção à brecha da muralha, como uma onda negra e invencível que absolutamente nada poderia deter. Os soldados gregos entraram na cidade sem a menor cerimônia. Pequenos grupos de cem homens enveredaram em todas as direções, portando tochas, lanças e achas de dois gumes, prontos para abaterem qualquer coisa que quisesse lhes fazer frente. Os primeiros soldados troianos, pobres sentinelas abatidas pelo vinho, acordaram, ainda tontos, apenas para receberem em seus ventres o bronze afiado das espadas e das lanças inimigas. Outros, mais felizes, nem tinham tempo de acordar, sendo abatidos ainda deitados com o peso das achas que desabavam sobre seus corpos. As primeiras labaredas começaram a iluminar a noite, ofuscando a luz da lua. Pequenas casas e residências senhoriais ardiam já incontrolavelmente. Homens deixavam as casas, sem saber direito o que estava ocorrendo, para serem abatidos impietosamente, diante das esposas e dos filhos.⁷⁶

Enéias, atendendo ao comando de sua mãe Vênus, vendo que naquele local a morte era soberana, colocou o velho pai sobre ascostas e pela outra mão conduziu seu pequenino Iulo em meios às labaredas dos incêndios:— Vá, não volte os olhos para trás, pois aqui não há mais nada a ser feito! — disse adeusa,

⁷⁶ FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As 100 Melhores Histórias da Mitologia**: deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana. 9ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 364.

com ar severo. — O seu destino é reconstruir a sagrada Tróia em outras terras, muitodistantes daqui. Vá e cumpra sempre a sua missão.

Como ocorreu com a sagrada Tróia, vendo a destruição gerada no direito pelo apego ao paradigma da subjetividade, tem-se lutado incansavelmente (e aqui gostaria de ressaltar, em especial, o brilhante trabalho realizado em *terra brasílis* pelo jurista Lenio Luiz Streck) em efetuar uma crítica à discricionariedade e ao arbítrio, de modo que esse *cavala de Tróia* da modernidade seja reconhecido antes que ocorra a degradação completa dos (pré)compromissos. Há, pois, de ser superada a cisão sujeito/objeto, tributária da filosofia da consciência. Toda decisão judicial está inevitavelmente mergulhada no mundo histórico, por isso a resposta correta deve obediência à tradição autêntica. O direito deve ser estudado como fato e não valor, como alude o paradigma positivista, retirando-lhe qualquer perspectiva transformadora, necessidade patente no bojo de uma Constituição compromissória. O direito não pode aprisionar o ente que lhe diz respeito como um objeto a ser dominado, medido e quantificado e que, uma vez delimitado, implica o permanente enquadramento de todo acontecimento futuro dentro dos seus moldes. Decisões constitucionalmente adequadas devem levar em conta a questão da coerência, da integridade e o direito da parte de compreender os motivos que levaram o julgador a decidir contra ou a seu favor. A resposta correta, assim, evita decisões *ad hoc*, representando uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras, o que, no bojo do cenário vivenciado na modernidade, se deve, cada vez mais, lutar, sob pena da democracia ser abatida impiedosamente, como os homens de Tróia.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 4, 2006.

_____. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GIUSTI, Ernesto. Cardozo, Nathan Benjamin. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

GRAU, Eros Roberto. O Futuro do Direito. *In*: NUNES, António Joé Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **O Direito e o Futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT, 1996.

HECK, Philipp. **Interpretação das Leis e Jurisprudência dos Interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Vol. 1. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**: análise de uma *recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito**: o século XX. Trad. Luca Lamberti. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crises do estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, janeiro/abril 2010.

_____. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos de Bauru**, v. 43, n. 50, julho/dezembro 2008.

_____. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*)

entre texto e norma. *In*: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, maio/agosto 2003.

_____. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 1, n. 1, julho/2010

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 2, julho/dezembro 2009.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. *In*: MARMOR, Andrei (Org). **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.



COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÕES JUDICIAIS

*Vera Karam de Chueiri**
*Joanna Maria de Araújo Sampaio***

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar como as teorias de Ronald Dworkin e Klaus Günther são complementares e oferecem uma boa fundamentação para as decisões judiciais na resolução de casos difíceis. “Boa” no sentido da sua coerência e integridade, o que, por sua vez, resignifica a própria atuação do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional. Ambos autores argumentam que a aplicação do direito não se restringe à subsunção de um fato concreto a uma norma geral e abstrata. O papel do juiz é também o de construir e reconstruir o direito, por meio da sua aplicação com base em princípios. Neste sentido, ambos autores diferenciam a decisão judicial da decisão legislativa (aplicação e legislação), bem como, o tipo de argumento que as fundamentam.

Palavras-chave

Princípios. Coerência. Integridade.

Abstract

This article aims at showing how Ronald Dworkin’s and Klaus Günther’s theories are complementary and offer a good grounding for legal decisions, especially in hard cases. “Good” in the sense of its coherence and integrity which, on its turn, resignifies the task of the Judiciary, especially, constitutional courts. Both authors claim that the application of law does not constraint itself in subsuming a fact to a general and abstract standard. Judge’s role is also to construct and reconstruct the law by means of its application based on principles. In this sense, both authors distinguish legal decision from political decision (application and legislation), as well as the kind of argument on which they are based.

Key-words

Principles. Coherence. Integrity.

* Professora dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

** Mestre em direito pela UFPR. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar como as teorias de Ronald Dworkin e Klaus Günther são complementares e oferecem uma boa fundamentação para as decisões judiciais na resolução de casos difíceis. “Boa” no sentido da sua coerência e integridade, o que, por sua vez, resignifica a própria atuação do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional.

Ambos autores pressupõem que a aplicação do direito não se restringe à subsunção de um fato concreto a uma norma geral e abstrata. O papel do juiz é também o de construir e reconstruir o direito, por meio da sua aplicação com base em princípios. Entretanto, a aplicação do direito requer um tipo distinto de discurso, segundo Günther, relativamente ao da sua a justificação.

É certo que essa preocupação é precedida pela seguinte questão: *de que forma os atores coordenam entre si os seus planos de ação nas situações concretas.*

“(…) Em um processo de aplicação de normas morais, jurídicas e sociais, enfim, as situações especiais não idênticas, como concepção preliminar muito ingênua, são claros sinais de que a autocompreensão de uma sociedade muda constantemente.”¹

Tal coordenação exige dos atores a sua anuência sobre as razões para agir, ou seja, ela exige um comprometimento, uma perspectiva interna e, assim, requer não apenas uma dimensão de validade, mas, também, de aplicação. *Vista de uma perspectiva interna, a aplicação de normas aparece, por sua vez, como um processo cognitivo em que as razões desempenham igualmente um papel importante, mas são diferentes daquelas que se podem alegar para a validade de uma norma* (GÜNTHER, 2004, p, 21) A indefinição estrutural de situações, em face da impossibilidade de conhecermos todos os seus aspectos e de termos tempo suficiente para tanto, a experiência de contingência à qual, nós, modernos, fomos confrontados requer que distingamos entre fundamentação e aplicação de normas (morais e jurídicas). Para tanto, Günther recorre à ética do discurso² (HABERMAS, 1995, 19-111) a qual *contém a formulação mais clara de um ética cognitivista, na qual a validade de normas morais depende da qualidade da fundamentação.* (GÜNTHER, 2004, p. 32)

Neste sentido, afirma Habermas que a coisa certa a fazer em dadas circunstâncias não pode ser decidida por um único ato de justificação, mas requer um processo de argumentação que consiste em duas etapas, a da justificação e a da aplicação das normas. (HABERMAS, 1995, p. 36)

¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 20.

² A ética do discurso se funda na convicção de que a filosofia da consciência (Kant) tornou-se insuficiente para responder questões acerca das razões de agir, as quais exigem outro paradigma que é o da linguagem. A consciência e o pensamento são estruturados pela linguagem a qual, por sua vez, é intersubjetiva e determinada por processos públicos de interpretação. Habermas reconceitualiza as noções de autonomia e razão prática com o objetivo de reivindicar pretensões cognitivistas e universalistas da teoria moral de Kant dentro de uma moldura dialógica (CRONIN in HABERMAS, 1995, xiii)

Feito este brevíssimo excursão na ética do discurso retornamos a Günther e ao propósito deste artigo, qual seja, cotejar a sua teoria com a de Dworkin no sentido de que ambas se complementam e oferecem bons argumentos para a construção das decisões judiciais.

O argumento de aplicação das normas a que é dado, por exemplo o poder judiciário, pressupõe uma adequação e difere do argumento de justificação presente na elaboração das normas pelos poderes legislativo e executivo.

Entretanto, a aplicação do direito por parte do juiz deve ser fundamentada em argumentos de princípio – orientada para a garantia dos direitos individuais concretos no caso –, de maneira a não cair num ativismo tosco que ultrapasse as funções do judiciário e penetre o âmbito de atuação do legislativo e do executivo (os quais são legitimados democraticamente para tomar decisões baseadas no interesse coletivo). Dessa maneira, tanto Dworkin, quanto Günther colocam parâmetros nos quais o juiz deve se basear para fundamentar as suas decisões.

Tanto Dworkin quanto Günther referem-se à coerência como uma atributo essencial da fundamentação da decisão judicial. Dworkin, desde o *Taking Rights Seriously* até seu mais recente livro *Justice for Hedgehogs*, defende a idéia de que as decisões judiciais devam ser coerentes ao articularem determinada pretensão de direito com princípios e, assim, reconstruam o direito em cada caso, à sua melhor luz. Neste sentido é que decisões únicas e irrepetíveis (ao que poderíamos dizer, interna e externamente articuladas) compõem uma história, uma narrativa, como elos em uma corrente: *the chain of law*.

Enquanto Dworkin coloca a integridade no centro Günther, de maneira aproximada, enfatiza a coerência. Assim, as decisões judiciais devem corresponder a uma compreensão do direito, de maneira que com ele sejam coerentes ou íntegras. Ao juiz cabe proferir a melhor resposta de acordo com a integridade dos princípios (que são normas) compartilhados pela comunidade. Conforme Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 67)

“A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida (...), bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.”

Dessa maneira, iniciaremos com a exposição da teoria da argumentação de Günther, com a finalidade de demonstrar a distinção entre os argumentos de aplicação e os argumentos de justificação, e a seguir colocaremos a teoria da decisão judicial de Dworkin, com a finalidade de demonstrar a distinção entre os argumentos de princípio e os argumentos de política.

2. A DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTOS DE APLICAÇÃO E ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO NA TEORIA DE KLAUS GÜNTHER

I. A configuração do Princípio “U”

A teoria de Klaus Günther se baseia na idéia de que existem duas atividades distintas na concretização de uma norma. Uma se refere a um plano de validade da norma, no qual a norma é criada por meio de um discurso de justificação. A outra atividade é referente a um plano de aplicação da norma, no qual a norma é aplicada a um juízo particular por meio de um discurso de aplicação. Para rebater a tese de que as normas podem ser fundamentadas isoladamente, sem que sejam observadas as situações concretas de aplicação, Günther se baseia no princípio moral sugerido por Habermas para fundamentar sua ética do discurso, segundo o qual, as normas podem ser universalizadas (GÜNTHER, 2004, p. 35). Assim, demonstra que o princípio de universalização, chamado como princípio “U”, pressupõe situações de aplicação no momento de fundamentação das normas e que, por isso mesmo, fundamentar a validade de uma norma não pode prescindir das situações de sua aplicação. Grosso modo, a norma, para ser válida, deve ser elaborada “de modo que as respectivas conseqüências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos (...)” (GÜNTHER, 2004, p. 36; HABERMAS, 1999, p. 36-37)

Neste sentido, o princípio “U” “exige que se considerem as conseqüências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificação” (GÜNTHER, 2004, p. 59). O princípio “U” possui dois significados principais: todos os destinatários da norma a ser justificada devem observá-la e ela deve ser aplicada em todas as situações. O primeiro significado é simples, o objetivo do princípio é verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, desta maneira, o rol de destinatários que irão observá-la não pode ser reduzido. A segunda é mais complexa, pois para entendê-la é necessário analisarmos o que se quer dizer com uma aplicação geral da norma em todas as situações. (GÜNTHER, 2004, p. 60)

Uma norma nunca é aplicável a apenas um conjunto de situações iguais, a norma pode ser aplicada a inúmeras situações diferentes. É, justamente, a diversidade de situações de aplicação que dá a primeira condição de aferir a validade de uma norma. Por conseguinte, a expressão, contida no princípio “U”, “conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma”, não pode se referir a apenas algumas situações em que é possível aplicar a norma. Para que a norma seja válida, ela deve ser aceita por todos em todas as suas possíveis circunstâncias de aplicação. Ou seja, a universalização de normas não é, neste caso, igual à pretensão de uma generalidade indefinida das normas. Conforme Günther, citando Hare, (2004, p. 41) “sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto que universalidade é compatível com

especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais.”

Entretanto, as conseqüências e efeitos da observância da norma, em todas as situações, importam para aferir a validade da norma, na medida em que afetam os interesses de cada indivíduo. Para evitar que os interesses individuais sejam prejudicados pelos interesses de uma maioria, todos os participantes devem se colocar no lugar dos demais e assim verificar a intensidade de todos os interesses afetados. Por isso, não é possível se pensar na aplicação do princípio “U” de maneira monológica, “mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o mesmo direito de expor as suas necessidades” (GÜNTHER, 2004, p. 63) Dessa maneira, “U” preserva a imparcialidade na consideração dos interesses dos participantes, sem a necessidade de uma restrição artificial do conhecimento sobre interesses próprios ou alheios.

Os interesses a serem levados em consideração no momento de fundamentação de uma norma, de acordo com esta análise que estamos fazendo do princípio “U”, devem ser não apenas os interesses atuais e gerais dos participantes. Todos devem saber quais serão os seus interesses em todas as possíveis situações de aplicação da norma a ser justificada.

Günther (2004, p. 65) propõe uma “versão forte” de “U” que se coadune com essa interpretação dos significados do princípio de universalização proposto pela Ética do Discurso: “Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.”

Sob essa interpretação forte de “U” o problema da aplicação de uma norma desapareceria, pois todos os participantes, no momento da justificação de uma norma, já teriam previsto todas as suas possibilidades de aplicação. Dessa maneira,

“a ponderação de uma norma diante de todas as outras aplicáveis em uma situação já seria antecipada pela aplicação de “U” àquela norma. Neste caso não teríamos apenas decidido que a norma é válida, ou seja, que ela pode ser aceita por todos os afetados como a representação do seu interesse comum, mas inclusive que essa norma é também a adequada em cada situação individual passível de sua aplicação.” (GÜNTHER, 2004, p. 64)

Entretanto, essa versão forte do princípio “U” – que objetiva garantir o princípio de imparcialidade na aplicação de uma norma em todas as suas situações – pretende que todas as situações de aplicação da norma sejam previsíveis, o que não parece razoável. Ou seja, nosso saber não consegue abranger todos os casos de aplicação de uma norma e assim fazer coincidir o juízo de validade da norma com o juízo de adequação. Por isso, Habermas teria sublinhado uma versão mais fraca do princípio “U” (GÜNTHER, 2004, 66), de maneira que deveriam ser consideradas apenas aquelas situações e efeitos colaterais

que resultarem de maneira previsível da observância geral da norma. Assim, o princípio “U” estaria condicionado a uma referência de conhecimento e tempo. Neste sentido, Habermas (1999, p. 36) afirma:

“the principle of universalization must be formulated in such a way that it does not impose impossible demands; it must relieve participants in argumentation of the burden of talking into account the multitude of completely unforeseeable future situations in justifying norms”.

Isto, pois, a noção de imparcialidade não se exaure no plano da justificação. Neste, o seu significado é apenas especificado relativamente a um reconhecimento universal e recíproco.

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguem prever todas as situações de aplicação não significa que a idéia de validade não possuiria mais sentido. A validade da norma possui sentido na medida em que este problema de conhecimento limitado não impede que os participantes tenham o direito de analisar as vantagens e desvantagens que podem ser previstas. Desta maneira, a norma justificada de acordo com o princípio “U” representa um interesse comum, no momento presente e de acordo com o conhecimento possível. A observância geral de “U” não se refere a todas as situações previsíveis, mas apenas àquelas situações possíveis de prever no tempo atual.

Assim, Günther sugere uma “versão mais fraca” do princípio de universalização, na qual se desiste da intenção de conhecer antecipadamente todas as situações nas quais uma norma seja aplicável: “Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente.” (GÜNTHER, 2004, p. 67)

Segundo essa versão mais fraca do princípio de universalidade, no âmbito da validade, não é lícito questionar sobre de que maneira uma norma será aplicada em determinada situação, apenas deve-se questionar as consequências que previsivelmente teriam um impacto sobre os nossos interesses caso a norma seja aplicada. Dessa forma, a validade apenas se refere à questão de se a norma encontra-se dentro dos nossos interesses comuns.

Já no âmbito da adequação, será analisada apenas uma situação de aplicação e não todas as hipóteses possíveis. A adequação irá restringir a versão forte de “U” a uma única situação, na qual serão examinadas todas as características.

Poderia argumentar-se que sob o ponto de vista da versão mais fraca de “U”, a idéia de imparcialidade também se enfraqueceria. Entretanto, ambos planos, de adequação e de validade, representam uma determinada idéia de imparcialidade. No plano da validade, a imparcialidade aparece no sentido universal-recíproco, segundo o qual se exige que as consequências e os efeitos previsivelmente resultantes da observância geral da norma sejam aceitos por todos. Já no plano da adequação, a imparcialidade complementa-se ao aparecer em seu sentido aplicativo, de maneira que em cada uma das situações de

aplicação sejam consideradas todas as características.

É certo que não é possível que todas as características sejam verificadas, mas essa indefinição estrutural pode ter seus problemas reduzidos por meio de fundamentações racionais e de aplicações realizadas com sensibilidade. Para Günther (2004, p. 73), essa indefinição estrutural apenas “assumirá proporções catastróficas se, cegos, insistirmos na validade de uma norma e, pela emotividade passional de decisões existenciais últimas, tirarmos do nosso foco o problema da sua adequação.

II. O ideal da norma perfeita: validade e aplicação

O ideal de norma perfeita, segundo uma ética do discurso que tenha como base a aderência ao princípio de universalização numa formulação forte, é aquele em que cada um e todos os indivíduos aprovelem a norma, em todas as suas possíveis situações de aplicação.

Para que ela seja válida, as condições ideais da argumentação devem estar presentes: todos os destinatários da norma devem participar livremente e em condições de igualdade. Dessa maneira, assegura-se a reciprocidade universal da validade da norma. Parte das condições ideais também exige que os participantes disponham de um saber ilimitado e de um tempo infinito. Este pressuposto requer que os participantes consigam prever todas as consequências e efeitos que o seguimento geral da norma irá trazer em todos os possíveis casos de aplicação.

Uma norma que conseguisse abranger todas essas condições ideais argumentativas, de fato seria uma norma perfeita, pois a adequação de sua aplicação seria englobada pela sua validade. Todas as situações de aplicação já teriam sido consideradas no momento do discurso de fundamentação. Assim, os participantes saberiam que não haveria nenhuma situação em que o seguimento da norma pudesse lesionar um interesse geral.

Entretanto esse ideal de norma perfeita é problemático. Inicialmente, ele é totalmente irrealista, pois é impossível que os participantes de um discurso possam dispor de saber ilimitado e de tempo infinito. Para Günther, ainda há outro problema no âmbito conceitual, pois parece ser questionável a vinculação entre fundamentação e validade.

Günther dá exemplo de uma colisão entre duas normas válidas (GÜNTHER, 1995, p. 280)³: “as promessas devem ser cumpridas e ajudar ao próximo, se ele se encontrar em uma situação de necessidade.” Em ocasiões especiais, estas normas podem entrar em conflito e não será possível cumprir as duas ao mesmo tempo, embora isso não signifique que uma delas seja considerada inválida.

Muito diferente seria o caso de haver uma norma que previsse que “sempre que te proporcione uma vantagem, é permitido não manter uma promessa.” Enquanto que no primeiro caso, ambas as normas eram generalizáveis e por

³ Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 280.

isso não poderiam ser consideradas inválidas, no segundo caso, apenas uma das duas normas que entram em conflito é generalizável. Isso significa que para a resolução do primeiro tipo de colisão, não é relevante uma argumentação sobre a validade de uma norma.

Aqui se pode discernir dois tipos de conflitos que Günther (1995, p. 279) chama de colisões internas e colisões externas. As colisões internas seriam aquelas do segundo tipo de conflitos, elas afetariam a validade de uma norma – seria possível identificar a norma aplicável independentemente das situações reais de aplicação. Diferentemente, as colisões externas só podem ser resolvidas em situações de aplicação.

Se limitarmos o conceito de validade à reciprocidade da consideração de interesses em circunstâncias iguais, o conceito já não mais implicará a adequação da aplicação de uma norma em quaisquer circunstâncias. As normas válidas só seriam aplicáveis *prima facie*, quando colocadas frente a uma situação de aplicação. Dessa maneira, as situações iguais devem se completar com uma descrição íntegra que considere também as circunstâncias variáveis em cada situação.

O discurso de justificação não é capaz de atender a essa demanda das variáveis situações de aplicação. Por isso, seria necessário um outro tipo de discurso que Günther chama de aplicação”. Para os discursos de aplicação, as normas válidas constituem apenas razões *prima facie* para a justificação de enunciados normativos particulares. As razões só serão definitivas após passarem pela adequação por meio da consideração de todas as circunstâncias da situação.

Desta maneira, o ideal de norma perfeita é alcançado indiretamente. Apesar de, a princípio, não adotarmos uma versão forte do princípio “U” – pois não consideramos todas as hipóteses de aplicação no momento da fundamentação da norma –, o princípio “U” se torna forte ao anteciparmos, em cada situação de aplicação, todas as circunstâncias de um momento determinado.

Assim, nos momentos de colisão entre duas normas válidas generalizadas, não se trata de resolver o problema da validade das normas, mas sim de resolver o problema da adequação de uma norma aplicável *prima facie*. Os requisitos irrealis de saber ilimitado e tempo infinito para analisar todas as hipóteses de aplicação de uma norma são retirados do discurso de validade e retorna ao discurso de aplicação sob a forma real e possível da análise das circunstâncias de um momento determinado, com base em um saber limitado e um espaço de tempo limitado.

Considerar uma norma aplicável *prima facie* não significa que ela tem reduzida a sua normatividade. A reserva *prima facie* apenas significa que para uma justificação em um juízo particular, não basta que se afirme que é aplicável uma norma válida. Os participantes devem fundamentar a restrição ou suspensão de uma norma válida.

A aplicabilidade *prima facie* das normas válidas também não significa

que o discurso de validade seja um procedimento supérfluo e que as normas careçam de significado moral. Num discurso de validade, verificamos se uma norma é de nosso interesse comum, desta maneira, normas que entrem em conflito com o nosso interesse racional nem mesmo deveriam ser utilizadas como razão *prima facie* num discurso de aplicação. A superfluidade do discurso de validade significaria que não haveriam normas válidas a serem aplicadas de maneira geral ou *prima facie*, só haveriam normas *ad hoc*, válidas para apenas uma única situação. Assim, viveríamos numa sociedade em que não seria possível pressupor nenhuma norma válida com aplicação *prima facie*, a todo momento estaríamos sendo confrontados com situações novas para as quais não haveria nenhuma moral aplicável a princípio.

III. Coerência

Os discursos de aplicação pressupõem que as normas a serem utilizadas *prima facie* sejam consideradas válidas. Os participantes compartilham previamente um conjunto de razões tidas como válidas. O que ocorre é que nos discursos de aplicação, há uma mudança na perspectiva em que são analisadas as normas: não mais é questionada a validade da norma, agora analisa-se o conjunto da situação em que ela está inserida. Os participantes do discurso irão questionar a adequação da aplicação de uma norma que estaria, a princípio, apoiando um juízo particular.

Entretanto, para Günther (1995, p. 288), numa situação de aplicação, a visualização das normas que estão em colisão num juízo particular depende da escolha das características seletivas de nossa compreensão normativa. Para tanto, deve ser observado o princípio de consideração de todas as características de uma situação, inclusive a própria interpretação normativa. Entretanto, tendo em vista que as demais normas do sistema formam parte de nossa interpretação da situação a ser aplicada, sempre temos uma pré-compreensão das situações relevantes para a interpretação de uma norma. Para que não haja uma escolha arbitrária das características situacionais, a adequação de uma norma exige que a seletividade da interpretação seja justificada nos discursos de aplicação.

Uma interpretação coerente cumpriria o pressuposto da justificação da seletividade nos discursos de aplicação. Enquanto alguns autores como Alexy solucionam o problema da justificação por meio da ponderação entre os interesses relevantes, Günther afirma que apenas valores ou bens poderiam ser “medidos” por meio de uma ponderação e não normas e princípios. A interpretação coerente, por sua vez, forneceria como resultado de uma colisão de normas *prima facie*, a melhor teoria dos princípios aplicáveis. Essa teoria seria um esgotamento ótimo do sentido normativo dos princípios, levando em consideração todas as circunstâncias.

Günther pressupõe, contrafácticamente, que as normas válidas formam

um sistema coerente ideal que fornecerá sempre uma resposta correta. Os discursos de aplicação, são, desta maneira, um procedimento com o qual se pretende alcançar essa pretensão contrafáctica de um sistema coerente ideal. Entretanto, numa situação fática, não é possível alcançar esse sistema coerente de todas as normas.

Nas situações de aplicação, cada norma válida precisará ser complementada por todas as outras normas aplicáveis numa situação, por isso, em cada nova situação o significado de uma norma válida vai se alterar. A história está constantemente produzindo situações imprevisíveis, nas quais sempre será imposta uma interpretação diferente do conjunto de normas consideradas válidas.

Entretanto, o discurso de aplicação não é isento de parcialidade. Ao tentarmos resolver um conflito entre princípios que não formam um conjunto ordenado, somos influenciados por paradigmas provenientes do nosso arcabouço cultural e experiencial. Esses paradigmas, por serem fontes de preconceitos e valorações erradas da realidade, minam a aplicação das normas válidas de imparcialidade e unilateralidade.

Para impedir que esses paradigmas não nos leve a valorar erroneamente a situação, Günther afirma que eles devem ser constantemente criticáveis sob o duplo aspecto da idéia de imparcialidade: com respeito à validade das normas particulares e com respeito à relação de coerências entre as normas particulares. Assim, os paradigmas devem ser criticados se interferem na reciprocidade da consideração dos interesses (âmbito da validade) ou se a descrição da situação em que a norma é inserida não é compatível com a descrição completa da situação (âmbito da aplicação).

Assim, como Habermas e Günther, Dworkin parte e uma perspectiva kantiana renovada. Acertadamente afirmam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011, p. 113): "(...) Dworkin, assim como Habermas e Günther, relê essa perspectiva kantiana das normas levando em consideração a dimensão de aplicação normativa-especialmente do direito- como distinta da tarefa de fundamentação." Arriscaríamos afirmar que o momento da aplicação e os sentidos que ela exige na construção dos argumentos que o direito deve fornecer (a decisão não é escolha do aplicador) é central na filosofia do direito de Dworkin.

3. A DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTOS DE POLÍTICA E ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

I. Teoria das decisões judiciais

Agora passamos a analisar a teoria de Ronald Dworkin em relação às decisões judiciais e em como elas, por sua natureza, necessitam de uma fundamentação diferenciada das decisões dos poderes legislativo e executivo.

Dworkin elabora uma teoria das decisões judiciais com o foco naqueles casos em que haja uma colisão entre princípios válidos, para os quais não haja uma resposta baseada na simples subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata, ou seja, para os chamados “casos difíceis” (DWORKIN, 2005, p. 10)⁴.

Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico, especialmente o de Hart, fornece nos casos difíceis. Para o positivismo jurídico, nos casos difíceis o juiz teria um “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Isso significa que o juiz poderia legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso.

Para o positivismo jurídico de Hart, existiriam áreas do direito nas quais o legislativo não conseguiria regular de maneira a esgotar as hipóteses da realidade. Isto, pois, na esteira do “segundo”, Wittgenstein, o das *Investigações Filosóficas*, Hart reconhece na linguagem do direito o sentido aberto das expressões, a gerar enunciados vagos ou ambíguos que em face da sua indeterminação só podem ser aplicados, discricionariamente, pelo juiz. Assim, em face da chamada textura aberta do direito, (HART, 1986, p. 148) no caso em que não há uma regra apropriada (pois vaga ou ambígua) o juiz deveria “criar o direito” e aplicá-lo retroativamente ao caso. Essa resposta do positivismo jurídico de Hart para a decisão judicial, especialmente em relação aos chamados casos difíceis, é questionada por Dworkin.

Para Dworkin, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis. Isso não significa que a teoria de Dworkin fornece um procedimento mecânico que demonstre quais sejam os direitos das partes nos casos difíceis, pois ele pressupõe que juízes irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos. Para tanto ele identifica outros *standards* que não se esgotam no sistema das regras jurídicas e que servem à decisão judicial: os princípios.

Neste sentido, Dworkin estabelece uma distinção fundamental entre regras e princípios e, em relação a estes *standards*, ele agrega e distingue as *policies*. A partir desta distinção ele não só reitera sua crítica ao positivismo de Hart como refuta teorias decisão judicial que colocam a aplicação à sombra da legislação.

Como regra, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. Como isso nem sempre é possível, os juízes, na perspectiva de Hart, devem então criar um novo direito - de maneira dissimulada ou explícita - como se fossem delegados do poder legislativo. A subordinação é profunda, pois os juízes devem criar leis da mesma natureza que levariam a instituição superior a criar, se estivesse agindo por iniciativa própria. Os juízes atuariam então como um segundo poder legislativo. Essa concepção não leva em consideração a distinção entre princípios, *policies* e regras.

Os princípios são normas cuja observação é uma exigência de justiça

⁴ Casos difíceis ou controversos seriam aqueles “casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”.

ou equidade ou alguma outra dimensão da moral e tem uma dimensão de peso ou importância que as regras não tem, na medida em que se aplicam ou não se aplicam. As *policies* são um tipo de norma que estabelece algum fim ou objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. Segundo Dworkin, essa distinção entre princípios, *policies* e regras é lógica e fundamental na construção dos argumentos da decisão. Neste sentido, os argumentos de política justificam uma decisão ao mostrar que esta protege algum objetivo coletivo da comunidade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita e garante um direito fundamental, seja de um indivíduo ou de um grupo.

A justificação de um programa legislativo, normalmente exige os dois tipos de argumento. Se os tribunais agissem como legisladores poderiam também justificar suas decisões de ambas maneiras. Já nas decisões de casos difíceis em que se demandam direitos, apesar de parecer que ambos argumentos seriam aceitáveis, Dworkin afirma que apenas os de princípio seriam adequados.⁵

Conforme Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 58)

“a diferenciação *interna* ao direito entre *direitos* e *políticas*, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos *argumentos de princípios*, que remetem aos *conteúdos* morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos. É o Legislativo, assim, a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, a serem incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada, dado o papel de *firewall* atribuído aos direitos fundamentais, com sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico”.

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito (CHUEIRI, 2006, p. 181). Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo (HABERMAS, 2003, p. 257). O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

⁵ Dworkin cita o caso do *Spartan Steel*, no qual os empregados da *Martin & Co.* romperam um cabo elétrico de uma empresa que fornecia energia à *Spartan Steel* e o tribunal deveria decidir se o demandado, por uma atuação negligente, teria o dever indenizar o dano causados à demandante. Neste caso, uma questão de princípio seria se o tribunal chegasse a uma decisão perguntando se o demandante tinha direito a uma indenização e uma questão de política seria se o tribunal se perguntasse se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes daquela forma. (DWORKIN, 2010, p. 132).

Dworkin compromete a política com a moral na medida em que não acredita na existência de um contrato social original que deve nortear a atuação dos governantes. Para o autor, estes devem ter sua atuação política baseada em padrões éticos (GUEST, 1991, p.7) O dever de igual consideração que os governantes devem ter ao criar as leis e elaborarem políticas públicas não deriva de um acordo ou consenso social, mas de valores éticos. Os governantes possuem liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.(DWORKIN, 2005, p. XIV – XV)

Esse comprometimento da política com a moral gera uma conseqüente politização do judiciário no sentido de fazer cumprir os direitos dos quais os cidadãos são possuidores. Para Dworkin, os cidadãos possuem direitos que devem ser garantidos, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. É neste sentido que ele age moral e politicamente.

A concepção de Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrada nos direitos dos cidadãos. De acordo com essa concepção, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individual ou coletivamente.

Essa imposição de direitos pelo judiciário não seria arbitrária, ilegítima ou anti-democrática. Ao contrário ela pertence à idéia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando garante direitos que de outra maneira não seriam garantidos, por exemplo, a indivíduos ou grupos socialmente vulneráveis.

A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que irá efetivar os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem atuações complementares, deverão ser fundamentadas diferentemente.

Nesse sentido a teoria das decisões judiciais de Dworkin se complementa com a teoria da argumentação jurídica de Günther. É possível aproximar ambos autores no sentido das normas jurídicas possuem dois planos: um plano de validade e um plano de adequação, ou seja, um momento de criação das normas e um momento de aplicação das normas já pressupostas válidas, mas que ainda necessitam de concretização.

No plano de criação de normas (para o qual os poderes legislativo e executivo são competentes por serem democraticamente legitimados pela sociedade), a argumentação deve ser de justificação, para Günther, ou de política,

para Dworkin. Já no plano de concretização (para o qual o poder Judiciário é legitimado, de maneira a suprir a escassez de tempo e de conhecimento para a elaboração de uma norma ideal no plano anterior) os argumentos devem ser de aplicação, para Günther, ou de princípio para Dworkin.

Dessa maneira, a efetivação da norma não se extingue com a sua elaboração. A criação da norma é apenas o início do processo de efetivação da norma. Por razões de tempo limitado e conhecimento finito, no momento da sua criação, os participantes não conseguem prever todas as possíveis aplicações de uma norma, por isso é necessário que o judiciário, por meio de um discurso de aplicação, adéque a norma abstrata à situação em que ela está inserida.

O juiz é, então, parte de um processo de criação do Direito. Por isso ele não é mero reprodutor do direito criado pelo legislativo. A aplicação de uma norma é um trabalho de criação e recriação constante do direito.

Entretanto, tanto para Dworkin quanto para Günther, essa “originalidade” do judiciário não pode ser feita arbitrariamente. Deve haver uma racionalidade própria das decisões de aplicação do Direito.

Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada. Assim, ele condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas certas.

Em relação às políticas, esta doutrina é relativamente fraca, pois as políticas são agregativas na sua influência em decisões políticas. Já no caso dos argumentos de princípios, há a exigência de que o princípio utilizado seja compatível com as decisões anteriores e com decisões futuras hipotéticas.

Para dar uma idéia mais concreta de como funcionaria uma decisão de acordo com princípios, Dworkin dá o exemplo de uma decisão tomada com base num sistema de regras mais simples que o sistema jurídico: o jogo de xadrez (DWORKIN, 2010, p. 158).

Diversos tipos de instituições possuem direitos (institucionais). No xadrez os direitos institucionais são instituídos por regras constitutivas e reguladoras que caracterizam o jogo, sem que sejam necessárias considerações sobre a moralidade geral. Nesse sentido, o xadrez é uma instituição autônoma.

A legislação não é totalmente autônoma, pois existem regras constitutivas e reguladoras especiais, mas elas não são suficientes para determinar um direito institucional sem recorrer à moralidade política.

Mesmo no caso de instituições autônomas, como o xadrez, é possível haver casos difíceis em que seja necessária a interpretação de uma regra antes de aplicá-la. Por exemplo, um torneio de xadrez possui uma regra que impõe uma penalidade a um jogador que esteja irritando de maneira não razoável o outro durante a partida. Seria possível aplicar a penalidade a um jogador que

estivesse sorrindo de maneira contínua para seu adversário?

Neste caso, não se pode pensar que o árbitro seja livre para legislar discricionariamente. Entre uma decisão que protege a natureza do jogo, e outra que não, os participantes têm direito à primeira interpretação. A natureza do jogo é um “conceito contestado”, pois admite diferentes concepções, e o árbitro deve então construir a natureza do jogo. Isso porque, um jogador concorda não só com o conjunto das regras do jogo, mas com um empreendimento como um todo.

Dworkin então cria Hércules, um juiz com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, para examinar como poderiam ser desenvolvidas teorias sobre o que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, da mesma maneira que um árbitro construiria as características de um jogo.

Para responder a um caso difícil, Hércules deverá fazer uma série de perguntas. Dworkin dá o exemplo da validade de uma lei que assegura o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais em face de uma cláusula constitucional que determine que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião (DWORKIN, 2010, p.165).

Ele começa se perguntando por que a Constituição tem o direito de criar ou extinguir direitos. A sua resposta seria a de que a Constituição estabeleceria um sistema político geral que é justo o suficiente para que o aceitemos por razões de equidade.

Após, Hércules deve questionar-se qual o sistema principiológico estabelecido por esta Constituição, isto é, ele deve elaborar uma teoria constitucional. Ocorre que mais de uma teoria pode adequar-se à disposição específica a respeito da religião, então Hércules deve analisar qual das teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo.

Entretanto, essa teoria ainda será insuficientemente concreta para decidir certos casos, pode não conseguir excluir uma das várias concepções de liberdade religiosa. Então Hércules deverá decidir qual concepção de liberdade religiosa é a mais satisfatória da idéia geral de liberdade religiosa.

Os casos difíceis também podem envolver a aplicação de uma lei cujos termos são amplos o bastante para aplicá-la ou não em um determinado caso. Para tanto, Hércules teria que construir, não uma hipótese a respeito da intenção dos legisladores, mas uma teoria política que justifique melhor essa lei do que qualquer outra teoria.

A atuação de Hércules não é uma continuação da atividade do legislativo. A atividade legislativa é um evento contestado. Os termos de uma lei estipulam um limite de interpretação, pois o poder legislativo não tem o dever de se ajustar a uma concepção política em especial. Assim, é possível que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem que foi utilizada e não até um ponto indeterminado.

Os legisladores possuem pouca exigência quanto à coerência dos argumentos de política, nem uma necessidade de justificar sua atuação de acordo com a atuação de

outros legisladores, pois não existe uma exigência de equidade no atendimento de metas coletivas. O governo pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional.

De maneira diferente, o juiz dificilmente irá demonstrar independência em relação às demais decisões, ele normalmente irá buscar uma coerência entre a sua decisão e decisões anteriores. A força gravitacional do precedente se dá devido à equidade, em tratar os casos semelhantes da mesma maneira. O precedente não se limita pela forma lingüística que ele contém e sim à extensão dos seus argumentos de princípio – uma decisão anterior baseada num argumento de política não possui força gravitacional alguma.

Não basta que Hércules utilize um precedente análogo ao caso que seja embasado num argumento de princípio. Hércules deve descobrir um esquema de princípios que se ajustam não só ao precedente específico, mas a todas as outras decisões da sua jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Isso deve ocorrer, pois apesar do direito não ser uma teia íntegra de decisões, o demandante tem o direito a que um juiz o trate como se assim fosse.

A justificação deve abranger tanto a ordenação vertical (que nos Estados Unidos seria: a estrutura constitucional, as decisões da Suprema Corte, as leis e as decisões dos tribunais), quanto a horizontal (que significa que as decisões de um nível devem ser consistentes com as outras decisões no mesmo nível).

Isso não impede que as convicções intelectuais e filosóficas do juiz não apareçam, mas elas não devem ter nenhuma força independente na justificação.

Apesar do juiz ser Hércules, ele será incapaz de encontrar um conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. Hércules deve então ampliar sua teoria de maneira a incluir a idéia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco.

Assim, deve desenvolver uma teoria dos erros institucionais. A teoria deve fazer algumas distinções. Deve distinguir entre a autoridade específica de um evento e a sua força gravitacional, de maneira que o erro dirá respeito apenas à força gravitacional e não à sua autoridade específica. Também deve distinguir entre erros enraizados (aqueles cuja autoridade específica está tão estabelecida que sobrevive à perda da sua força gravitacional) e erros passíveis de correção (aqueles cuja autoridade depende da força gravitacional e assim não pode sobreviver à sua perda).

A lei considerada como erro perderá sua força gravitacional, mas não a sua autoridade específica, não podendo ser revogada. Já se uma decisão judicial for considerada como erro, ela perderá sua força gravitacional, apesar da doutrina estrita preservar a autoridade específica de tal decisão, ela se transformará, como afirma o juiz Frankfurter, em “destroços de um naufrágio jurídico” (DWORKIN, 2010, p. 190)

Desta maneira, a originalidade do juiz, não é ligada a um ativismo judicial sem limites. O juiz, em casos difíceis, pode e deve recriar o direito apenas

na medida em que se basear num argumento de princípio, de maneira que a sua decisão seja a mais coerente com todo o sistema normativo em o princípio deve ser aplicado. Isso porque, para Dworkin, o direito deve ser íntegro. Nesse sentido a idéia da coerência que vimos na teoria de Günther se aproxima da idéia de Dworkin de integridade, que veremos a seguir.

II. Integridade

Para compreender melhor a teoria da decisão de Dworkin se faz necessário analisar o significado da sua concepção de direito como integridade.

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.

Para Dworkin a integridade pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade. Em outras palavras, ela vincula o privado e o público. As normas não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As normas devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais (DWORKIN, 2007, p. 230).

Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais.

A integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, significa que os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a “comunidade personificada” (DWORKIN, 2007, p. 271-272). Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o

que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

Para compreender a sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele o direito como integridade pode ser exemplificado por um romance em cadeia, no qual vários autores escrevem uma obra em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito por aqueles que lhes antecederam, quanto ao que será escrito pelos futuros romancistas. Portanto, ao continuar a “obra” do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isso Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado, mas se não se perceber os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos não desejados.

Mesmo admitindo que tal romance provavelmente ficará ruim, Dworkin afirma que, apesar de terem essa consciência, o dever dos autores é escrevê-lo da melhor maneira possível, devendo o romance possuir ao menos um mínimo de coerência. Isto é, deve atender a certos critérios estéticos que garantam essa coerência e o tornem o melhor exemplo do gênero.

Os juízes ao decidirem um caso com base em princípio, deverão fazê-lo de maneira que aquela decisão se articule com as decisões anteriores e sirva de parâmetro para outras futuras. Mas isso não quer dizer que os juízes devam se fechar nos precedentes: “O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam” (CHUEIRI, 1995, p. 130).

Pois bem, os juízes, nos casos difíceis, não irão decidir discricionariamente, da maneira que entenderem melhor. A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática. O juiz “deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir.” (DWORKIN, 2007, p. 308)

Por fim, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de decisão judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

4. CONCLUSÃO

Conforme foi abordado acima, as teoria de Klaus Günther e de Ronald Dworkin se complementam. Ao distinguir os discursos de justificação dos discursos de aplicação, Günther provê uma fundamentação da teoria de Dworkin das decisões judiciais.

Para Dworkin, uma decisão judicial deve sempre se fundamentar num argumento de princípio, e nunca num argumento de política para não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos. Apesar dos juízes não serem meros delegados do poder legislativo, a sua atuação não deve ir além dos limites de um órgão que não foi eleito pelo povo para atuar como seu representante. Sua atuação é contramajoritária e por isso deve agir dentro dos limites dos princípios estabelecidos pela comunidade de princípios.

Apesar da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política ser importante para delimitar o poder do judiciário no seu papel de garantidor dos direitos individuais e co-criador do direito, a função do judiciário se distingue das funções do legislativo e do executivo por um motivo ainda mais profundo. A atividade do judiciário possui uma racionalidade prática diferente da atividade dos órgãos eleitos majoritariamente. Nesta oportunidade, a teoria da argumentação de Klaus Günther complementa a teoria de Dworkin, pois demonstra que há uma diferença estrutural entre ambas atividades.

Para Günther, os discursos de aplicação são distintos dos discursos de justificação. No plano da validade de uma norma, a norma é justificada de acordo com os interesses gerais dos destinatários da norma. Nesse plano não é possível verificar todas as situações em que a norma a ser justificada será aplicada, por isso, é necessária a existência de um plano de adequação, que irá aplicar as normas de maneira coerente. A racionalidade na aplicação se difere da justificação, pois enquanto nesta são analisadas apenas as situações previsíveis de acordo com os interesses comuns, naquela é analisada uma determinada situação com todas as suas características de maneira coerente com o sistema.

Enquanto Günther explora a coerência das decisões de aplicação, de maneira similar, Dworkin explora a sua integridade. Para ambos, as decisões de aplicação devem se fundamentar na coerência ou na integridade do ordenamento jurídico, de maneira que o juiz deve alcançar a melhor decisão para uma determinada situação. A melhor decisão será aquela orientada por princípios e nunca por políticas, respeitando, assim, a racionalidade de uma decisão de aplicação.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. **Revista do Tribunal de Contas – MG**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

_____. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

_____. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.

_____, Vera Karam de. **Before the law: philosophy and literature**. Michigan: Proquest, UMI, 2006.

CARVALHO, Lucas Borges. **Jurisdição constitucional e democracia. Integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Um conceito normativo de coerência para uma teoria de la argumentación jurídica**. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ªed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KOZICKI, KATYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

NETTO, Menelick de Carvalho, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Belo Horizonte: Forum, 2011.

DOUTRINA ESTRANGEIRA



LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROTECTION ENVIRONNEMENTALE LE PROBLÈME DE LA BIODIVERSITÉ¹

Max Falque**

Resumé: Cette étude analyse le débat sur le rôle des droits de propriété dans la gestion des ressources environnementales, y compris la protection de la biodiversité.

Mots-clé: Economie. Droits de propriété. Ressources naturelles. Biodiversité.

Resumo: O presente artigo analisa o debate sobre o papel do direito de propriedade na gestão dos recursos naturais, incluindo a proteção na biodiversidade.

Palavras-chave: Economia. Direito de propriedade. Recursos Naturais. Biodiversidade

1. LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ: UN CONCEPT ET UNE RÉALITÉ COMPLEXES

La biodiversité est définie comme « *La variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes.* » Article.2 de la Convention sur la diversité biologique, 1992

Malgré la complexité de cette définition, chacun perçoit l'importance et la vulnérabilité de la biodiversité face à la démographie et à la technologie.

Certes on peut s'interroger sur la réalité des atteintes à la biodiversité dans la mesure où l'inventaire des espèces est très approximatif et incomplet. On estime en effet que seulement 1,7 millions d'espèces sont identifiées à ce jour alors que la terre en recèlerait 13,6.³ Pour autant on pense que le taux de

¹ Article publié dans Sociétal 2011 n° 71 www.societal.fr

** Délégué général de l'ICREI www.icrei.org

³ Ces chiffres ont été avancés par l'OCDE en 2002 dans le document « Manuel d'Evaluation de la biodiversité » (p.42). Ils sont curieusement fort différents de ceux de l'OCDE de 2005 « Manuel pour la création de marchés de la biodiversité » qui avance (p. 21) « Puisque le nombre d'espèces

perte menace la biodiversité globale. En effet, la perte d'une espèce a des conséquences pour l'intégrité de l'écosystème dans son ensemble. La variété en soi est donc importante. La biodiversité est la caractéristique de l'écosystème qui fait que l'ensemble est bien plus important que la somme de ses composantes : l'écosystème ne se résume pas à la somme des espèces qu'il abrite.

Outre les préoccupations morales sur le devoir de l'humanité de sauvegarder la Nature, nous devons nous interroger sur les conséquences économiques d'une disparition des espèces.

L'économie a pour fonction de gérer la rareté. Elle a donc pour mission d'attribuer une valeur aux ressources environnementales. Or les relations d'interdépendance des éléments de la biodiversité rendent difficile cette attribution. Il faut en effet pour cela pouvoir attribuer une valeur à la synergie qui existe entre les espèces de façon à rendre compte de leur rareté relative.

Au delà des incertitudes méthodologiques nous retiendrons que protéger la biodiversité présente des avantages évidents :

- maintien ou augmentation de la productivité des terres agricoles ;
- conservation d'espèces et d'écosystèmes dont les avantages potentiels restent encore à découvrir ;
- protection contre les mutations des agents pathogènes dans la mesure où la diversité génétique permet de prévenir l'apparition de « super-pathogènes » aux conséquences catastrophiques ;
- services écosystémiques dans la mesure où la biodiversité contribue à l'économie par de nombreuses fonctions auxquelles aucun prix n'est actuellement attaché mais dont le remplacement serait coûteux ;
- fonction esthétique voire morale.

2. LA BIODIVERSITÉ DÉPEND DES ESPACES TERRESTRES ET MARINS

La protection et la gestion de la biodiversité sont difficiles voire impossibles si on ne part pas du constat de son inféodation à l'espace terrestre et marin. En pratique, c'est la maîtrise de ces milieux qui est constituée le meilleur outil.

A ce stade, nous devons remarquer que si l'espace terrestre est bien connu et le plus souvent fait l'objet de différentes formes d'appropriation, il n'en est pas de même pour l'espace marin qui couvre pourtant plus de 70% de la surface de notre planète. Cette masse liquide, réputée contenir l'essentiel de la biodiversité, est non seulement mal connue mais encore pratiquement en

existantes n'est pas connu (on a pu en inventorier à peine plus d'un million, mais il pourrait en exister de 3 à 100 millions) il n'est pas facile d'estimer combien d'entre elles sont en passe de disparaître»

situation de libre accès⁴

Pour ce qui est de l'espace terrestre, le problème central est de savoir comment en maîtriser l'usage pour sauvegarder la biodiversité. Deux types de solutions sont possibles : la réglementation publique, (« *command and control* »), et les droits de propriété.

La réglementation est souvent considérée comme la solution la plus directe, la moins coûteuse, pourvu qu'elle puisse être mise en œuvre dans le cadre d'un Etat de droit. En effet les biens et services liés à la biodiversité présentent souvent des caractéristiques de ce que les économistes appellent les « biens publics » qui par définition sont dits ni rivaux ni excluables. Le « *command and control* » a pourtant fait preuve de ses limites en raison de la politisation des choix et de l'inefficacité des bureaucraties dont, selon la théorie des choix publics, l'objectif est moins la protection de la biodiversité que l'accroissement de leur budgets⁵.

Depuis les années 1980 a été explorée la possibilité de recourir aux mécanismes de marché pour sauvegarder les ressources environnementales⁶, même si cette vision est loin de rallier l'opinion des milieux environnementaux : ONG, pouvoirs publics, partis politiques et paradoxalement milieux économiques, pour diverses raisons défendent le statu quo et le paradigme dominant du recours à la réglementation⁷.

Pourtant l'utilisation des marchés a été proposée dès la signature de la Convention pour la diversité biologique en 1992 « *La création et la promotion de marchés pour les produits dérivés de la biodiversité crée des incitations importantes et indirectes pour la protection et l'usage durable des éléments de la biodiversité. Entre*

⁴ « Les progrès du génie biomoléculaire permettent d'espérer de pouvoir utiliser des gènes provenant d'espèces du milieu marin. Non seulement pour l'amélioration des élevages aquacoles mais, surtout, pour la fabrication de médicaments ou de procédés industriels nouveaux grâce aux découvertes de gènes aux propriétés prometteuses dans les écosystèmes marins » (G. Proutière-Maulion et J.-P. Beurrier (Courrier de la Planète 2008). Par ailleurs le concept de cadastre marin, préalable indispensable à l'identification des multiples ayants droits sur le domaine public maritime est tout à fait récent (voir Falque et Boissery 2009).

⁵ « Compte tenu de leurs incitations, les bureaucrates ont tendance à favoriser, et donc subventionner, l'utilisation qui accroissent ou protègent leurs budgets et leur influence politique, sans considérer le gaspillage économique ou la destruction de l'environnement. Même si cela n'est pas vrai et si les administrations s'efforcent de maximiser à la fois les valeurs économiques et environnementales en matière de gestion des ressources, on peut douter, notamment face à l'effondrement du socialisme, qu'une administration quelconque puisse mesurer, simuler, prévoir et planifier à des fins à la fois économiques et écologiques » (D. Cole 1999). Voir aussi article M. Falque in *Sociétal* n° 59, 2008, p.49 concernant les effets pervers des actions de la puissance publique sur l'environnement.

⁶ Les Conférences Internationales ICREI www.icrei.org d'Aix en Provence « Droits de propriété, économie et environnement » ont successivement examiné les principes (1996), l'eau (1998), les ressources marines (2000), le littoral (2002), les déchets (2004), le foncier (2006), le changement climatique (2008) et biodiversité (2010)

⁷ La lecture du programme environnemental « Blueprint for a green economy » (2007) des « Conservatives » britanniques est à cet égard éclairant. Il en est de même pour le « Grenelle de l'Environnement »

autres exemple les quotas individuels transférables de pêche et autres mécanismes fondés sur les droits de propriété, la prospection de la biodiversité et la commercialisation des plantes médicinales et autres produits associés à la biodiversité, y compris la possibilité de label écologique et de certification ».

La justesse de cette vision s'appuie sur le fait que « la création de marchés est efficace car c'est la méthode la plus directe et potentiellement la moins onéreuse pour résoudre le problème du déclin de la biodiversité. Dans beaucoup de cas, elle exige seulement que les décideurs analysent les imperfections qui entravent le cas échéant l'attribution d'une valeur correcte et empêchent qu'une ressource de la biodiversité soit échangée sans difficulté sur le marché » (OCDE, 2005)

On peut s'interroger sur les raisons d'une telle conversion des promoteurs de la Convention aux vertus du marché.

Une première explication est que leur réflexion a débuté dans les années 1980 au moment où l'efficacité de la réglementation commençait à être mise en cause⁸.

Une autre raison est que la biodiversité physique n'est pas un objet clairement identifié mais plutôt un système complexe de relations qui doit être géré par plusieurs personnes ou groupes de personnes. Dans ces conditions la définition de périmètres, de zones, de normes..., outils traditionnels de la réglementation, paraît mal adaptée.

Mais si le problème central est de susciter la création de marchés et de faciliter leur fonctionnement, il faut reconnaître que ceux-ci ne peuvent exister que s'il existe préalablement des droits de propriété à échanger.

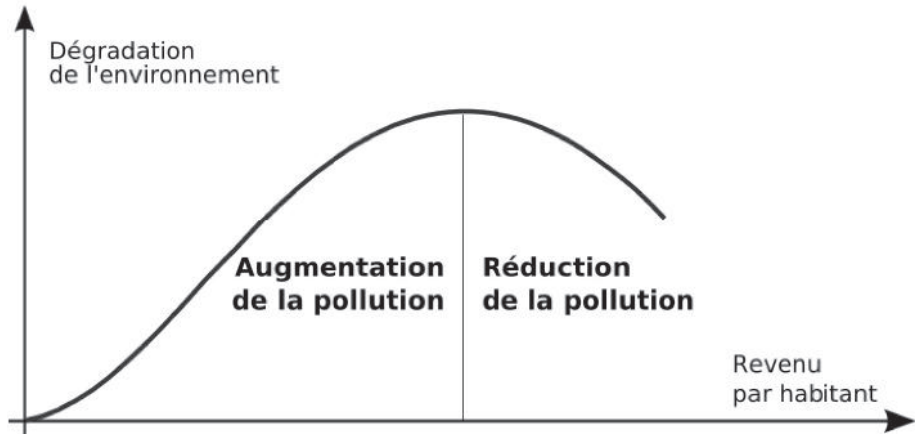
Or si le recours aux instruments économiques et notamment au marché a fait l'objet de nombreuses publications théoriques et d'expériences plus ou moins réussies, les possibilités offertes par la gestion des droits de propriété qui sous-tendent les marchés sont largement ignorées. En effet l'influence du présupposé selon lequel la propriété est contraire à la gestion environnementale a souvent valeur de dogme. En outre alors que l'analyse économique était très active, les juristes se sont peu intéressés à l'évolution des droits de propriété en fonction des nouvelles contraintes environnementales⁹.

3. LA PROPRIÉTÉ SOURCE DE PROSPÉRITÉ ÉCONOMIQUE ET ENVIRONNEMENTALE

⁸ Les réflexions théoriques de Coase (1961), Dales (1968), Demsetz (1967), Hardin (1968) et Ostrom (1985) ont commencées à être traduites en propositions de politiques publiques par plusieurs think tanks (PERC, CEI, FREE, IASCP....) et chercheurs tels J. Baden, T. Anderson, R. Stroup, R. Smith, R.J. Smith... à partir du milieu des années 1980.

⁹ H. De Soto (2005, p.242) remarque « En théorie, la communauté des juristes devrait être favorable à la réforme, qui étendra le champ d'application du droit....terroristes exceptés, aucun groupe n'est mirux placé pour saboter l'extension du capitalisme, et les juristes savent le faire en toute légalité »

Il est maintenant reconnu qu'il existe une relation entre prospérité économique et qualité environnementale illustrée par la courbe environnementale de Kuznetz. Autrement dit, d'une façon générale, si la croissance économique entraîne d'abord une dégradation de l'environnement, la courbe s'inverse dès que l'on passe de la pauvreté à l'abondance.



Dés lors le problème de la protection de l'environnement est aussi celui de la prospérité économique.

Or précisément « *il existe une relation fondamentale entre droits de propriété et le développement économique d'un pays. La croissance économique d'un pays est fondée sur un système solide de droits de propriété privés qui garantit la protection de la propriété privée et la reconnaissance des droits de propriété intellectuels* »¹⁰

Hernando de Soto a remarquablement décrit dans « *Le mystère du capital* »¹¹ le rôle central des droits propriétés, formels ou informels, dans la réussite économique des pays occidentaux : « *dans les pays en voie de développement et les anciens pays communistes, les biens servent principalement à leur objet matériel immédiat. En Occident en revanche les mêmes biens mènent aussi une existence parallèle en tant que capital, en dehors du monde matériel : ils peuvent servir à enclencher un surcroît de production en garantissant les intérêts d'autres parties, par exemple sous forme d'une hypothèque... Mais la propriété est avant tout un concept car personne ne peut la voir : l'énergie et la propriété ne sont connaissables que par leurs effets* ». (p.49)

Ces effets sont multiples et de nature fort différente.

De Soto en distingue six :

- fixer le potentiel économique des biens et le régime juridique qui a apporté

¹⁰ International Property Rights Index, 2009

¹¹ « *Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en occident et échoue partout ailleurs* » Flammarion, 2005, 300 p.

aux pays occidentaux la clé du développement ;

- intégrer dans un même système des informations jusque-là dispersées. C'est le rôle des pouvoirs publics qui enregistrent l'ensemble des biens immeubles, contrats, société, ce qui permet d'échanger le potentiel de ces biens ;
- établir les responsabilités de chacun et transformer le propriétaire en individu responsable ;
- rendre les biens fongibles, ce qui permet d'en diviser et de recomposer les éléments sans en changer la nature ;
- créer des liens sociaux : les citoyens sont enserrés dans un réseau de relations avec les acteurs privés et publics, fondements de la société ;
- protéger les transactions, à savoir donner confiance lors de l'échange de biens et services. À la différence de l'Occident les pays en voie de développement protègent plus la propriété elle-même que les transactions.

De Soto décrit non seulement le « mystère du capital » mais aussi celui de la propriété¹² et s'oppose à Marx « *qui n'a pas compris qu'un bon régime de propriété juridique, comme un couteau suisse, ne servait pas seulement à désigner des propriétaires mais remplissait de nombreuses autres fonctions* » (p. 264)

L'extension du rôle des droits de propriété au domaine des ressources environnementales a été illustrée par la question : « Avez-vous jamais lavé une voiture de location avant de la rendre ? ». Cette interrogation triviale fait écho à la réflexion d'Aristote qui notait « *Ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est commun* »

Plus récemment en 1968 Garrett Hardin dans son article fondateur du nouvel environnementalisme¹³ « *The Tragedy of the Commons* » démontrait qu'en l'absence de droits de propriété, les pâturages communaux anglais du Moyen Age avaient été voués à la destruction par surpâturage car chaque utilisateur avait intérêt à les utiliser avant qu'un autre ne le fasse. Cette réalité concerne toutes les ressources qu'elles soient économiques ou environnementales.

On commence à redécouvrir que les droits de propriétés sont au cœur du développement économique. Mais on ignore encore qu'ils sont la condition nécessaire sinon suffisante pour la protection et la gestion de la quasi-totalité des biens environnementaux.

¹² « La formation des institutions formelles des droits de propriété est un processus séculaire dont l'importance est bien supérieure à l'invention de la machine à vapeur car elle a précisément permis le développement du progrès technique »

¹³ Désigné indifféremment par « New Resource Economics » ou « Free Market Environmentalism » qui à partir de la fin des années 1970 a démontré que les droits de propriété et le marché étaient les outils centraux de la gestion environnementale.

Reprenons par exemple l'analyse de Bruce Yandle¹⁴ et commençons par énoncer quatre axiomes:

- Il n'existe pas de liberté sans droit de propriété ;
- Il ne peut y avoir de richesse individuelle sans droit de propriété privée ;
- La richesse ne peut être maximisée sans droit de propriété, défini, sanctionné et librement transférable ;
- La qualité environnementale ne peut être ni protégée, ni améliorée en l'absence de droit de propriété.

Ce dernier axiome implique que les ressources environnementales ne sont pas différentes des autres biens. La propriété environnementale dotée de ses trois attributs, à savoir définie, sanctionnée et transférable, encourage le simple individu à la production de richesse incorporant la protection et l'amélioration de l'environnement.

On peut comprendre ce problème en considérant une communauté dans un état de nature, c'est-à-dire dans un monde sans droit de propriété sur la terre. Survivre y est le souci premier. Cette communauté ne peut y parvenir sans organisation dont la première forme imaginable est celle partant du sommet à la base (top – down). Une deuxième forme est celle évoluant spontanément à l'intérieur de la communauté au fur et à mesure qu'évoluent la coutume, la tradition et le droit formel. Quoi qu'il en soit, les deux modalités d'organisation conduisent vers l'émergence de droits de propriété. Ces deux procédures peuvent être illustrées par la construction des fortifications. Dans les temps anciens, les villes fortifiées garantissaient l'ordre pour ceux qui vivaient à l'intérieur et pour ceux qui pouvaient s'y réfugier. Les remparts construits et gérés par l'Etat (ordre descendant) constituèrent le fondement des systèmes de droits internes élaborés à partir de la base (ordre montant). Progressivement les communautés humaines apprirent que former des communautés protégées par des parchemins¹⁵ et des forces armées mobiles était plus efficace que construire des remparts. Un propriétaire individuel pouvait détenir une parcelle définie par un acte authentique précisant ses limites physiques. Avec la multiplication des limites apparurent les retombées. Les propriétaires d'une parcelle pouvaient affecter la qualité de la vie du titulaire de droits voisins. Les règles devaient évoluer pour résoudre les problèmes de limites, soit par le droit coutumier (« common law »), le code formel ou la tradition. Même aujourd'hui, les communautés humaines s'efforcent de s'organiser en vivant à l'intérieur de l'enceinte que représente l'État-nation. Les sociétés cherchent encore à inventer des systèmes de droits de propriété qui permettent la protection de nouvelles richesses. Et parmi ces richesses,

¹⁴ In « Ressources foncières » sous la direction de Falque, Lamotte et Saglio, Bruylant 2007

¹⁵ C'est-à-dire le droit formalisé sous forme d'actes le plus souvent rédigés et authentifiés par un professionnel. C'est ainsi qu'en 1711 un juriste de la Cour royale britannique constatait « The law bounds every man's property and is his fence »

on trouve les ressources environnementales.

4. L'APPROPRIATION DES RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES EST POSSIBLE ET NÉCESSAIRE

Depuis une vingtaine d'année nous nous sommes efforcés de démontrer¹⁶ que les ressources environnementales pouvaient faire l'objet d'appropriation afin d'être mieux protégées que par la seule réglementation publique. Bien entendu les droits de propriété sont anciens en ce qui concerne les ressources foncières et les forêts. Pour l'eau, les océans, la faune, l'atmosphère, la biodiversité, les solutions sont moins évidentes ; pour autant il est possible d'inventer des quasi droits de propriété dont les quotas transférables sont la meilleure illustration.

La paresse et l'idéologie ont conduit à parler à propos de la biodiversité de « biens communs de l'humanité »... ce qui est la meilleure façon de légitimer la situation de libre accès, c'est-à-dire de renouveler la « tragédie des communs » et de détruire l'environnement.

L'attribution de droits de propriété est fonction de l'évolution des technologies de la mesure et du comptage. Le compteur d'eau et le fil de fer barbelé ont révolutionné au 19^{ème} siècle la gestion de l'eau et celle des pâturages de l'Ouest américain. De même, les satellites, l'informatique et le marquage isotopique ouvrent aujourd'hui des perspectives d'identification des propriétaires et des responsables¹⁷.

En définitive les ressources environnementales peuvent faire l'objet d'appropriation sous une forme directe ou indirecte, ce qui permet de mettre en œuvre le principe de responsabilité du pollueur-payeur¹⁸.

5. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : UN CONCEPT EN DEVENIR

Si la propriété est consubstantielle de toute société humaine, elle revêt des formes diverses :

- la propriété privée où une seule personne est titulaire de l'ensemble des droits à savoir usus, fructus et abusus ;
- la propriété en commun où un nombre clairement définis d'ayant droits exercent des droits égaux ou spécifiques sur une ressource ;
- la propriété publique ou collective gérée par une collectivité publique qui réglemente l'usage de la ressource.

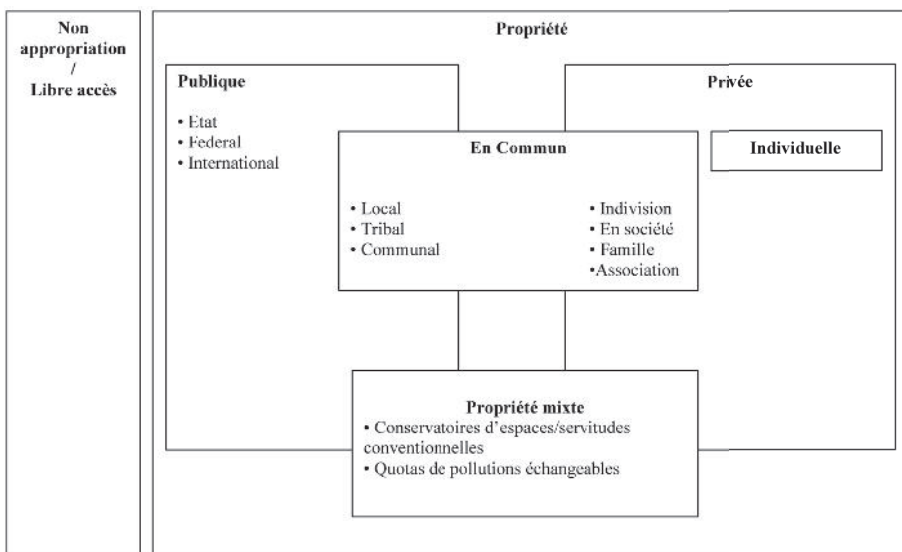
¹⁶ cf supra note 5

¹⁷ cf The Economist, 6 septembre 2008 " Virtual fencing : electronic way of coralling cattle, using satellite-tracking and warning signals rather than fences, is being tested in New Mexico"

¹⁸ Par exemple les agriculteurs au regard de la redevance de pollution aux Agences de l'Eau

Si la propriété privée est préférable, la complexité de la gestion environnementale exige souvent une combinaison subtile des régimes d'appropriation pour s'adapter à des situations particulières : par exemple un propriétaire privé peut démembrement ses droits de propriété en vendant ou donnant une servitude de non constructibilité à un conservatoire d'espaces ou à une collectivité publique. Ou encore un propriétaire public peut concéder des droits d'usage à une collectivité.

Comme le précise Daniel Cole¹⁹ « le choix d'un régime de propriété est fonction de la nature de la ressource qui, dans son modèle est essentiellement soit privée, soit publique. Le problème est que la nature supposée privée ou publique de la ressource est susceptible de changement. En effet, en raison de modifications économiques et/ou technologiques, ce qui est aujourd'hui un bien public peut devenir demain un bien privé et inversement : ainsi des espaces considérés comme publics au début du 19^{ème} siècle en raison des coûts d'exclusion, sont devenus des biens privés à la fin de ce même siècle en raison de l'innovation technique du fil de fer barbelé qui a réduit précisément le coût d'exclusion ».



La puissance publique est partie prenante dans les droits de propriété dans la mesure où, *in fine*, sa mission consiste à les protéger et les sanctionner et que toute réglementation a une incidence sur la structure des droits de propriété.

Pour en revenir à la biodiversité, la propriété en commun, telle qu'étudiée par Elinor Ostrom, doit jouer un rôle central. En effet, dans les zones tropicales, où est concentré l'essentiel des richesses mondiales, l'espace est souvent géré en propriété commune par les collectivités locales (villages, tribus, familles...).

¹⁹ Actes 6^{ème} Conférence Internationale ICREI « Ressources Foncières » sous la direction de Falque, Lamotte et Saglio, 729 p, Bruylant 2007

Il est illusoire de vouloir généraliser les droits de propriété formels tels ceux que nous avons mis en place depuis des siècles, encadrés par des institutions complexes (cadastre, enregistrement ...) Choisir le meilleur régime de droits de propriété dépend des conditions sociales et environnementales et de la somme algébrique des coûts de coordination et des coûts d'exclusion.²⁰

6. LES « MARCHÉS DE LA BIODIVERSITÉ »

« La création de marchés peut porter sur de nombreux aspects différents : terrains, usages de terrains, flux particuliers de diversité biologique, choses associées à la biodiversité. Les marchés fonctionnent de façon optimale pour les composantes de la biodiversité qui se prêtent à l'appropriation dans l'optique de gins privés... » (OCDE, 2005)

Il existe de nombreuses institutions qui agissent pour la protection de la biodiversité.

Les mécanismes utilisés sont multiples :

- tarification de l'accès aux zones sensibles (notamment les parcs nationaux) ;
- acquisitions d'espaces en toute propriété ou en servitudes dans le cadre de conservatoires publics ou associatifs (fiducies) ;
- système de contingents ou quotas transférables (eau, pêcheries, chasse...);
- marchés de substitution (élevages) ;
- conventions avec des collectivités locales pour compenser la non exploitation de la biodiversité.

Pour faciliter la réussite de ces mécanismes a été inventé le terme d'« enviropreneur » désignant des personnes compétentes pour transformer l'environnement en ressources économiques par les propriétaires privés. A cette fin, des programmes de formation sont mis sur pied ²¹ qui rappellent la création des *Business Schools*.

Enfin les grandes entreprises entendent jouer un rôle capital « *Une entreprise dispose de nombreux moyens pour prendre en compte la biodiversité : rendre leurs personnel conscient des problèmes environnementaux, gérer les impacts, accroître la biodiversité sur les espaces qu'ils contrôlent et utiliser de façon durable les ressources biologiques* »

7. LES DROITS DE PROPRIÉTÉS : ESPÈCE MENACÉE OU RENAISSANCE ?

²⁰ Les coûts d'exclusion sont ceux de définir et de faire respecter des limites pour réserver l'accès et l'usage de la ressource aux titulaires de la propriété. Les coûts de coordination correspondent à ceux liés à résolution des problèmes d'action collective.

²¹ Voir PERC Reports vol 26, 4, 2008.

Si les années récentes ont vu l'émergence du concept de droits de propriété sur les ressources naturelles, il ne faut pas oublier que la tendance séculaire, pour l'ensemble des biens susceptibles d'une appropriation individuelle, est celle d'une décadence continue et parfois accélérée²² comme le constatait le professeur Ripert ...en 1938 !!

Depuis le constat de Ripert, les choses se sont aggravées, et cette tendance a trouvé une nouvelle justification : la montée en puissance des préoccupations environnementales a conduit les pouvoirs publics à multiplier les réglementations. Et pour être complet, il faut préciser qu'à l'expropriation physique et réglementaire vient s'ajouter l'expropriation fiscale.²³

Pourtant affirmer, réaffirmer voire inventer des droits de propriété sur les ressources environnementales assure un triple bénéfice :

- sauvegarder et gérer les ressources au meilleur coût ;
- garantir la liberté individuelle ;
- remédier à l'étatisme dont l'écologie politique est devenu un des donjons.

Au niveau mondial la réflexion sur le rôle des droits de propriété dans la gestion des ressources environnementales a fait l'objet de très nombreuses et remarquables publications ; pourtant la France reste absente du débat²⁴. A la décharge de ses responsables, soulignons que la relation propriété-environnement est récente²⁵

²² En 1938, le professeur Georges Ripert écrivait : « Depuis cinquante ans nous assistons à un encerclement des droits individuels....les titulaires de droits ont cessé de lutter ; laissant échapper chaque jour quelques unes de leurs prérogatives pour sauver les autres , consentant une abdication partielle pour garder l'apparence de leur souveraineté ou encore obtenir la protection de l'état »

Une anecdote illustre bien la méfiance voire la répulsion de la nomenklatura française à aborder ouvertement le problème. Déjeunant avec un parlementaire « de droite », professeur agrégé d'économie et spécialiste des problèmes d'environnement, je pensais naïvement l'enrôler dans nos conférences biennales déclinant successivement les ressources environnementales au regard des droits de propriété et des instruments économiques. Etonné par mon plaidoyer, mon convive me répondit « Mais la propriété...c'est mal vu ! ».

²³ Didier Maillard a bien montré que le cumul de l'ISF et d'autres impôts pouvait conduire à des taux de taxation dépassant 100% de la propriété, c'est-à-dire à une véritable expropriation fiscale. (Commentaire, n° 127, automne 2009). Or l'ISF frappe en priorité les détenteurs de biens fonciers, potentiellement riches en biodiversité,.

²⁴ Une consultation sur le moteur de recherche Google des termes « Property Rights Environment » affiche 59 millions de pages contre 7 millions pour « Environnement Droits Propriété ».

²⁵ Ainsi « La propriété c'est l'envol vers la prospérité » publié en 1984 par Georges Berthu et Henri Lepage ne fait aucune référence à l'environnement. Une année plus tard cependant dans « Pourquoi la propriété », Henri Lepage consacrait tout un chapitre « Capitalisme et écologie : privatisons l'environnement » faisant référence aux travaux pionniers de R. J. Smith, Julian Simon, G. Hardin, J. Baden, R. Stroup... En 1991 G. Bramoullé dans son pamphlet « La peste verte » évoque les limites et les effets pervers de la violation des droits de propriété. A partir de 1992 la création de l'ICREI par Alain Madelin, Henri Lepage et Max Falque a permis la publication de nombreux articles et quelques ouvrages (trop ?) théoriques....au tirage modeste et dont plusieurs sont épuisés.

La protection de la biodiversité n'échappe pas à la nécessité de repenser la nature et le contenu des droits de propriété. En ce sens l'attribution du Prix Nobel d'Economie à Elinor Ostrom constitue un progrès et une promesse.

8. BIBLIOGRAPHIE

Anderson T. et Huggins L. « The property rights path to sustainable development" PERC, 2003, 14 p.

CEDRE « Le zonage écologique » Bruylant, 2002, 302 p.

Cole D. « Pollution and Property, comparing ownership institutions for environmental protection », Cambridge University press, 2002, 209 p.

Courrier de la Planète "Biodiversité: la haute mer oubliée" n° 86, 2008, 68 p.

Courrier de la planète « Biodiversité : la haute mer oubliée » n° 86, 2008

De Soto H. « Le mystère du capital » Flammarion, 2005, 303 p.

Falque M. "La propriété privée au service de l'environnement" 9 p.in ADEF, « Un droit inviolable et sacré » ADEF, 1989

Karsenty A. "Questioning rent for development swaps: new market-based instruments for biodiversity..." International Forestry Review, Vol 9 (1) 2007

Lepage H. "Pourquoi la propriété" Hachette-Pluriel, 1985, 469 p.

OCDE (2008) « Rapport sur la mise en œuvre de la recommandation du conseil de 2004 sur l'utilisation des instruments économiques pour faciliter la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité » 96 p.

OCDE « Politiques de la biodiversité : impact socio-économiques, enjeux et stratégies d'action des pouvoirs publics », 2008, 289 p.

OCDE 2002 « Manuel d'évaluation de la biodiversité, guide à l'intention des décideurs »176 p.

OCDE 2005, « Manuel pour la création de marchés de la biodiversité, principaux enjeu »

WWF-CIEL "Biodiversity and intellectual property rights" Joint discussion paper, Mars 2001

Yandle B. "Grasping for the heavens 3-D property rights and the global commons" Duke Environmental Law and Policy Forum, Vol 10:13, 1999, 31 p.

Yandle B. « Grasping for the heavens : 3-D property rights and the global commons » Duke Environmental Law and Policy Forum , vl. 10:13, 39 p.



DISCURSO SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE UN NUEVO MOMENTO CONSTITUYENTE PARA EL ESTADO ARGENTINO

*Raúl Gustavo Ferreyra**

Resumo

No presente trabalho pretende o autor expor, de maneira sucinta, sua opinião pessoal, de modo a não carrear mensagens de quaisquer órgãos que possam influenciar em um processo de reforma constitucional. Explica por quais motivos não se mostra como um problema insolúvel o pensar em uma reforma constitucional, apontando não um guia reformador, mas evidenciando alguns dos defeitos da organização do Estado argentino sob o ponto de vista normativo. Realça também os problemas da exacerbação do valor atribuído à racionalidade ínsita às regras constitucionais, das repercussões de suas inobservâncias, bem como da criação de poderes que não decorrem do texto constitucional e da ausência de identidade entre racionalidade legal e vontade popular, sem, contudo, impor um clima de pessimismo ao texto. Admite, portanto, que impossível a coexistência de uma Constituição estritamente racional com o predomínio de um Direito essencialmente estatal, que não se relaciona necessariamente com um gigantesco consenso nacional sobre valores ampla e indiscutivelmente compartilhados.

Palavras-chave

Reforma Constitucional. Estado Argentino. Constituição.

Abstract

In this paper the author intends to explain succinctly, his personal opinion, and not to express messages of any sectors that might influence in a constitutional reform process. He explains why thinking about constitutional reform is not an insoluble problem, and does not create a reformer guide, but highlights some defects of Argentine's state organization by the normative point of view. He also emphasizes the problems of the exacerbation of the value placed on the rationality inherent to constitutional rules, the repercussions of the failure of it's inobservation, as well as discusses the creation of powers that do not derive from the constitutional text and the lack of identity between legal rationality and popular will, without, however, imposing a pessimism climate to the text. He admits therefore that it is impossible to coexist a strictly rational Constitution and a law system based in the state production as the prevailing element, as it is not necessarily correlated with a gigantic national consensus on shared and widely discussed values.

Keywords

Constitutional reform. Argentine's state. Constitution.

* Professor da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

1. ADVERTENCIA

El objeto de estas letras, como indica el título, es el de exponer, sumariamente, las razones por las que se considera que pensar sobre una nueva reforma constitucional no es un problema que no requiera solución. No se es portavoz de órgano alguno. Simplemente, autor y responsable de lo que se afirma. Se intenta de esta forma no eludir el inexcusable respeto absoluto al que me obliga la Constitución¹ federal vigente. Pero ello no inhibe su crítica.

¹ Enseña el profesor Germán J. Bidart Campos: “La Constitución de un Estado Democrático inviste esa naturaleza: tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes”. BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 20. .

Para Gregorio Badeni Badeni, Gregorio: “el concepto de constitución no es sinónimo de Derecho Constitucional”, el derecho constitucional es una disciplina científica que tiene por objeto el estudio de la Constitución y las instituciones políticas, estén o no previstas en un texto constitucional. BADENI, Gregorio: *Instituciones de Derecho Constitucional, Ad Hoc*, 1ª reimpresión, 2000, p. 87.

Observo, por mi parte, que “una conciencia agudizada de las palabras es útil para agudizar nuestra percepción de los fenómenos” (la frase se le atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de HART, Herbert: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. xii), en la inteligencia de que tal comprensión se interesa por el mundo y lleva como punto de conexión inescindible su conocimiento profundo, y no tan sólo por el buen o mal uso que el investigador pueda hacer del lenguaje.

Entiendo, pues, por objeto de estudio y estudio del objeto, lo siguiente.

Primero, objeto de estudio “Constitución” o “sistema constitucional” hacen referencia al conjunto de disposiciones prescriptivas enunciadas tanto en el texto de la Constitución federal como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional –arg. art. 75, inc. 22, de la CN–; y la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, con un auditorio mayoritario de ciudadanas y ciudadanos que las acepte en forma pacífica y racional.

La Constitución, el sistema constitucional, como conjunto de disposiciones normativas que predisponen y disponen la planificación de la fuerza estatal, para configurar un verdadero orden constitucional, se encuentra sometido a dos condiciones: una interna y otra externa. La primera viene dada por el pensamiento que dice que un orden constitucional valdrá lo que valgan sus garantías. La segunda, en cambio, es más bien extrasistemática: el sistema constitucional es cúspide del sistema normativo estatal, siempre que la “regla de reconocimiento” del sistema o norma básica fundamental defina u ordene, según el caso: “lo que el orden constitucional dice es únicamente Derecho” (HART, H.: *El concepto de Derecho, op. cit.*, pp. 113 y 249), o en clave kelseniana, “debes obedecer lo dispuesto por el poder constituyente originario/derivado” (KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, D.F., Imprenta Universitaria, 1958, pp. 135 y ss.). Caso contrario, habrá que hablar de constitución meramente sobre el papel; nada más. O que los componentes de determinado orden son distintos de los que estoy dispuesto a describir, hipótesis en la que no se describe el Derecho, sino que se realiza su mérito o demérito, que es cosa bien distinta, circunstancia que obliga a abandonar el ámbito del análisis estructural y funcional propio de la teoría o dogmática, penetrando en el área de la justificación de las reglas, propia de la axiología o filosofía del orden constitucional.

Segundo, el estudio del objeto, del sistema constitucional, será considerado el objeto de la teoría de la constitución, cuyos elementos configuradores, es decir el centro de interés y reflexión, lo constituyen las aportaciones acerca de las categorías jurídicas básicas del Derecho de la Constitución. Finalmente, una teoría constitucional “tópica” (doctrina, interpretación o saber constitucional) en particular debería servir para identificar, sistematizar, analizar, decidir y criticar el fenómeno que es su objeto de estudio: el ordenamiento jurídico constitucional de fuente estatal y supraestatal permitiendo, razonablemente, que sus aserciones teóricas guarden una importante congruencia con la realidad *lato sensu* que, en última instancia, marca el soporte de su necesidad y da también fundamento a su eventual utilidad. La tarea elemental del saber

Mi única contribución es promover la apertura de un diálogo con los ciudadanos, estimulando una sociedad abierta de los intérpretes y hacedores de la Constitución.² Naturalmente, no quiero convencer a nadie. Guardo la esperanza de que mis ideas sirvan para estimular a que otros se animen a decir y exponer las suyas en el espacio público.

Manteniendo la orientación propuesta, el lector no encontrará aquí una guía para la reforma constitucional. Simplemente, una serie de proposiciones capitales que, siendo lo más restringida posible, marca indefectiblemente los defectos de la organización fundamental del Estado argentino, en clave normativa. Y lo hago con la única finalidad de que se pueda encontrar, algún día, la solución adecuada a nuestro angustiante problema cultural: “las reglas constitucionales, racionalmente elaboradas, están hechas para ser cumplidas”. Acepto el riesgo de equivocarme y estaré dispuesto a reconocer mi error, en tanto y en cuanto se demuestre que la violación constitucional o la creación de poderes sin hacer pie en las potestades que la Constitución federal confiere, son caminos superiores al cumplimiento de las reglas, insisto, racionalmente producidas y estrictamente observadas.³

2. CREACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

El sistema jurídico constitucional –al igual que su género próximo, todo el Derecho– no es un instrumento de precisión matemática,⁴ sino que con

tópico constitucional consiste en la identificación del sistema jurídico constitucional, paso previo al análisis y sistematización ordenada de los cuerpos jurídicos que lo compongan.

² V. HABERLE, Peter: “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en su obra *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, España, 1996, pp. 15-46.

³ Enseña Eugenio Raúl Zaffaroni que conforme a la regla que estipula la forma de gobierno republicana en el artículo 1 constitucional, todos los actos de gobierno, que incluyen la actividad constituyente, deben ser racionales, es decir, que deben proveer los medios racionalmente adecuados para la obtención de los fines propuestos. V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 104. Fácilmente se infiere, a partir de la interpretación de la proposición capital transcrita, que la exigencia de racionalidad para todos los actos del gobierno republicano quedaría violada, o poco que se compruebe que los medios adoptados por las autoridades constituidas o el poder constituyente derivado sean groseramente inadecuados o se hallen en manifiesta disconformidad con los propósitos y objetivos que configuran el marco básico del bienestar general comunitario.

⁴ Con agudeza observa Néstor Sagüés que la Constitución, como obra humana que es, no resulta perfecta ni completa. Tratándose de un documento destinado a sobrevivir durante generaciones, en ese contexto, no es anómalo que ciertas situaciones importantes no hayan sido comprendidas en la regulación normativa constitucional y ni siquiera sospechadas cuando la Constitución fue dictada. En tales condiciones, añade Sagüés, corresponde distinguir dos tipos de imprevisión constitucional, la “buena” y la “mala”. La imprevisión “buena” parte del supuesto de asumir los límites del constituyente: puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. La imprevisión constitucional “mala” ocurre cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, el constituyente guarda silencio sobre una materia respecto de la que debió pronunciarse. V. SAGÜÉS, Néstor: “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, en la obra *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*, SAGÜÉS, Nestor y José PALOMINGO MANCHEGO:

acierto presenta lo que se ha denominado textura abierta. Sin embargo, aunque el lenguaje constitucional no tiene incorporado un significado unívoco, ello no es obstáculo ni serio ni suficiente para predicar que, en determinadas hipótesis, el significado de las disposiciones constitucionales no venga propiamente determinado por el contexto donde es o será aplicada,⁵ esto es, por la posibilidad cierta de demostrar que determinadas consecuencias –porque determinados hechos caen fácilmente bajo su campo de aplicación– se obtienen claramente de la recta aplicación de la regla constitucional pertinente.

La Constitución federal no escapa a la regla: es un texto finito, porque finita es la cantidad de interpretaciones que de él pueden realizarse. Finito significa que el texto constitucional argentino –cualquier texto constitucional– es agotable, no tiene partes fuera de sí. Por ello, en este sentido puede especularse, muy seriamente, que hay un mundo constitucionalmente posible que viene predeterminado fuertemente por el sistema constitucional originario.⁶ La constitución, como sistema originario de un sistema jurídico –que, entre otras cosas, impone orden–, divide los sistemas jurídicos subconstitucionales en dos conjuntos: posibles e imposibles. Que algunas o muchas reglas del sistema constitucional tengan como característica estructural la de estar sujetas a más de una interpretación posible, no puede llevar a la creencia ni de que no existan respuestas interpretativas erróneas ni, peor aún, de que la función de aplicar el Derecho puede ser confundida con la de constituirlo, de crearlo, en sentido fuerte y radical. Evidentemente, las soluciones jurídicas inconsistentes con el sistema constitucional originario no pueden pretender pertenecer a éste. En ambos momentos se ejercita el poder constituyente. Por lo tanto, el análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación –vía control judicial de la constitucionalidad– y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio. En tales condiciones, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos. Los procesos que hacen operar a cada una de estas garantías constitucionales fijan, paralelamente, sus respectivos horizontes de proyección. Así, es razonable que las tareas ordinarias queden captadas por la interpretación constitucional, así como también lo es esperar que las tareas extraordinarias queden capturadas por la reforma constitucional.

El poder constituyente observa dos momentos: el fundacional de la Constitución y el reformador.⁷ Ahora bien, aunque el poder fundacional y el de reforma coinciden en que son capaces de “constituir” u organizar el sistema político estatal, difieren en el tiempo y en sus competencias. Con relación al tiempo, aunque desde el punto de vista ontológico nada proviene de la nada, la noción de poder constituyente fundacional es útil para fijar el nacimiento

Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, pp. 13-15.

⁵ Cfr. MORESO, José Juan: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 184, 231 y 232.

⁶ Cfr. MORESO, José Juan: *op. cit.*, p. 180.

⁷ Lo que supone admitir que todo tiempo es significativo para el Derecho Constitucional, entendimiento que presupone diversidades y por ende distintas calidades en los mismos.

de un Estado y tiene una vital importancia práctica porque es susceptible de estimular la democracia. Este poder originario carece de límites. El mayor desafío de las letras constitucionales originarias es, quizá, su adaptación en el tiempo. El cambio, que comporta una reforma constitucional, significa proseguir con el encausamiento de la democracia. Si la Constitución argentina es el cauce de la democracia, la reforma no debe dejar de serlo, so pena de disolverse el propio concepto de Ley Mayor.

Establecer la diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es un capítulo medular de todo Estado de Derecho. La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar el Derecho Constitucional;⁸ la función propia del poder constituido es gobernar de acuerdo con los principios y reglas del sistema jurídico constitucional, no generarlos.

El poder de reforma constitucional y su contenido generan un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Por eso el poder de reformar la constitución, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea Derecho Constitucional, cuya principal pretensión es presentarse a sí mismo como un poder capaz de generar un sistema que cubra mínimas expectativas de racionalidad.⁹ El cambio¹⁰ constitucional, que produce variaciones sustantivas en el texto, tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo; la constitución reformada: la reforma, por expansión o contracción o revisión del sistema, genera un nuevo conjunto de disposiciones.

⁸ Sobre la posibilidad o no de plantear, con rigor científico, la distinción de ramas autónomas dentro del propio campo del saber jurídico constitucional, V. DALLA VÍA, Alberto R: "El Derecho Constitucional y las especializaciones", en *Academia, Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, núm. 5, año 3, 2004, pp. 223-234.

⁹ Ver, en igual sentido, Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca, quienes recuerdan que el Derecho es un medio de control social determinado por la política, es decir por valores cambiantes, contingentes y a menudo irracionales. V. GUIBOURG, Ricardo y DANIEL MENDONCA: *La Odisea Constitucional. Teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 41.

¹⁰ Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales en el tiempo. No obstante, rigurosamente, el cambio sobre el que se teoriza es el "cambio formalizado" del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia Ley Mayor. Al hablarse de reforma constitucional, esta puede consistir en: (a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; (b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; (c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (cfr. ALCHOURRÓN, Carlos: "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, CEPC, Madrid, 1991, p. 301).

Por de pronto, en ese marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional, quedando fuera, luego de esta justificación, cualquier otra circunstancia que, como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no puede ser objeto de proyección como un "procedimiento formal de aprobación", tal como conceptúa Peter Häberle respecto de la reforma (HÄBERLE, Peter: "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Perú, 2000, año VII, p. 17).

Consiguientemente, sobradas razones sugieren que la constitución no debería estar desvinculada del tiempo y de la realidad a la que se enfilan sus prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y cambio histórico. Y si ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas la constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo posible de hacerlo es por intermedio de la reforma. El pueblo es el sujeto que tiene derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre y democrática decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo. Por eso es preferible pensar en reformar la constitución toda vez que (consensuadamente) se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, desnaturalizando (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus cláusulas.

Para garantizar la capacidad evolutiva de las constituciones, la tarea de reformar posibilitando su cambio con verdadera conciencia de tal o cual modificación es la vía idónea. La reforma constitucional es una actividad que, en forma significativa, respalda el precompromiso constitucional, que a su vez canaliza y respalda la democracia.

Sobre la dimensión de la reforma, es la propia Constitución federal la que contiene dos enunciados básicos. Recuérdese, en primer lugar, como ilustra el Preámbulo, que fueron los representantes del pueblo argentino los que la ordenaron, la decretaron y la establecieron. El valor de verdad de esta proposición, que desempeña un papel clave en el sistema constitucional argentino, jamás fue desmentido pero sí quebrantado. Por eso, de acuerdo con esta caracterización, sin mayores esfuerzos puede decirse que si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral. ¿O no es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento consultivo, a todos los ciudadanos? Naturalmente, el planteo también deja abierto un enigma o punto sin resolver: ¿por qué la democracia es la solución detalladamente más plausible? Puede responderse: en todo caso, hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que esta –y no otra– es una de las proposiciones capitales sobre las que se asienta la democracia política.

Ordenar, decretar y establecer una Constitución –como dice el Preámbulo argentino– no prohíbe que “otra” ley fundamental pueda, en el futuro, también ser establecida. Si sólo el poder del pueblo crea el sistema constitucional que organiza al Estado, cabe especular que, cuando se aparta de tal función instrumental, el Derecho Constitucional deja de ser la razón que reglamenta la fuerza, pasando a ser el poder coactivo mismo. La Constitución federal es un esfuerzo por contener al poder; cuando desaparece la distinción, se desvanece la idea

de que el poder público es ejercido por el pueblo por intermedio del sufragio.

En segundo lugar es, pues, el proceso de reforma constitucional –y su contenido– el que puede generar un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Se trata de una cuestión intrínsecamente política: la creación de la norma mayor. Con claridad y propiedad, esta puerta al futuro es abierta por el artículo 30 de la Ley Fundamental: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. No hay posibilidad, desde el punto de vista empírico, de convocar a la “Convención” aludida por la letra de la Constitución sin convocar al pueblo, sin escuchar su palabra.

Disponer o tomar partido por la rigidez constitucional significa que la Constitución –en principio– no debería ser reformada sobre la base de los mecanismos previstos para la elaboración de la legislación ordinaria. Rigidez, por otra parte, que viene siendo consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Ley Fundamental (*cf.* art. 31 de la CN). El hecho de que la reforma de 1994 –art. 75, inc. 22, de la CN– haya previsto que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional, no significa ni el abandono de la rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional. Está indicando un apartamiento del cauce regular de reforma, para incidir propiamente en el reforzamiento de los derechos fundamentales.

En síntesis. Una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente al mantener la continuidad.¹¹

Entiendo por momentos constituyentes¹² importantes porciones temporales en relación con otro fragmento de tiempo en cuyo transcurso una extraordinaria movilización popular delibera sobre la producción –o no– de legislación de la más alta jerarquía jurídica, aceptando la regla democrática como premisa mayor o conceptual de dicha modalidad de producción. Como enseña Norberto Bobbio, lo que hoy nosotros denominamos democracia no es una meta sino una vía, una vía en la que probablemente estemos en el inicio.¹³ Me conformaré, por lo pronto, con indicar una mínima y esquemática

¹¹ El sistema jurídico puede ser visto como una secuencia de conjuntos de normas (sistemas normativos) donde la unidad de esta secuencia, y con ello la identidad del orden jurídico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia: por ejemplo, el contenido de la regla de reconocimiento (*cf.* ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN: “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *op. cit.*, pp. 395 y ss.).

¹² ACKERMAN, Bruce: *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 Yale Law Journal 453, 1989.

¹³ BOBBIO, Norberto: *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 459.

compresión que posibilita urdir ulteriores desarrollos teóricos que alienten y gobiernen el desarrollo de estos momentos constituyentes. Su caracterización: (a) conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién/es está/n autorizado/s a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos; (b) en cuanto a las modalidades de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o bien la regla sobre la base de la cual son consideradas decisiones colectivas, y por tanto vinculantes para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de aquellos a los que corresponde tomar la decisión; (c) pero que bien se entienda que ni siquiera para una definición mínima de democracia –como la postulada aquí– se conforme o baste la atribución del Derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas a un número muy elevado de ciudadanos, ni la existencia de reglas de procedimiento como la de la mayoría. Es requisito que quienes son llamados a decidir o a elegir a aquellos que deberán decidir, sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder optar entre una y otra. Para que se cumpla esta condición, es necesario que a los ciudadanos llamados a decidir se les garanticen los derechos de libertad de expresión, de reunión, de asociación, de petición, etcétera, derechos sobre cuya base ha nacido el Estado Constitucional y se construye la doctrina de los derechos fundamentales, en sentido fuerte.¹⁴ La aplicación del principio de la mayoría distingue esencialmente dos grupos, el de la mayoría y el de la minoría, creando la posibilidad de acuerdo. Todo contrato es un acuerdo. Significa, pues, tolerarse, cooperar y fundamentalmente respetarse.

Por ende, “momento constituyente” es un concepto disponible si solamente abarca la hipótesis de configuración constitucional y sus reformas; léase, fundación y transformación, cambio o reforma de la Ley Fundamental. En segundo lugar, no es factible entonces afirmar que toda decisión del pueblo, que evidentemente implique una producción de alto rango pero haya sido adoptada fuera de las hipótesis que para su reforma prevé la Constitución, sea susceptible de quedar aprisionada en la orientación conceptual planteada.

Existen dos niveles o jerarquías de decisiones políticas a las que cabe asignar, razonablemente, distinta legitimación: (a) decisiones del pueblo y (b) decisiones del gobierno. Las decisiones mencionadas en primer término configuran las reglas básicas del sistema; las segundas son las que interpretan y aplican.

La Constitución autorregula su propia reforma; un poder político que crea Derecho Constitucional, sometido a reglas predeterminadas. Es que la Constitución no es eterna sino tan sólo permanente; esta ventana al futuro es abierta por el artículo 30 constitucional.

Tal como se encuentra diseñado por el artículo constitucional, el proceso constituyente consta de tres etapas:

¹⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, Planeta, Buenos Aires, 1994, pp. 21-23.

- (i) iniciación,
- (ii) deliberación pública y elección,¹⁵
- (iii) producción constituyente: creación constitucional.

Difícilmente pueda ponerse en jaque la idea de que la Constitución estipuló dos caminos para la producción jurídica de disposiciones de alcance general, diferenciando la jerarquía del producto. Considero que esta suerte de conversación entre generaciones¹⁶ es la forma más persuasiva y la que mejor sirve para explicar la forma de obligar de la Ley Mayor.

3. MOMENTOS CONSTITUYENTES EN EL SIGLO XX

La Constitución federal de 1853/1860 no es ni ha sido ídolo de ilustración. Sin retroceder demasiado en el tiempo, un juicio considerado aunque no exento de críticas dirá que ella significa –y significó– un magnífico esfuerzo por intentar contener al poder. Democráticamente, desde luego. Esto es, afirmando la libertad del ciudadano para decidir la fijación o cambio de las reglas constitucionales.

No creo necesario debatir si los constituyentes de 1853/1860 se llamaron a sí mismos demócratas. Tampoco considero esencial considerar cuál era el alcance de la democracia para ellos, si era muy respetable o medianamente. Lo que interesa es el horizonte de proyección propio de la democracia como idea para la configuración institucional de la Argentina. Reivindicar la democracia, como procedimiento genuino para la producción del sistema jurídico aun muy limitadamente como fue a partir de 1853, sin dudas constituyó una idea revolucionaria, pero sin armas. Desde entonces, la evolución de la democracia permite indicar que su sentido principal es gobierno de todos, de mayoría y de minoría, de pobres y de ricos. En otras palabras, lo que pareciera que verdaderamente se afirma en estos momentos constituyentes es la libertad individual de cada ciudadano a participar –o no– en el proceso de construcción de la voluntad estatal y en qué dirección. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo.¹⁷

Veamos los “momentos constituyentes” del siglo xx.

Primero, la Constitución fue reformada en 1949, mientras servía en sus funciones el presidente constitucionalmente elegido en 1946, Juan Perón. E implicó una modificación profunda; entre otros cambios: amplió el elenco de los derechos subjetivos y autorizó la reelección inmediata del Presidente, prohibida, sabiamente, desde 1853.

¹⁵ Correctamente, señala Jorge Vanossi, que el pueblo argentino necesita conocer el pensamiento de los detentadores del poder sobre “quién” y “cómo” realizarán la mentada reforma constitucional (V. VANOSI, Jorge: *La reforma constitucional*, Emecé, Buenos Aires, 1988, p. 162).

¹⁶ ACKERMAN, B.: *op. cit.*

¹⁷ BOBBIO, N.: *op. cit.*, nota 7, p. 440.

Segundo, en 1957, otra Convención Constituyente, sin la participación política del justicialismo, declaró que la Constitución vigente era la de 1853/1860, con las enmiendas de 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949. Además, se introdujeron dos reformas, aunque el Presidente de la Convención debió declararla disuelta por pérdida de quórum.

No corresponde, en este espacio, abrir juicio respecto de los conflictos que por su inconstitucionalidad suscitaron, con diferentes alcances, los procesos constituyentes desde 1853 hasta 1957 inclusive. Fundamentos hay sobradamente. Que demuestran las dificultades atravesadas por las generaciones de argentinos, de los siglos XIX y XX, cuando impulsaron cambios, fallidos o no, sobre el texto constitucional.

¿Qué sucedió? En 1949 una parte del pueblo consideró que “obligar” al consenso significaría lo mismo “que construirlo” en libre deliberación racional. Se impuso una Constitución, ¡sin consenso!

Ocho años después, otra mayoría entendió algo parecido: gobernar es construir hegemonía, no construir consensos.¹⁸

Resultados: políticamente, tanto la reforma de 1949 como la de 1957 fracasaron. Jurídicamente, los juicios negativos sobre la constitucionalidad del proceso constituyente pueden repartirse, en diferentes medidas, tanto para el proceso de 1949 como para el de 1957.

En pocas palabras. La reforma constitucional, aunque parezca contradictorio, fue una categoría en desuso. Y hemos tenido problemas con el ejercicio del poder constituyente, porque nunca se obtuvieron “acuerdos”. Lo único que se consiguió, y en el mejor de los casos, fue el compromiso de “una aceptación generalizada”.

No hace falta insistir sobre la diferencia que media entre un acuerdo fruto del consenso y el compromiso, fruto de la coacción pura.

4. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia de todas las registradas en la historia. Gozó de mayor aceptación en todas las etapas del proceso constituyente, si se compara con sus dos predecesoras.

Veamos tres niveles.

¹⁸ La literatura es abundante. Puede leerse entre otros: PARRY, Adolfo E.: “Intangibilidad de la Constitución de 1853”, *LL*, t. 83, pp. 935-948; LINARES QUINTANA, Segundo V.: “Acerca del problema de la reforma de la Constitución nacional”, *LL*, t. 84, pp. 687-690; CASTRO DASSEN, Horacio N.: “Observaciones a la sugerencia de reforma constitucional”, *LL*, t. 84, pp. 704-706; OJEA QUINTANA, Julio M.: “Competencia del Gobierno Revolucionario para promover la reforma Constitucional”, *LL*, t. 85, pp. 856-866; ROMERO, César Enrique: “Facultades de la Convención reformadora de 1957 (Apuntes para su estudio)”, *LL*, t. 87, pp. 1004-1008; DANA MONTAÑO, Salvador M.: “La legitimidad del mandato de los Constituyentes (Atribuciones del Gobierno provisional y de la Convención para reformar la Constitución vigente)”, *LL*, t. 88, pp. 766-796.

El textual: de alrededor de 7500 palabras se pasó a más de 12.500, sin contar la jerarquía constitucional de las disposiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos a que hace referencia el artículo 75, inciso 22, de la CN.

El de las categorías jurídicas básicas: se expandieron por adición. Ingresaron nuevos derechos subjetivos y garantías, órganos de control, organismos de gobierno y se transfirieron competencias.

El dogmático: la reforma constitucional sancionada el 22 de agosto de 1994¹⁹ acentuó notablemente las potestades del presidente –pese a crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros–; fijó acertadamente la forma de elección directa y el acortamiento de la duración del período; incorporó con jerarquía constitucional instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos; se realizaron reformas sobre el modo de hacer las leyes, cuyos resultados no han sido muy visibles; replanteó el federalismo²⁰ sobre bases bastante inciertas, pero muy razonablemente confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires; reconoció nuevos derechos y garantías y actualizó el sistema axiológico manteniendo el piso originario; introdujo sensibles modificaciones sobre la naturaleza del poder judicial de la Nación al crear –con hibridez manifiesta– el Consejo de la Magistratura, circunstancia que se ha agudizado, recientemente, con la sanción de la ley 26.080; también introdujo como órgano extra poder independiente al Ministerio Público; intentando mejorar los controles incorporó el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; constitucionalizó la regla democrática reconociéndola como procedimiento básico que debe nutrir a la configuración del Derecho Constitucional y su mantenimiento –*cf.* art. 36 CN–, regulando, además, los partidos políticos y la defensa del orden constitucional; se realizaron importantes esfuerzos para posibilitar que los estados locales creen regiones para el desarrollo económico y social; se define la autonomía municipal y se trazan bases rectoras para la integración con otros Estados soberanos.

Nótese que la Convención Constituyente de 1994, indicando la precariedad del consenso alcanzado en su seno –sobre determinadas materias–, debió generar un texto abierto, provocando que su configuración definitiva recién quedara completa mediante leyes a dictarse por el Congreso. En la última década, el Congreso no ha cumplido a entera satisfacción con el desarrollo constitucional precitado. Cabe preguntarse por qué, por ejemplo, una pieza clave de

¹⁹ El maestro Germán J. Bidart Campos enseña –en tesis que se comparte– que la Constitución histórica de 1853/1860 sigue reteniendo su plexo de valores después de la reforma de 1994. El “aggiornamento” no le ha ocultado el rostro, no se lo ha maquillado ni disfrazado. En este contexto, “nueva Constitución” significa “nuevo texto ordenado de la Constitución reformada”, con una sola identidad y un patrimonio axiológico común (BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. VI, La reforma constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 193-195).

²⁰ Sobre el federalismo en la reforma de 1994, puede consultarse: HERNÁNDEZ, Antonio María: “La descentralización del poder en el estado. El federalismo. ‘Nación’ y Provincias”, en AA. VV.: *Derecho constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 675 y ss.

este esquema, una ley constitucional relevante, todavía no ha sido sancionada. ¿La referencia? La ley convenio, tal como ordena el artículo 75, inciso 22, de la CN, que sobre la base de acuerdos entre Nación y Provincias, debe instituir un régimen de distribución y coparticipación en materia tributaria. ¿Sentarse a negociar y legislar sobre este problema dotaría de racionalidad al federalismo argentino? Ni hablar de fijar las bases para el control de los decretos por razones de necesidad y urgencia. Francamente, no seré el primero ni el último en preguntar y repreguntar respecto de un racional itinerario para el federalismo argentino. Que en la letra constitucional es conocido como un paradigma que organiza jurídicamente al Estado. Y, en la práctica, hace que cotidianamente se advierta que ninguna de las 24 entidades autónomas puede razonablemente desenvolverse sin la presencia casi paternalista del estado federal.²¹

18 años después se advierte la insuficiencia de la reforma de 1994, la que ciertamente no transformó la plataforma ideológica de 1853/1860. Fue generosa en materia de reconocimiento de derechos subjetivos, pero francamente patológica en lo referente a la estrategia asumida para diseñar el sistema presidencialista y su control.

Por tal razón se mantiene que es una necesidad generar un nuevo “momento constituyente” en cuyo transcurso una extraordinaria movilización popular, dentro del camino pautado por la Constitución, participe y delibere sobre la producción de la más alta jerarquía jurídica. Es inmediatamente necesario discutir respecto de la grieta que en los últimos años, especialmente, se ha abierto entre ciudadanos y sus representantes. La iniciativa y la consulta popular son parte del texto creado por la reforma de 1994; nunca fueron utilizadas. ¿Quiénes precipitan el aislamiento de la ciudadanía?

Debatir libremente si se reforma –o no– sobre:

4.a. Poder Ejecutivo y Congreso: criterios sobre el diseño para la organización política.

Es inmediatamente necesario discutir sobre la disminución de algunas potestades del Poder Ejecutivo, en especial la facultad de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia –*cfr.* arg. art. 99, inc. 3, de la CN–, y debilitar fuertemente la delegación que el Congreso puede realizar –*cfr.* arg. art. 76 de la CN–, suprimiéndose, además, la regla que autoriza la reelección. Todo ello permitirá conocer de antemano, que, elegido un presidente por 4 años, al finalizar su mandato, otra persona tendrá que ser elegida para cumplir la función. El presidente saliente podrá marchar a otra función, nunca la ejecutiva, sin intervalo de un período. Buscará, por tanto, aplicar su experticia en cualquier campo que desee, menos en perseguir su reelección!

²¹ V. VANOSI, Jorge: *¿Es viable el Estado Federal en la Argentina?*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2000.

He defendido y defiendiendo la idea²² de que una Constitución federal, sin diseño paralelo de garantías que provean a su conservación, no estipula un sistema constitucional. Las tareas del Congreso son un elemento configurador de la garantía de inmanencia del sistema constitucional. Entre sistema constitucional y Congreso existe un vínculo como el que tienen los padres con su criatura. Desde que la democracia directa es inviable en términos absolutos, la construcción de la voluntad normativa estatal, cuya reglamentación de la materia constitucional sea sustantiva, debería quedar básicamente ceñida a la labor del Congreso por medio de la ley. Las funciones atribuidas clásicamente a los “legislativos”, como son las tareas de “control” y de “producción legal”, pueden seguir siendo esgrimidas –en teoría general– como paradigmas de la actividad parlamentaria.

Por su parte, el análisis constitucional tópico de la relación Congreso/Presidencia muestra que en el caso argentino hay actualmente mucho por hacer. La crisis atraviesa a la actividad del Congreso de lado a lado, siendo una de sus principales causas las patologías del sistema presidencialista. La reforma constitucional de 1994 estuvo envuelta en el aura de la atenuación del presidencialismo; sin embargo, el balance general de las enmiendas arroja como convicción que la transferencia horizontal de funciones –en el plano normativo por vía de excepción y en la práctica constitucional cotidiana no de igual sentido– del Legislativo a favor del Departamento Ejecutivo, son aptas para indicar la composición de un cuadro de situación contrario o diferente. La reforma no introdujo ninguna disposición que ordene la cooperación entre departamentos ejecutivo y legislativo; es más, enfatiza la potestad legislativa del Presidente. Si a ello se agrega que tal transferencia horizontal está casi exenta del control, el menú está servido. La crisis de las potestades del Congreso traduce la idea de un peligro: la puesta en duda del principio divisorio; el jaque a la ficción de la representación política parlamentaria; el principio de vaciamiento de la atribución de configurar la ley y la ineficacia del control. Pero también da una magnífica oportunidad para entender la enorme vinculación existente entre régimen jurídico y calidad de vida ciudadana, imponiendo resolver con inteligencia las deficiencias del sistema de gobierno. Y en tal caso, reformando: vía atenuación, todo lo que dé pie al contenido autocrático. Pero también y, en primer lugar, acrecentando todo lo que dé pie al elemento democrático, ya que este es un modelo de desarrollo que opera como axioma, el menos implausible de todas las formas conocidas para organizar la coexistencia civil racionalmente.

Una propuesta que alienta un modelo de democracia deliberativa: desarrollo

²² V. FERREYRA, Raúl Gustavo: “Crisis de las potestades del Congreso. A propósito de algunas patologías del sistema de gobierno presidencialista argentino”, ponencia presentada para el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tema 6: “Relaciones entre Gobierno y Congreso”, Ciudad de México, 12-15 de febrero de 2002. Publicado en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, “Relaciones entre Gobierno y Congreso”, Cecilia Mora Donato coordinadora, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, pp. 211-249.

y fortalecimiento de competencias del Congreso –con actuación de los diputados en todas las tareas parlamentarias–, constituyéndolo en teatro de la democracia, en cuyo escenario quede representada la colaboración política y se abandone el enfrentamiento, tendencia tan característica del sistema hiperpresidencialista.

4.b. El Más Alto Tribunal de Justicia: los criterios de decisión jurídica.

Definir constitucionalmente, con mayor agudeza y precisión, el papel de la Corte Suprema de Justicia, para que recupere un rol activo en el control de constitucionalidad, descartando una corte ocupada en cumplir funciones constituyentes que no competen como hizo inconstitucionalmente en 1999 en la causa “Fayt”.²³ Particularmente, he sostenido²⁴ que el análisis de las disposiciones de la Constitución de la Argentina revela que el papel institucional de la CSJN es, en forma sustantiva, el papel de la cuestión jurisdiccional.

Para cumplir con los mandatos constitucionales deben recorrerse básicamente tres senderos, que comportan otras tantas funciones: (a) decidir o dirimir conflictos, tanto en su jurisdicción por apelación ordinaria como en la originaria; (b) jurisdicción constitucional, en la que tiene lugar la actividad cumbre de la potestad, el control judicial de constitucionalidad, actividad decisoria que puede insertarse en cualquiera de las hipótesis jurisdiccionales que anteceden o, específicamente, como jurisdicción por apelación extraordinaria; y (c) el autogobierno (potestad hoy en apariencia concurrente en razón de la existencia del Consejo de la Magistratura). La proposición capital es que son las disposiciones normativas que organizan el sistema jurídico sobre el cual se apoya la CSJN –o el exagerado estiramiento que de ellas se hace por vía de la interpretación– las que, precisa y concretamente, comprometen un funcionamiento racional y eficiente del órgano. El horizonte de proyección más cercano que origina el problema es un fuerte y serio debilitamiento de la función de control de la constitucionalidad.

Al desmenuzarse la cuestión principal, se distingue una colección de siete subproblemas:

- ¿Obligatoriedad o no de la doctrina judicial emergente de los fallos de la Corte?
- ¿Codificación o dispersión de las disposiciones normativas que regulan los procesos constitucionales?
- Quid de las sentencias arbitrarias: ¿la Corte como Tribunal de 3.^a instancia

²³ Ver, por ejemplo, la crítica de SOLA, Juan Vicente: *Control de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, pp. 290-293.

²⁴ V. FERREYRA, Raúl Gustavo: “Corte Suprema de Justicia argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Tema II: “Derecho Constitucional. 2. Control de la constitucionalidad”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 9-14 de febrero de 2004, México, D.F., publicado en *Derecho Constitucional, Memoria*, Miguel Carbonell, coordinador, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, pp. 483-522.

o solamente para uniformar criterios o intervenir en cuestiones trascendentes debido al notorio desacierto en la aplicación del Derecho?

- ¿Estabilidad vitalicia o estabilidad relativa para los magistrados que integran la CSJN? Si la única forma racional de explicar la estabilidad constitucional es apelando al argumento del “diálogo entre generaciones”, que una tras otra, “dialogando entre sí”, permiten ir urdiendo la perdurabilidad o no del acuerdo originario, hacen que se considere que esta suerte de conversación entre generaciones²⁵ es la forma más persuasiva y la que mejor serviría para rechazar un enunciado que se sugiere como paradoja de la democracia constitucional:²⁶ “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”. Expuesto de este modo, la estabilidad vitalicia queda seriamente debilitada. Entonces: ¿por qué un juez de la Corte no podría durar en sus funciones determinada cantidad de años, renovable, pero dando paso a que otro juez, proveniente de otra generación, diera un nuevo punto de partida y de iluminación al diálogo constitucional?
- ¿*Quo vadis* jurisdicción discrecional (el *certiorari* argentino)?
- ¿Publicidad absoluta del procedimiento por el que tramitan los expedientes y de las decisiones que adopta el propio Tribunal o secreto?
- ¿Delimitación cierta del ámbito de las cuestiones políticas o aplicación de una doctrina al aire libre?

4.c.. El dominio de los recursos naturales

La Constitución federal sancionada en 1853-1860 no reglamentó la materia referente al dominio originario de los recursos naturales.

Las reformas de 1866 y 1898, respectivamente, nada dijeron. Se mantuvieron en silencio. La reforma constitucional de 1949 dispuso en la disposición normativa alojada en el artículo 40: La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social... Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias...”

²⁵ ACKERMAN, Bruce: *op. cit.* En sentido análogo también se pronuncia el constitucionalista alemán Peter Häberle, para quien la Constitución es un “pacto de las generaciones” a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, con estudio introductorio de Diego Valadés y traducción de Héctor Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, p. 15.

²⁶ ELSTER, Jon: *Ulysses and the sirens*, Cambridge University Press, 1979, p. 94, citado por MORESO, José Juan: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

La Constitución de 1949 fue “dejada sin efecto en 1956”, por un bando militar proveniente de un gobierno que derrocó a un presidente constitucionalmente electo, por primera vez en la Argentina, por los varones y mujeres que integraban el cuerpo electoral; nunca, hasta la segunda elección de Juan Domingo Perón, las mujeres habían tenido derecho a voto.

La reforma (in) constitucional de 1957 ratificó la vigencia de la Constitución de 1853-60, con las reformas de 1866 y 1898.

La reforma constitucional de 1994 reglamentó - equivocadamente- el punto en el artículo 124: “..Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio...”.

Fue una mala decisión. Es plausible la propiedad del estado, no de las provincias, evitaría equívocos y aumenta los lazos solidarios entre provincias pobres y provincias ricas, en el marco de un federalismo de concertación, de cooperación. Y, además, si la propiedad se encuentra en cabeza de la Nación se evitaría que el debate quede limitado al pequeño ámbito provincial, y que algún servidor público provincial pudiese sentirse tentado, eventual e hipotéticamente, a “creer” o “reputar” que los recursos naturales, ya sean minas o petróleo, forman parte “de un patrimonio” casi de naturaleza personal, comprometiendo al 100% el destino de las generaciones futuras.

El dominio de los recursos naturales es una pieza clave para el desarrollo nacional. Principalmente, la cuestión energética se enlaza con las decisiones que se adopten sobre el particular. Es necesario repensar esta materia. Y, obviamente, una nueva reforma constitucional, con criterio de realidad y visión de futuro para todas las generaciones, las actuales “y nuestra posteridad” puedan acceder del uso y goce de tales bienes. Por último. El dominio de los recursos naturales en el estado federal argentino obligaría, por obvias razones, a que todas las decisiones sobre dichos bienes deberían ser adoptadas por consenso en el ámbito de los poderes constituidos federales, y no provinciales

4. d. Por otra parte, creo firmemente que la integración sudamericana, bajo la forma de Unión Sudamericana o la que resulte, requerirá un nuevo análisis jurídico sobre el texto de la Constitución federal. Los tratados constitucionales de esta naturaleza –el proceso europeo lo viene comprobando– requieren la igualdad de tratamiento de todos los estados miembros y su identidad nacional, ora inherente a sus estructuras jurídicas básicas, ora con respecto a la forma de descentralización o centralización política. Además, a no dudarlo, se planteará la complejísima cuestión de la primacía del Derecho Comunitario sudamericano sobre el propio Derecho interno. Innegablemente, la integración supone una reducción del campo de libertad de acción del Estado, pero pareciera que es esa misma reducción la que apoya un horizonte de proyección maduro para el bienestar general de los estados componentes de la Unión.

5. QUEBRAR LA QUIETUD

Finalmente: si hacer el papel (una persona o institución) puede ser entendido como ser útil a su función, cumpliendo naturalmente el ministerio con provecho, parece entonces necesario hablar de una teoría de la constitución, aclarando qué funciones manifiestas se pretenden atribuir a cada órgano constitucional, comparándolas con las funciones que ha venido cumpliendo, con las que hoy efectivamente cumple y con las que ha dejado de cumplir.

Tal política constitucional, consensuada y oportuna, podría responder a estos problemas, apelando a la reforma como motor de la transformación de la calidad institucional, para las generaciones que viven y vivirán en la Argentina del siglo XXI. Las modificaciones constitucionales pueden inspirar nuevos hechos, por ejemplo: el ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado.²⁷

Pactar un nuevo principio de identidad constitucional debería significar captar la supremacía de la ciudadanía, insertada en un Estado obligado a su respeto y promoción, sobre todo en aquellos casos de desamparo. Es un nuevo paradigma que, desdiciendo la histórica anomia (deficiencia en la organización), se orienta al cumplimiento de la Constitución. No es una bonita postal. Su comprensión más acabada o inacabada permite distinguir, con bastante certeza, el grado de cultura alcanzado por un pueblo.²⁸

Las fronteras entre las generaciones son muy imprecisas; es claro que el relevo generacional se produce, digamos, cada veinte años. La generación que hoy nos gobierna es la que hizo la reforma constitucional de 1994. Obsérvese la integración de los poderes constituidos y se disparará cualquier duda al respecto.

Quizá por eso nuestros gobernantes tienen ante ella una actitud nueva. Con fuente en sus pasados, seguramente abominarán cualquier pretensión de reformarla, sean cuales fueren su objeto y sus motivos. Las razones que abonan este inmovilismo parecen surgir del hecho de que el texto constitucional de 1994 es el producto sagrado de una hazaña irrepetible, de manera que sólo podrá reformarse del mismo modo que nació, apoyada en lo que ellos denominarán consenso, y con cierta desviación, desde luego, “consenso” se identificará con unanimidad.

Los propósitos iconoclastas de mi exposición me llevan a pensar que esta actitud es equivocada, y que sería muy bueno que los argentinos de hoy comiencen a discutir serenamente los graves defectos de la Constitución y la mejor manera de remediarlos.

Voy culminando con una impronta absolutamente inusual en mi dis-

²⁷ V. VALADÉS, Diego: *El control del poder*, 2.ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2000.

²⁸ Con acierto y originalidad señala Diego Valadés que el Derecho es un fenómeno cultural. La cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernante menos encogido. Sin cultura jurídica unos atropellan, aun sin quererlo, y otros son atropellados, incluso sin saberlo. V. VALADÉS, Diego: *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*, discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua, 25/8/2005, Universidad Nacional Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua, México, D.F., 2005, p. 28.

curso, pero sumamente gráfica. Un versículo evangélico²⁹ reza que “el día de reposo fue hecho por causa del hombre, y no el hombre por causa del día de reposo”. Con todo respeto, realizo una glosa: un nuevo momento constituyente es necesario y posible, porque la democracia ciudadana no debe estar hecha para la Constitución, sino que la Constitución debe estar hecha para proteger y encauzar la democracia que las mujeres y varones decidan libremente. Los argentinos no estamos hechos para la Constitución, la Constitución debe ser hecha para los habitantes de este suelo. Quiero decir: la Constitución es formalmente reformable. Es una vertiente política que tiene enorme primacía.

La reformabilidad es un parte elemental de nuestra Constitución federal. La reforma constitucional no es respuesta a una situación patológica del sistema jurídico. Es todo lo contrario. Se trata de un hecho fisiológico que demuestra la buena salud del propio sistema. No pongo en entredicho el paradigma de la rigidez constitucional. Contrariamente: se lo sostiene a rajatabla, porque es inadmisibles considerar la existencia de constituciones absolutamente inmodificables. Que existan reglas concretas de inmodificabilidad, como parece muy razonable porque la misma idea de constitución entraña la de límites implícitos, no implica pensar ni derivar de ello, precisamente, la rigidez absoluta. Nuestra Constitución prevé el procedimiento de reforma en el artículo 30 constitucional, y casi todas, por no decir todas, las constituciones de los diferentes Estados del mundo prevén un proceso de reforma, aunque difieren en la reglamentación. Consecuentemente, la reformabilidad es una singularidad, una peculiaridad que afirma la propia supremacía de la Constitución, en lugar de desvirtuarla.

La Constitución federal es un instrumento destinado a la preservación de la libertad. De no ser así, no habría merecido que se luchara por ella. Ni en 1853. Ni en 1983.

Entre 1983-2012 lo que ha distinguido a la Constitución federal de la Argentina ha sido un proceso de gobierno, antes que el congelamiento de valores sustantivos. En la letra, la democracia constitucional argentina es representativa, basada en la participación ciudadana³⁰; es decir, el cuerpo electoral delega a ciertos y determinados servidores públicos la capacidad de hablar por ellos y tomar decisiones. Desde luego, la representación implica responsabilidad y rendición de cuentas por parte de los gobernantes. El representante es responsable ante quienes lo autorizaron a hablar en su nombre. Esta nueva categoría, la democracia delegativa o de baja intensidad, hace pie en el hecho de que la persona que gana la elección presidencial se encuentra autorizada a gobernar como le plazca, solo restringido por la cruda realidad emergente de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato. La democracia delegativa se desarrolla en el presidencialismo; el presidente es

²⁹ *Santa Biblia*, Marcos 2, 27, Sociedad Bíblica Argentina, Buenos Aires, 1975, p. 914.

³⁰ Téngase en cuenta que las formas de democracia semidirecta, constitucionalizadas en 1994, prácticamente no han sido puestas en funcionamiento, primordialmente, por inacción del gobernante.

considerado la encarnación de la Nación y las medidas de gobierno no necesitan guardar parecido con los anuncios de la campaña electoral. Los presidentes, además, suelen verse a sí mismos como personajes por encima y por fuera del sistema de partidos y de los intereses comunitarios organizados³¹. En los escenarios de democracia delegativa, los partidos, el Congreso y la prensa son libres, pero constituyen, en un sentido fuerte, junto con los tribunales de justicia, un estorbo u obstáculo a la tarea del presidente, quien en su carrera hacia el absolutismo cree reunir en su persona la carta de navegación del destino del país. Elegido el presidente, pues, en la democracia delegativa, es esperable que los delegantes ciudadanos complacientemente constituyan una audiencia pasiva de todo lo que haga el presidente. Ciertamente, lo que diferencia marcadamente a la democracia delegativa de la democracia representativa es la debilidad de los controles. Como se dijera al inicio los controles interórganicos, horizontales, es decir una red de poderes relativamente autónomos que puedan examinar y cuestionar y de ser necesario sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos, no es puesto en funcionamiento o cuando se ejecuta es extremadamente débil en la democracia argentina.

Quizá, sencillamente, la idea rectora no permite ir más lejos que esto: la defensa de la función constituyente (creación del Derecho) puede quedar pulverizada si se acepta que otro órgano que no sea una Convención Constituyente elegida por el pueblo tenga competencia para hacerlo. Una democracia producida por ciudadanos para ciudadanos, cuyo cauce es una Constitución, y en la que depositen la máxima convicción para cumplir con sus mandatos. En rigor, el reto que impone el siglo XXI es conquistar una democracia de ciudadanas y ciudadanos.³²

Atribuir un juicio pesimista sobre nuestro presente no agrega nada.

Plantear la necesidad jurídica de una reforma constitucional significa admitir que no es posible la existencia racional de la Constitución federal actualmente vigente, sin cierta acción o suceso sobre ella. Además, la posibilidad de que un programa de reforma tenga algún éxito se halla estrechamente ligado al adversario político, sin cuyo concurso la reforma no es realizable. Alcanzar la reforma constitucional es obra de todos, no hay vencedores ni vencidos, porque es el máximo tratado para permitir la convivencia comunitaria.

Decir que es “necesario” reformar la Constitución comporta, asimismo, despegar de la trayectoria básica de la historia argentina, sobre todo en los últimos ochenta años, donde ha habido dos fuentes de producción del sistema jurídico. Una fuente de producción democrática y una fuente de producción no democrática. ¿Cuál es el criterio que provoca y da fundamento a la distinción?

³¹ V. O'Donnell, Guillermo: *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paídos, Buenos Aires, 1ª edición, 1997, 287-304.

³² V. BIELSA, Rafael: “La política exterior argentina”, en AA. VV.: *Estado y Globalización. El caso argentino*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 17.

Nótese que esta distinción no permite esta otra. Hay, por un lado, reglas constitucionales cuyo conocimiento puede ser descrito o estipulado apelándose al texto de la Constitución; en un caso se detecta un significado, en el otro se lo adjudica. Empero, la experiencia, la debacle del Estado argentino ha puesto en evidencia la existencia de un Derecho que no pertenece a ninguna de estas fuentes. Se trata de Derecho estatal, no constitucional, aplicable, coercitivo, que claramente crea poderes afectando derechos fuera de lo autorizado en la Constitución. Este hecho patológico generó –y, sin ánimo de profecías, seguirá generando– profunda incertidumbre, a menos que se tome debidamente en serio jugar dentro del campo de la Constitución. Se trataría, pues, en caso de decidirse por la estricta observancia de las reglas constitucionales, de uno de los mayores cambios culturales del siglo XXI. La Argentina precisa un nuevo contrato, razón por la cual sería bueno mantener los aspectos positivos de la reforma constitucional de 1994 y de introducir las modificaciones necesarias, en aspectos como la educación, la reforma política y la reforma judicial.³³

La permanente inestabilidad del sistema constitucional federal se halla asociada, básicamente, a una desproporcionada atribución de poderes al Presidente, resultando insatisfactorio en la mayoría de los casos cualquier tipo o clase de control que razonablemente se pretenda ejercer sobre sus atribuciones. Se trata, pues, de alterar este punto concreto, intentando paralelamente que la política que se desarrolle en el futuro sea, en efecto, políticamente constitucional. Un cambio con tales dimensiones sólo puede verificarse a partir de un gigantesco consenso nacional sobre valores amplia e indiscutiblemente compartidos. De producirse un acuerdo de tales características, sospecho, podría especularse que las consecuencias de tal acuerdo serían duraderas y generales, permitiendo que la Argentina sea vivida por nosotros, por nuestra prosperidad y por todos los hombres del mundo que quieran habitar este suelo.³⁴

Al fin y al cabo, no resulta necesario justificar que las reglas se siguen o no se siguen. Su naturaleza vinculante es indiscutible, naturaleza que solamente puede ser puesta en entredicho cuando la irracionalidad de la regla no estimula que su demarcación sea satisfecha.

³³ V. ALTERINI, Atilio: *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 188.

³⁴ No ignoro la atinada reflexión de Roberto Gargarella: tal vez la principal dificultad que enfrenta cualquier proceso de reforma es de carácter estructural, y es la siguiente: muchas de las reformas más importantes que se requieren deben ser diseñadas e instrumentadas por los mismos individuos que pueden resultar perjudicados por ellas. Empero, entreveo que una profunda movilización ciudadana, eventualmente, podría aliviar esta fuerte observación (V. GARGARELLA, Roberto: "Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional", *JA*, Lexis Nexis, 2004-III, pp. 963-975).



Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 | Dionísio Torres | Fortaleza - Ceará
Tel. 85 3105.7900 | Fax. 85 3272.6069 | atendimento01@graficalcr.com.br