



# NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO 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 Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2008/2

# NOMOS

**Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**

Volume 28.2 – jul/dez – 2008/2

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Theresa Rachel Couto Correia

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

**Design**

Jônatas Barros

Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.  
v. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral.  
Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal  
do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito  
Curso de Mestrado em Direito.



## SOBRE OS AUTORES

---

Ana Maria D'Ávila Lopes

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Ana Stela Vieira Mendes

Mestranda em Ordem Jurídica e Constitucional – UFC. Bolsista da FUNCAP.

Armelle Renaut-Couteau

Professora de Direito - *Université du Havre* – França.

Cynara Monteiro Mariano

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada.

Denise Lucena Cavalcante

Professora de Direito Tributário e Financeiro – UFC. Mestre em Direito – UFC. Doutora em Direito – PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

Diane de Bellescize

Professora de Direito – *Université du Havre* – França.

Diogo Leite de Campos

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Francisco Regis Frota Araujo

Advogado e economista. Doutor pela Universidade de Santiago de Compostela-Espanha. Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC.

Gilles Lebreton

Professor de Direito – *Université du Havre* – França. Diretor do GREDFIC de l'Université du Havre – França.

Heleno Taveira Tôres

Professor e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

Hugo de Brito Machado Segundo

Advogado. Mestre em Direito pela UFC. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor. Professor da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito.

Joaquim Falcão

Professor de Teoria do Direito Constitucional e Diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Leda Rouquayrol Guillemette

Mestre em Direito pela UFC. Doutora pela Université Paris IX – Dauphine. Professora titular na *Université du Havre* – França.

Patrícia Rosset

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Subárea Direito Constitucional. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Professora. Consultora. Advogada.

Paulo Ferreira da Cunha

Professor Catedrático de Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutor em Direito das Universidades de Coimbra e Paris II.

Reginaldo Rodrigues da Costa

Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS. Professor de Ética Contemporânea e de Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE. Professor de Filosofia do Estado do Mestrado em Direito da UFC e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC.

Sérgio Vasques

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

William Paiva Marques Jr.

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da UFC. Advogado.

.



## EDITORIAL

Oferta-se à comunidade jurídica mais um número da Revista Nomos, periódico semestral editado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará, referente ao semestre 2008.2.

Embora não se trate de edição especial, a presente edição se reveste de peculiaridades que a tornam ainda mais atrativa. Sendo o eixo temático do Programa os direitos fundamentais, configuram importante momento de reflexão os vinte anos da Constituição Federal, motivando a realização de evento internacional para a discussão dos temas relativos à justiça social: o Congresso Franco-Brasileiro de Direito Constitucional; realizado nos dias 29 a 31 de outubro, em Fortaleza, reunindo professores do Programa e da Université Le Havre – França, contando ainda com expositores de outras IES. Parte das produtivas discussões realizadas no evento foi publicada nessa edição. O periódico dividi-se em três partes: uma referente à doutrina nacional, outra concernente à doutrina estrangeira e, por fim, na parte especial foram publicadas algumas das conferências do Congresso Franco-Brasileiro.

Na doutrina nacional, foram abordados: “O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro”, por Cynara Monteiro Mariano; “Algumas notas sobre a invocação do princípio da livre concorrência nas relações tributárias”, por Hugo de Brito Machado Segundo; o “Processo legislativo e participação cidadã”, por Patrícia Rosset; “Direito Tributário, Constituição e meio ambiente”, por Denise Lucena Cavalcante e Ana Stela Vieira e o “O princípio constitucional da solidariedade e seu caráter interdisciplinar na doutrina e jurisprudência brasileira”, por Francisco Régis Frota e William Marques Júnior.

Na doutrina estrangeira, colaboram o Professor Diogo Leite Campos, com “O combate à fraude fiscal e o Estado de Direito em Portugal”; assim como o professor Diogo Sérgio Vasques, versando sobre “A responsabilidade do gestor em empresas na lei geral tributária portuguesa” e o professor Paulo Ferreira da Cunha, abordando “Liberdade, ética e direito”.

Entre as conferências proferidas no Congresso Franco-Brasileiro, constam as intervenções dos professores da *Université du Havre*, com o Professor Gilles Lebreton abordando “La lutte contre les discriminations raciales en France”; a Professora Diane de Bellescize versando sobre “La Convention européenne des droits de l’homme et la liberté d’expression”; a professora Armelle Renaut-Couteau enfocando “L’effectivité des droits de l’homme dans l’Union européenne” e a professora Leda Rouquaurol Guillemette, abordando “Cooperação comunitária e justiça social”. Os Professores Joaquim Falcão e Ana Maria D’Ávila Lopes publicam as suas manifestações, sob os títulos, respectivos, de “Uma reforma muito além do judiciário” e “Desafios e Perspectivas dos direitos das minorias no século XXI”.

Estimula-se e produz-se o debate das questões jurídicas mais importantes, essa é a essência e razão da existência do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC e de sua revista.

Fortaleza, 20 de outubro de 2008

**João Luis Nogueira Matias**  
Coordenador







## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO <i>Cynara Monteiro Mariano</i> .....	13
CONSTITUIÇÃO, DIREITO TRIBUTÁRIO E MEIO AMBIENTE <i>Denise Lucena Cavalcante e Ana Stela Vieira Mendes</i> .....	29
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E SEU CARÁTER INTERDISCIPLINAR NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS <i>Francisco Regis Frota Araujo e William Paiva Marques Jr.</i> .....	41
ALGUMAS NOTAS SOBRE A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "LIVRE CONCORRÊNCIA" NAS RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS <i>Hugo de Brito Machado Segundo</i> .....	61
PROCESSO LEGISLATIVO E A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ <i>Patrícia Rosset</i> .....	83

### DOCTRINA ESTRANGEIRA

O COMBATE À FRAUDE FISCAL E O ESTADO DE DIREITO EM PORTUGAL <i>Diogo Leite de Campo</i> .....	99
LIBERDADE, ÉTICA E DIREITO <i>Paulo Ferreira da Cunha</i> .....	111
A RESPONSABILIDADE DO GESTOR DE EMPRESAS NA LEI GERAL TRIBUTÁRIA PORTUGUESA <i>Sérgio Vasques</i> .....	139

## PARTE ESPECIAL

CONFERÊNCIAS DO CONGRESSO FRANCO – BRASILEIRO DE  
DIREITO CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA SOCIAL NO SÉC XXI

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO SÉCULO XXI <i>Ana Maria D'Ávila Lopes</i> .....	161
LA CONCEPTION DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES PAR L'UNION EUROPÉENNE <i>Armelle Renault-Couteau</i> .....	171
LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION <i>Diane de Bellescize</i> .....	185
LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS RACIALES EN FRANCE <i>Gilles Lebreton</i> .....	205
DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: O CASO DOS MUNICÍPIOS <i>Heleno Taveira Tôres</i> .....	221
UMA REFORMA MUITO ALÉM DO JUDICIÁRIO <i>Joaquim Falcão</i> .....	251
A UNIÃO EUROPÉIA E A POLÍTICA DE COOPERAÇÃO E DE AJUDA EXTERIOR AO BRASIL NO SETOR DA COESÃO SOCIAL <i>Leda Rouquayrol Guillemette</i> .....	263
JUSTIFICAÇÃO RACIONAL, IDÉIA DE DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALIDADE <i>Reginaldo Rodrigues da Costa</i> .....	279

---

## DOUTRINA NACIONAL

---





# O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

---

*Cynara Monteiro Mariano*<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho disserta sobre os debates acerca da teoria da separação dos poderes no pensamento constitucional brasileiro e da influência que os nossos constitucionalistas tiveram do presidencialismo norte-americano e das célebres formulações de Montesquieu e Benjamin Constant, numa abordagem que visa demonstrar a tradição brasileira de predominância do executivo e do judiciário em detrimento do legislativo. Busca também investigar as origens históricas e políticas do pioneirismo brasileiro na introdução do Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824, e a relação da introdução desse mecanismo com os debates modernos acerca da titularidade da jurisdição constitucional.

## Palavras-chaves

Separação de poderes. Pensamento constitucional. Poder moderador.

## ABSTRACT

The present work dissertates on the debates concerning the separation theory of the powers in the Brazilian constitutional thought and the influence that our constitutionalists had from the North American presidentialism and from the famous formulations of Montesquieu and Benjamin Constant, through an approach that seeks to demonstrate the Brazilian tradition of the executive and judiciary predominance to the detriment of the legislative. It also seeks to investigate the historical and political origins of the Brazilian pioneering in the introduction of the Moderator Power in the Imperial Constitution of 1824, and the relationship of the introduction of that mechanism with the modern debates concerning the titularity of the constitutional jurisdiction.

## Key-word

Separation theory of the powers. Brazilian constitutional thought. Moderator Power.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema acerca da separação de poderes ainda é corrente no debate político dos dias atuais. No caso brasileiro, o assunto tem vindo à tona com mais

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogada e Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP). Contato: [cynaramariano@gmail.com](mailto:cynaramariano@gmail.com) ou [cynara@cezarferreira.com.br](mailto:cynara@cezarferreira.com.br).

vigor em razão da crescente crise institucional entre os poderes republicanos, estabelecida notadamente pela ingerência do Judiciário e do Executivo nas esferas de competências típicas do Legislativo.

Esse fenômeno, contudo, pertence à tradição do pensamento constitucional brasileiro que, profundamente inspirado no presidencialismo norte-americano, sedimentou as bases constitucionais para o exercício de um executivo forte (e seguidas vezes, autoritário) e um judiciário ativista, no que resultou o enfraquecimento do legislativo, que sequer chegou a operar em algumas fases da República presidencial.

O presente estudo, por seu turno, sem pretender esgotar o objeto da discussão, buscará investigar as origens históricas, políticas e ideológicas que permearam os debates sobre o princípio da separação de poderes no Brasil, bem como demonstrar as diferentes interpretações que foram conferidas à clássica teoria de Montesquieu pelos sistemas jurídicos americano e europeu.

Por estar indissociada dessas reflexões, será também analisada a experiência do Poder Moderador entre nós, com a adoção da teoria tetrapartida dos poderes de Benjamin Constant, introduzida na Constituição imperial de 1824 de forma pioneira, até então, no contexto dos diplomas constitucionais do mundo moderno.

## 2 SEPARAÇÃO DE PODERES NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS DIVERGENTES INTERPRETAÇÕES À TEORIA CLÁSSICA DE MONTESQUIEU

A Constituição do Império estabeleceu quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador, competindo a este último velar sobre a harmonia e independência dos poderes (arts. 10 e 98). Dispunha a de 1891, no art. 15, que “são órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Declarava a de 1934: “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (art. 3.º).

Desse modo, o princípio da separação de poderes foi introduzido na realidade brasileira por força da Constituição imperial e por obra da influência de Montesquieu e Benjamin Constant no pensamento constitucional brasileiro. Mas interessa, sobretudo, notar que as reflexões brasileiras, quanto à necessidade da limitação e contenção do poder, lograram êxito em traduzir com fidelidade o conteúdo da formulação de Montesquieu.

José Antonio Pimenta Bueno, o primeiro pensador liberal do Império, ao comentar a Constituição imperial e a separação dos poderes, afirmou que

[...] essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real

dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder. (BUENO, 1958, p.31-32).

Assim, pode-se constatar que a Constituição imperial trouxe à realidade brasileira uma acertada exegese da teoria de Montesquieu.

Montesquieu, como já o disseram Auguste Comte e Durkheim, pode ser considerado como o fundador da ciência política, entretanto, a sua célebre teoria da separação dos poderes não possui o alcance que tradicionalmente se lhe foi empregado, a significar uma racional delimitação das funções estatais, pois, em verdade, tratou-se de uma teoria que teve como principal formulação estabelecer ferramentas de moderação do exercício do poder do monarca, por meio do estabelecimento de técnicas de combinação e fusão de poderes entre as funções estatais (ALTHUSSER, 1959, p. 11, 102-105).

O ponto central de sua teoria, portanto, foi o estabelecimento de limites ao poder. Um sistema adicional de freios e contrapesos recíprocos, de modo que o poder possa deter o poder, no que é possível constatar a fidedignidade com que essa concepção foi traduzida na Constituição imperial brasileira.<sup>2</sup>

A moderação idealizada por Montesquieu não significou, portanto, um postulado de respeito à legalidade, mas uma limitação da investida de uma função pelo poder conferido às outras. E isto para resguardar o poder do monarca e da nobreza contra possíveis insurreições das classes populares, razão porque Louis Althusser o definia como “le champion de la noblesse et de la féodalité” (ALTHUSSER, 1959, p. 107).

O certo é que sua teoria influenciou profundamente os sistemas jurídicos, tanto o americano quanto o europeu e, como visto, igualmente o brasileiro. Mas as suas concepções foram interpretadas e incorporadas de forma diametralmente oposta pelos Estados Unidos da América e pela Europa ocidental, no que resultou, como se conhece, em dois modelos paradigmáticos de organização administrativa e de jurisdição constitucional.

Com efeito, a distinção entre a sistemática dos dois modelos de jurisdição constitucional, deve-se às diferentes interpretações conferidas pelos revolucionários americanos e franceses à teoria da separação de poderes de Montesquieu, em função das condições históricas e políticas, produzindo efeitos radicalmente opostos na Constituição dos Estados Unidos e na Europa continental, pois enquanto que nesta, a formulação de Montesquieu elevou o Legislativo à condição de poder soberano, na América do Norte a mesma concepção resultou no fortalecimento do Executivo e do Judiciário.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Nas palavras de Montesquieu: “C’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (WALCKENAER, 1877, p. 269)

<sup>3</sup> Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma ser a crítica às formas de exercício da jurisdição

Na Europa, a burguesia revolucionária, desconfiada dos *parlements* (tribunais do antigo regime), em virtude do seu papel ao mesmo tempo conservador e servil ao soberano, subtraiu do Judiciário idealizado por Montesquieu no *L'Esprit des Loix*, um importante aspecto, que era a competência para exercitar o controle de compatibilidade entre legislação e as “leis fundamentais”, ou seja, a competência do Judiciário para exercer o que se conhece modernamente por controle da constitucionalidade das leis (ROCHA, 1995, p. 88-89).

Nos Estados Unidos, ao revés, os revolucionários americanos, hostis à idéia de submissão às arbitrarias leis que a Assembléia inglesa impunha para as colônias americanas, trataram de controlar o nascente legislativo estadunidense, criando, desse modo, a fiscalização exercida sobre ele pelo Judiciário, para evitar na Federação americana a instalação da ditadura legislativa que imaginavam existir na Inglaterra, sendo estas, pois, as razões históricas da supremacia do Legislativo na Europa continental e da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América (ROCHA, 1995, p. 91).

Outro aspecto que contribuiu para a supremacia do Judiciário no modelo americano, além da influência de Montesquieu, foi a doutrina inglesa do “judicial review”, segundo a qual há um direito fundamental de origem judicial (*commom law*)<sup>4</sup>, superior ao direito parlamentar, ou seja, ao “statute law”.

Portanto, o receio da “ditadura” do legislativo, de um lado, e a posição de supremacia do juiz, advinda da doutrina jurídica do *commom law*, de outro lado, foram os fatores determinantes para a formação do sistema judicial americano, sistema esse que, como visto, não é fruto de uma reflexão, isto é, de uma decisão deliberada sobre a conveniência desse modelo, mas a consequência natural, espontânea, da prática multissecular de seus juizes que já emergem na história como órgãos de defesa da Constituição e controle do Legislativo (ROCHA, 1995, p. 92).

De fato, quando as comunidades inglesas independentes, na América do Norte, elaboraram sua Constituição, no final do século XVIII, era natural que buscassem na história da pátria de origem a principal inspiração. As instituições inglesas foram, portanto, a matéria prima dos seus constituintes.

Cumprir registrar, ainda, que os Estados Unidos eram um terreno fértil para a influência da tripartição de poderes na versão de Montesquieu, uma vez

---

constitucional quase sempre dirigida em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes (HABERMAS, 2003, p. 298).

<sup>4</sup> René David, no clássico *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, registra que “a *comune ley* ou *commom law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Esse direito, em 1066, não existe. A assembléia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume jurídico, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deveria provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Courts Leet, Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro, eminentemente local” (DAVID, 1996, p. 286).



que, como nação que se antecipou ao Poder e ao Estado, era ambiente propício ao florescimento das teorias contratualistas do liberalismo, às quais se ajusta perfeitamente a teoria de Montesquieu. Ademais, o gênio criativo do direito americano muito contribuiu para a evolução e expansão da fórmula original, como o atesta a teoria dos *cheks and balances* da Constituição.

Já os revolucionários franceses imprimiram uma interpretação inteiramente distinta dos americanos acerca da doutrina de Montesquieu, consistindo, essencialmente, na subtração ao Poder Judiciário da competência, que antes detinha no Antigo Regime, de controlar a compatibilidade entre a legislação e as “leis fundamentais”, pelo que a incompetência do Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis, na Europa continental, teria sua origem mais remota na maneira como a burguesia francesa de 1789 interpretou a doutrina de Montesquieu.

Para os revolucionários franceses, e de acordo com Montesquieu, o Judiciário não é considerado propriamente um poder. Os poderes são apenas dois, o Executivo e o Legislativo, mas as funções são três, tal como o foram definidas pelo Barão: “*le roi, la chambre haute et la chambre basse*”.<sup>5</sup>

Os magistrados eram investidos apenas da função de aplicar a lei, e o deviam fazer segundo a literalidade da norma jurídica, o que ficou imortalizado na expressão do “juiz boca da lei”.<sup>6</sup>

Desse modo, a origem do modelo de jurisdição constitucional da Europa continental, que reduz o juiz ordinário a um papel secundário em relação à lei, reside tanto na interpretação conferida ao pensamento de Montesquieu pelos revolucionários de 1789, relacionado à desconfiança a respeito do Judiciário em razão do papel conservador dos tribunais do antigo regime, como igualmente no fato de a Assembléia ser um poder representativo do povo – burguesia (ROCHA, 1995, p. 94).

Essa adaptação da teoria de Montesquieu na Europa Ocidental, resultou, portanto, na supremacia do Legislativo sobre o Judiciário, e a conseqüência da condição do Legislativo na atmosfera da Revolução de 1789, de representante do povo, isto é, da burguesia, na verdade, e de sua primazia sobre os demais poderes do Estado, é que legou à Europa ocidental a conclusão de que o problema a ser enfrentado não é o de manter o equilíbrio entre os Poderes, como enunciava originariamente a moderação de Montesquieu, mas o de adequar os Poderes não representativos (Judiciário e Executivo) ao poder representativo (Legislativo).

<sup>5</sup> Essas expressões correspondem à representação das forças políticas do rei, da nobreza e do povo, respectivamente (tradução da autora).

<sup>6</sup> Essa formulação é feita por Montesquieu no livro XI da obra “Espírito das Leis”, quando afirma “*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ...*” (“Os magistrados não são mais do que a simples boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não podem moderar a sua força ou afastar o seu rigor” – tradução da autora)

Interessante registrar, a esse respeito, que até hoje, na França pós-revolucionária, o Judiciário não é poder, mas função administrativa, e isso se deveu também à influência que a teoria da representação política de Sieyès<sup>7</sup> teve na Assembléia Constituinte que discutiu e aprovou a primeira Constituição francesa, cujo artigo segundo, ao tratar dos poderes públicos, deixou claro que os poderes só poderão ser exercidos por delegação popular.<sup>8</sup>

De fato, por conferir ao Judiciário uma limitada competência para aplicar a literalidade da lei, uma vez que defendia a neutralidade absoluta dessa função, verifica-se que Montesquieu pregava, na verdade, que o sistema de contenção e equilíbrio se fazia necessário somente entre os poderes executivo e legislativo, conclusão que influenciou profundamente a organização político-administrativa do Estado francês.

Já na América do Norte, a tese do equilíbrio girou em torno dos poderes executivo e judiciário, ou seja, o influxo das idéias de Montesquieu nos Estados Unidos, dada a rejeição ao ativismo legislativo da Inglaterra, resultou no conservadorismo da Convenção de Filadélfia, que, visando também romper com a tradição monárquica inglesa, optou por convencionar a construção de uma república representativa, mas não necessariamente de uma democracia.

Esse caráter conservador pode ser observado na obra *O Federalista*, que condensa os artigos de Hamilton, Madison e Jay, onde Madison defende para a Federação americana uma simples equalização entre república e sistema representativo. Para ele, a democracia, por ser o sistema de governo exercido diretamente pelo povo, somente conviria aos Estados poucos extensos territorialmente, sendo esse o motivo pelo qual a república seria o sistema mais próprio para os territórios vastos, como o americano que se formava (HAMILTON, 2003, p. 319).

E, com efeito, o ponto de partida da teoria de Montesquieu era um Estado unitário e centralizado; o dos federalistas americanos, a existência de treze colônias.

De tudo isto, infere-se que o Brasil, que foi influenciado em maior grau pelo sistema americano, incorporou à sua tradição, portanto, a supremacia do executivo e do judiciário, em detrimento do legislativo, sendo a obra de Borges de Medeiros (MEDEIROS, 2004), a *Questão do Poder Moderador na República Presidencial*, um interessante exemplo dessa constatação.

E a singularidade dessa obra pode ser explicada especialmente pelo fato de representar uma ruptura com o modelo de República castilhistas, ao qual Borges de Medeiros dedicara toda a sua vida. Esse modelo, desejado pelo grupo

<sup>7</sup> Segundo a teoria de Sieyès, a delegação de poder decorrente do voto popular é requisito essencial para o exercício do Poder. Além disso, os juizes franceses eram descendentes da classe dominante, de maneira que seria inconcebível mantê-los sem qualquer controle no que se refere à investidura no referido Poder da República (SIEYÈS, 1973).

<sup>8</sup> Art. 2.º: “A Nação, de onde emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação” (sic).

que ascendeu ao poder com a Revolução de 30, liderada por Getúlio Vargas, queria simplesmente transplantar ao plano nacional a experiência rio-grandense, implantada pelo próprio Borges de Medeiros, que eliminou o parlamento.

O certo é que no *Poder Moderador na República Presidencial*, Borges de Medeiros criticou a inspiração do presidencialismo brasileiro no norte-americano pelos vícios que esse sistema produziu entre nós - notadamente porque resultou na identificação do presidencialismo com o governo pessoal - e defendeu a democracia, o fortalecimento do legislativo e uma maior atuação dos partidos políticos e da opinião pública. Segundo ele,

[...] duma parte os textos constitucionais, e doutra a carência de controle, que só os grandes partidos e uma opinião pública consistente poderiam exercer, propiciaram o fenômeno da hipertrofia do poder presidencial. O fato da inexistência de partidos nacionais de uma opinião pública, no Brasil, criou um ambiente assas favorável ao governo pessoal, que o presidente podia exercer livremente com relativa facilidade, sem mesmo possuir dotes e habilidades excepcionais. (MEDEIROS, 2004, p. 63).

Sua crítica mordaz ao executivo forte se assentou na obra de Mirkine-Guetzévitch, *Ensaio Sintético sobre as Constituições das Nações Americanas*, que analisa o regime presidencial nos Estados Unidos e na América Latina, terminando por concluir que as Constituições latino-americanas contêm a cláusula da ditadura legal, pois, ao introduzirem o sistema presidencialista em países de “temperamento político ardente, de população mestiça, cuja maioria é formada por mestiços, sem instrução nem tradição políticas, onde a opinião pública é inexistente e substituída pela luta dos indivíduos e dos interesses pessoais”, isto significaria favorecer o estabelecimento da ditadura (GUETZÉVICH *apud* MEDEIROS, 2004, p. 56-58).

Dessa forma, segundo Borges de Medeiros, o traço característico da República presidencial teria sido a supremacia do poder executivo sobre o legislativo e a intervenção legal e extra legal do presidente nos negócios políticos do Estado, uma vez que a liderança republicana havia entendido que o fim da monarquia, abrangendo o parlamentarismo, corresponderia necessariamente ao fim do que se supunha seria o predomínio do Legislativo.

E dissertado acerca do regime ideal, o qual em sua opinião, seria a experiência do Poder Moderador, afirma:

[...] força é concluir, afinal, com a torrente de publicistas, que os dois sistemas antagônicos, o presidencialista e o parlamentarista, padecem de uma mesma diátese de forma variável: hipertrofia do executivo no primeiro; anemia do executivo no segundo. Que cumpre então fazer? Fundir ou amalgamar as virtudes e utilidades dos dois sistemas contrários, e com esses elementos constituir um novo tipo de presidencialismo, equidistante daqueles escolhos. Eis o nosso principal objetivo e quicá a maior originalidade deste projeto. (MEDEIROS, 2004, p. 66-67).

Portanto, como se pode constatar em Borges de Medeiros e pelos períodos sucessivos de governos ditatoriais, exercidos ora com a supressão ora com a inoperância do Legislativo, pertence, efetivamente, à tradição do constitucionalismo brasileiro a predominância do executivo sobre o poder representativo, o que em boa medida explica também o ativismo judicial no nosso sistema jurídico.

Quanto às reflexões de Borges de Medeiros acerca do Poder Moderador, é de se dizer que também traduzem a incorporação das idéias de Montesquieu quanto à necessidade de contenção do poder, remetendo ainda à discutível questão de a sua titularidade residir na pessoa do Imperador, na qual se pode identificar uma possível correlação com a defesa schmittiana acerca da titularidade da jurisdição constitucional, como será tratado a seguir.

### 3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO PODER MODERADOR E O DEBATE SOBRE A SUA TITULARIDADE

A teoria da tetrapartição dos poderes foi formulada em 1814 pelo mais importante publicista europeu do século XIX, Benjamin Constant, que propôs a distinção, funcional e orgânica, de um poder novo, a par do conjunto tradicional das atribuições do Rei na monarquia, o qual, desonerado da função ministerial ou executiva, passaria a ser chamado de Poder Real.

Benjamin declarava ser essa necessária distinção entre o poder real e o poder ministerial *“la clef de toute organisation politique”* (CONSTANT, 1872, p. 19-21).

No contexto brasileiro, essa idéia foi introduzida na Carta imperial de 1824, com a criação do Poder Moderador, destinado a assegurar a harmonia e independência entre os demais poderes.

Embora, portanto, não se possa atribuir a originalidade da formulação à elite política imperial do Brasil, importa registrar que, ao menos, a incorporação das idéias de Benjamin Constant ocorreu de forma pioneira no constitucionalismo brasileiro, por ocasião da Carta de 1824.

Até então semelhante previsão só existia na Constituição portuguesa, como narra Visconde do Uruguai, sem reconhecer, contudo, a originalidade do próprio Benjamin Constant:

Benjamin Constant não fez mais do que desenvolver a idéia, e separar, debaixo do nome de um poder distinto, várias atribuições, que não pertencendo, nem devendo, por sua natureza e fim, pertencer ao Executivo, tinham estado até então mais ou menos envolvidas nêle, mistura que já muitos publicistas tinham notado. [...] Quem o mostrou, porém, quem o delineou, quem o criou realmente, e assim o proclamou o Senador Alves Branco no Senado, foi o Sr. D. Pedro I, primeiramente no art. 98 da nossa Constituição, depois no art. 71 da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa.

São as únicas constituições que conheço, que consagram um quarto poder, no qual reúnem todas as atribuições marcadas no art. 101 da Constituição, em outros países envolvidas no Executivo. (URUGUAI, 1997, p. 255.).

Inovador ou não na concepção da idéia, mas indubitavelmente pioneiro, portanto, na sua incorporação ao texto constitucional, pode-se afirmar que o Poder Moderador foi introduzido no Brasil como o ápice da influência da célebre fórmula de Montesquieu, pois a ele se reservou a competência suprema de atuar sobre os demais poderes, de forma a garantir-lhes a harmonia e a independência.

A esse respeito, dissertava Pimenta Bueno sobre a instância do Poder Moderador:

[...] é a suprema inspeção da nação [...], de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão: é enfim a mais elevada força social, o órgão público mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação. (BUENO, 1958, p. 31-32).

Borges de Medeiros, por sua vez, pensava o Poder Moderador como a fórmula ideal para corrigir os abusos do presidencialismo, sem implicar o retorno do parlamentarismo, isto é, identificava no Poder Moderador a solução eficaz para conter o arbítrio do poder pessoal sem resultar na preponderância do legislativo, que, por sua vez, ocasiona a instabilidade ministerial, gerando o mesmo desarranjo político.

Disso se extrai que ao Poder Moderador foi conferida a qualidade de Poder moderado, como o próprio nome indica, ou seja, de poder apto a realizar a moderação, a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes, o que significa que até mesmo pela semântica, a experiência brasileira foi mais fiel à formulação de Montesquieu do que a idéia quicá original de Benjamin Constant quanto ao seu Poder Real.

Essa constatação, todavia, não permite concluir que, diferentemente de Constant, a proposta de titularidade do quarto poder brasileiro seria diversa da pessoa do Imperador, pois, ainda em virtude da influência religiosa no pensamento político brasileiro da época, não se identifica em nossa história constitucional a defesa dessa titularidade em instância outra que não fosse a pessoa do Imperador.

O traço comum e marcante, que se contrapõe, como será visto a seguir, com a tese schmittiana, é que a função do Moderador deveria se distinguir da função ministerial, a indicar, portanto, a função executiva.

Acerca da titularidade do Poder Moderador, Pimenta Bueno assim defendia:

[...] pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao imperante, por isso mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da coroa, independente do ministério. O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste. (BUENO, 1958, p. 202).

Da mesma forma, Visconde do Uruguai afirmava que

[...] pela natureza e fins dos atos que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no Chefe Supremo do Estado que é permanente, desapaixonado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, a' te mesmo porque é inviolável [...]. Não pode, sem graves inconvenientes e sem perder a qualidade de neutro e moderador, residir o poder que assim se denomina no Executivo, ou depender dos Ministros, os quais ordinariamente são chefes ou homens de partidos, ou dependentes destes. São muito mais suspeitos, muito mais apaixonados, muito mais dependentes nos atos necessários para restabelecer um equilíbrio, e uma harmonia, que muitas vezes eles próprios destruíram, do que o Chefe Supremo do Estado, o qual sempre permanece tal, qualquer que seja o partido dominante, qualquer que seja o Ministério, e que tem de preservar o Trono para a sua descendência, e com ele a forma Monárquico-Representativa. (URUGUAI, 1997, p. 261).

Logo, observa-se a defesa do Poder Moderador como poder imperial, e não ministerial, o que indica que apesar de residir na pessoa do Imperador, não se confundia com as atribuições executivas, conclusão essa que é reforçada pelas seguintes passagens da obra de Borges de Medeiros:

Em nossa concepção, o rol do presidente consistirá em presidir a República como o seu primeiro magistrado, e não como o seu primeiro líder político. Fora da atmosfera dos partidos e posto na posição de livrar-se de qualquer influxo dos interesses e paixões do mundo político, há de ele reunir os predicados e requisitos que fazem o verdadeiro magistrado. A sua independência deverá ser real e insuspeitável, e a sua autoridade bastante forte para que se imponha sem contraste. Cérebro do Estado, competir-lhe-á regular, coordenar e moderar a ação dos outros poderes públicos, assegurando-lhes a harmonia, entre si, e o livre exercício de cada um, dentro dos limites constitucionais. Não se lhe concederá mais o poder executivo, que é apenas um ramo do poder público. Se ele continuasse a exercê-lo, seria fatal a reincidência crônica dos males que se propôs sanar a revolução de 1930. Outras, porém, hão de ser as suas faculdades, e outro poder que elas devem conferir-lhe.

Separado dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ele constituirá o quarto poder do Estado, o poder moderador da República. (IDEM, IBIDEM, p. 67-68)

Verdade é que, em que pese sua distinção com a função executiva, o Poder Moderador ainda foi alvo de fortes críticas, notadamente dos liberais da época, por ser ele um poder pessoal concedido ao Imperador.

Nesse tocante, são curiosas as idéias de Borges de Medeiros, ao sustentar que ele não poderia ser delegado a um corpo coletivo, pois, dada a divisão de vontades, que ele denomina de “enfermidade orgânica dos corpos coletivos”, isto seria um grande inconveniente para o exercício de uma função unificadora e harmonizadora, como a função do Moderador. (MEDEIROS, 2004, p. 74).

Ou seja, pairando sobre o Poder Moderador a discussão acerca da titularidade na pessoa do Chefe de Estado ou no corpo coletivo, é possível traçar um paralelo dessa reflexão com o embate clássico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a respeito da titularidade do exercício da jurisdição constitucional.

Kelsen, como se sabe, construiu um modelo de jurisdição constitucional que outorgou a um corpo coletivo, distinto do Judiciário e dos demais poderes, a privatividade do juízo de compatibilidade entre as leis ordinárias e o texto constitucional.

Esse sistema tentou ensaiar, sem êxito, seus primeiros passos com a Constituição de Weimar e, mais precisamente, com a Constituição austríaca de 1920, projetada por Kelsen, e aperfeiçoada em 1929. Todavia, devido a uma reforma totalitária da Constituição austríaca, que culminou, inclusive, na destituição do próprio Kelsen do cargo de juiz vitalício do Tribunal Constitucional austríaco, o sistema consolidou-se apenas em 1945, expandindo-se depois por toda a Europa, influenciando a criação da Corte Constitucional italiana e do Tribunal Constitucional alemão, cristalizando-se definitivamente nos anos 1970-1980, com o surgimento do Tribunal Constitucional português, da justiça constitucional na Espanha e em outros países europeus, como Polônia e Bélgica.

Desde então o controle de constitucionalidade deixou, portanto, de ser visto apenas como uma excentricidade estadunidense, passando a conhecer uma fórmula que implicou numa nova concepção de sistema constitucional e que produziu um profundo impacto sobre a divisão dos poderes – a criação do Tribunal Constitucional.

O gênio kelseniano, cômico de que o sistema norte-americano só poderia operar na realidade sócio-histórica das instituições próprias do *common law*, criou um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura romano-germânica, atribuindo a um órgão especializado, a que denominou de Tribunal Constitucional, a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, como um poderoso instrumento de fortalecimento da democracia, já que a simples menção de recorrer ao Tribunal poderia consistir, nas mãos da minoria, o meio idôneo para impedir a ditadura da maioria. (PEREZ ROYO, Javier, 1988, p. 42-43).

Por sua vez, contrariando à idéia de Kelsen, de atribuir ao Tribunal Constitucional a função de guardião da Constituição, ficou célebre a polêmica levantada por Carl Schmitt, quando lançou, em 1931, "A defesa da Constituição", sendo veementemente rebatido por Kelsen no livro "Quem deve ser o defensor da Constituição?".

Os dois mestres do direito público germânico concordavam que o ambiente político ocidental do século XX exigia um defensor da Constituição. Schmitt, contudo, entendia que essa função deveria caber exclusivamente ao chefe de Estado da Constituição de Weimar, inclusive porque eleito diretamente pelo povo inteiro. Outorgar essa função a um Tribunal Constitucional implicaria em politização do poder judiciário.

Kelsen replicou, mas não discordando que o Chefe de Estado pudesse agir como defensor da Constituição. Discordava da idéia de que ele fosse o único. Como outro ponto de superação às objeções de Schmitt, Kelsen dizia que o Tribunal Constitucional não deveria integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes. E, como não via diferença entre legislação e aplicação do direito, não seria absurdo denominar a função desse Tribunal de jurisdição. O que realmente destruiria a democracia seria entregar o poder de defender a Constituição unicamente a um Chefe de Estado, que, pelo menos na prática da Constituição de Weimar, nada mais tem de poder neutro, pois cada vez mais, domina a política da República.

Ambos os mestres, todavia, concordavam num aspecto: atribuir a função de guarda da Constituição ao Poder Judiciário implicaria numa politização ruïnosa desse Poder e ao próprio Estado de direito, pois o Judiciário estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Executivo, conclusão essa que, modernamente, é corroborada por quase todos os constitucionalistas ocidentais.<sup>9</sup>

Dessa forma, como se pode observar, sem dúvida houve no pensamento constitucional brasileiro profundas reflexões acerca de temas que também permearam o pensamento constitucional europeu e americano, e que o nosso sistema jurídico incorporou, de fato, muitas das idéias desse último, o que justifica, em grande parte, a crise que aqui se verifica atualmente no tocante ao agenciamento dos poderes republicanos.

#### 4 CONCLUSÕES

Pode-se concluir, com estas digressões, que o tema da separação de poderes foi merecedor de muitos debates no pensamento político brasileiro, e que se não lhe pode imputar a originalidade, ao menos revela que havia na elite política do Império e da República presidencial a preocupação com a contenção do exercício do poder, por vezes visando a democracia, por outras, o arbítrio, como a nossa história constitucional conheceu.

<sup>9</sup> Nesse sentido, v. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1992, p. 160.



E com a experiência inovadora do Poder Moderador, pode-se constatar que a busca pela adoção da teoria de Montesquieu atingiu seu ápice, sendo também interessante verificar que a polêmica em torno da titularidade desse poder tinha por centro a busca pela neutralidade, no caso, por uma instância infalível, fundada na crença das virtudes inabaláveis do Imperador, resultante da influência da doutrina católica que ainda domina a época.

Com efeito, interessante é o legado de que a confiança do exercício desse poder, que seria a instância máxima e suprema da nação, não deveria ser confiada a qualquer dos outros poderes, mas sim a um quarto poder, que não pertenceria à estrutura de qualquer dos demais, o que remete às discussões a respeito da necessidade da adoção do Tribunal constitucional no Brasil, como instância capaz de superar o crescente avanço do Judiciário sobre os demais poderes da República.

Essa crise, por certo, não se resolverá com mudanças na organização judiciária em si mesma nem com mudanças no aparato processual, ou mesmo com a multiplicação dos quadros. O caso requer uma reformulação da teoria da separação dos poderes, superando a tradicional concepção da divisão tripartida, como há muito tempo já se verificou na Europa continental e até mesmo em épocas passadas da realidade brasileira.

Nesse ponto, o constituinte brasileiro de 1988 perdeu, portanto, uma grande oportunidade ao manter intocado o agenciamento clássico de poderes, na visão tripartida. E o que foi mais grave: entregou a delicada função juspolítica de guarda da Constituição, que exige um Tribunal Constitucional, aos órgãos judiciários, no que resultou uma maior politização do poder judiciário brasileiro e sua crescente invasão sobre as competências dos outros poderes, especialmente o Legislativo. A quem, então, deve ser atribuída a função de guarda da Constituição? Ao Chefe do Executivo, pelas razões já expostas por Kelsen, na superação da polêmica com Schmitt, seria impensável, uma vez que o Executivo viraria um superpoder partidário-ideológico. Ao Legislativo também não, haja vista que inviabilizaria o controle da constitucionalidade das leis.

A solução, pelo menos para os fins destas reflexões, está na adoção do Tribunal Constitucional, pois ele expressa o consenso democrático em torno dos valores fundamentais (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, 1992, p. 178, 180, 186-188, 193-195), bem como das regras procedimentais sobre a organização política e a separação dos poderes, sendo, portanto a instância de poder que mais legitimamente é capaz de proteger os direitos fundamentais frente ao poder público e à sociedade em geral (ROCHA, José de Albuquerque, 1995, p. 79).

A proteção desses direitos, por serem de alto teor de politicidade, não se coaduna com o Poder judiciário, notadamente na via do controle difuso, pois importa, como já é inegável, numa politização dramática da vida jurídica que começa a sentir os primeiros impactos no sentido de constatar sua aptidão para inviabilizar a estabilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro.

Já o Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentrada

do controle de constitucionalidade, independente dos demais poderes e fruto da composição da vontade democrática, permitiria efetivar a proteção dos direitos fundamentais sem os riscos de politizar a instância judicial ordinária, como acontece no Brasil nos dias atuais.

E, nessa situação, como já dizia Guizot, “a política não tem nada a ganhar e, a Justiça, tudo a perder”.<sup>10</sup>

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: La politique et l'histoire*. Presses Universitaires de France, 1959.

BARRETO, Tobias. *A questão do poder moderador*. In Estudos de Direito. Campinhas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle constitucional das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

CHARTIER, Roger. *Les origines culturelles de la Révolution française*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle, avec Introduction e notes*. 2. ed. Traduit par Edouard Laboulaye. Paris: Guillin, 1872.

\_\_\_\_\_. *Princípios de Política aplicáveis a todos os governos*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks editora, 2007.

DAVI, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. 3. ed. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUBOCHET, Paul. *De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien. La démocratie et la republique em question*. Paris: L'Harmattan, 2001.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1992.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *El Tribunal Constitucional*. Elcano: Editorial Arazandi, 2000.

JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>10</sup> Apud Carl Schmitt, in *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Labor, 1931, p. 48.

- HAMILTON, Madison e Jay. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MEDEIROS, Antonio A. Borges de. Ed. fac-sim. *O Poder Moderador na República Presidencial. Coleção Histórica Constitucional Brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- PARIENTE, Alan. *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris: Dalloz, 2007.
- PEREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid, Tecnos, 1988.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Labor, 1931.
- SIEYÈS. *Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Aguilar, 1973.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memoria Jurídica, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *L'Ancien Régime et la Révolution*. Paris: Gallimard, 1967.
- URUGUAI, Visconde. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- WALCKENAER, M. C.A. *Ouvres Completes de Montesquieu*. Paris: Firmin-Didot, 1877.



# CONSTITUIÇÃO, DIREITO TRIBUTÁRIO E MEIO AMBIENTE

*Denise Lucena Cavalcante<sup>1</sup>*

*Ana Stela Vieira Mendes<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente artigo analisa os instrumentos fiscais que possibilitam a proteção do meio ambiente, evitando a sua degradação que é hoje problema universal. Demonstra-se que o direito tributário deve desempenhar papel relevante neste contexto, através da integração das normas tributárias às novas exigências ambientais, com a criação de tributos ambientais, incentivos fiscais, deduções, enfim, utilizando vários instrumentos jurídicos que fomentem o desenvolvimento sustentável. Trata-se da necessidade de criação de uma política pública preventiva, principalmente, em relação à incorporação de tecnologias “limpas” e, incentivos às políticas restauradoras do meio ambiente. Defende-se que o Direito Tributário pode ser um excelente instrumento no desenvolvimento das questões pertinentes a proteção do meio ambiente, cujos elementos se refletem diretamente na organização estatal brasileira. Percebe-se, hoje, a necessidade de uma mudança de paradigmas, a partir de profundas reflexões sobre as funções e conseqüências políticas, sociais e econômicas da tributação, de modo a adaptá-la as novas realidades e necessidades humanas, rumo à construção do “direito tributário das futuras gerações”.

## Palavras-chaves

Tributação Ambiental. Extrafiscalidade; Incentivos Fiscais; Política Ambiental; Icms Ecológico;

## ABSTRACT

The present article analyzes tributes that make possible the environmental's protection, as a way to avoid its degradation, wich is considered a universal problem. It demonstrates that tax law must have relevant acts in this context, by the integration of its norms to the new environmental requires, with environmental taxes creation, free taxation, at last, using several law instruments that are capable of maintain the development in secure levels. It cares about the necessity of preventious public politics, especially when it comes to incorporate “clean” technologies and incentives to environmental recovering politics. Is supported that tax law can be an excellent instrument to environmental protection, wich elements are directly conected to brazilian's state organization. We realize that patterns must be changed, from deep thoughts about taxation's political, social and economical functions and consequences, in a way to fit this activity to the contemporary reality and human needs, to reach a new model, the “future generations tax law”.

## Keywords

Environmental Taxation. Extrafiscal Organization.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Tributário e Financeiro – UFC. Mestre em Direito – UFC. Doutora em Direito – PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

<sup>2</sup> Mestranda em Ordem Jurídica e Constitucional . UFC. Bolsista da FUNCAP.

## 1 INTRODUÇÃO

A degradação ambiental é hoje um problema universal e que se instala no mundo contemporâneo, preocupando toda a humanidade<sup>3</sup>. Diante deste quadro de incertezas, faz-se necessária a intervenção do Direito para regular e proteger o meio ambiente.

O direito tributário deve desempenhar um papel relevante neste contexto, através da integração das normas tributárias às novas exigências ambientais, com a criação de tributos ambientais, incentivos fiscais, deduções, enfim, utilizando vários instrumentos jurídicos que fomentem o desenvolvimento sustentável.

É imperioso que se estabeleça uma política pública preventiva, principalmente, em relação à incorporação de tecnologias “limpas” e, incentivos às políticas restauradoras do meio ambiente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 170, estabelece dentre os princípios para uma existência digna a defesa do meio ambiente, nos seguintes termos:

Art. 170. (...). VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Daí o desafio da legislação tributária brasileira: estabelecer uma fiscalidade ecologicamente adequada à defesa do meio ambiente, conforme previsto no texto constitucional.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E O PODER DE TRIBUTAR

Não é novidade que a Constituição ocupa posição de estatuto orgânico e normativo do Estado Democrático de Direito, posto que lhe institui poderes e competências, capazes de delinear políticas<sup>4</sup>, de acordo com os valores norteados pelo povo que a elegeu<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> “Por isso, o desenvolvimento sustentável e a cooperação internacional não são soluções fáceis, porque hoje o compromisso deve ser global e não se pode esperar que os Estados-nação e as corporações econômicas, principais personagens do cenário internacional atual, assumem iniciativas coerentes neste sentido. Para gerar políticas e estratégias em condições de impedir a catástrofe ecológica global é necessário construir os consensos e as organizações globais que os viabilizem.

Do ponto de vista do ambientalismo, o aspecto mais forte da Conferência do Rio de Janeiro [ECO 92] não foram acordos assinados pelos governos, mas precisamente a emergência germinal de uma sociedade civil planetária, expressada na constituição de um espaço público comunicativo onde se encontraram as diversas dimensões que compõem o ambientalismo, com raízes tanto no Sul quanto no Norte, no Leste como no Oeste, e pertencentes tanto ao sistema político como aos sistemas social e econômico” (LEIS, Héctor Ricardo. *Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial*. In *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. Eduardo Viola, Héctor Ricardo Leis et al. (org). 2. ed. São Paulo: Cortez; Florianópolis; Universidade Federal de Santa Catarina, 1998, p. 34).

<sup>4</sup> A esse respeito, consultar GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Estado Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 102-114.

<sup>5</sup> Ilustrativa é a passagem do pensamento liberal de John Locke: “Se todos os homens são, como

Reconhece-se como finalidade da existência dos tributos, no Estado Democrático de Direito, o financiamento dos gastos e investimentos em busca da proteção e defesa dos direitos e valores positivados em seu ordenamento jurídico, dentre os quais, interessará primordialmente nesse estudo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O poder de tributar deve se orientar conforme com as atribuições e competências estabelecidas na Lei Maior, para atender os valores inafastáveis do ordenamento jurídico, quais sejam, os direitos fundamentais<sup>6</sup>.

No Brasil o poder de tributar<sup>7</sup> e as suas limitações estão previstos na Constituição da República no Capítulo I, do Título VI, referente ao Sistema Tributário Nacional.

O Sistema Tributário Nacional divide as competências tributárias entre a União, os Estados e os Municípios, de maneira autônoma e exclusiva, garantindo-lhes um âmbito de atuação diverso uns dos outros, com ampla liberdade, constituindo o que se denomina federalismo fiscal<sup>8</sup>.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho, a Constituição brasileira constitui o mais extenso e minucioso de todos os sistemas tributários do mundo<sup>9</sup>, o que não significa que isto seja considerado necessariamente uma vantagem, aliás, muito pelo contrário, há críticas à sua estrutura organizacional.

O importante é destacar aqui que o direito tributário pode ir além da mera atividade arrecadatória, ultrapassando a preocupação única com os aspectos qualitativos do tributo para buscar a justiça fiscal através de mecanismos de articulação com outras previsões constitucionais<sup>10</sup>. Tal posicionamento valoriza a visão sistêmica e harmônica que se deve ter do ordenamento constitucional.

---

se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento". *In Segundo tratado sobre o governo e outros escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 140.

<sup>6</sup> Marcelo Campos Galuppo entende por direitos fundamentais "aqueles que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o Direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático." (O que são direitos fundamentais? *In Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236).

<sup>7</sup> Pode-se trazer uma definição estrita ou técnica do poder de tributar como "o conjunto de poderes necessários à instituição e disciplina essencial dos impostos" *In NABAIS*, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 277.

Para adaptar à realidade brasileira a definição oferecida pelo autor português, há que se substituir a espécie imposto pelo gênero tributo, tendo em vista que as taxas e contribuições, os denominados tributos bilaterais, encontram maior destaque no sistema nacional do que no sistema lusitano. A este respeito, consultar, do mesmo autor, Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal, *in Direito Tributário Ambiental*. Heleno Taveira Tôrres (org). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 412-444.

<sup>8</sup> Sobre o Federalismo fiscal brasileiro, consultar: CAVALCANTE, Denise Lucena. *Fédéralisme fiscal – Brésil*. Revista NOMOS. Vol. 27, jul/dez – 2007/2, p. 15-24.

<sup>9</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*. p. 143.

Da forma como está previsto na Constituição da República, o Direito Tributário pode ser um excelente instrumento no desenvolvimento das questões pertinentes a proteção do meio ambiente, cujos elementos se refletem diretamente na organização estatal brasileira, assim como em qualquer outra do mundo. Seja no campo econômico, em que ocorre o crescimento e o fortalecimento do fenômeno globalizador do capital; na política, aonde se observa um avanço do neoliberalismo sobre os Estados defensores do bem estar social; ou ainda, na sociedade, a qual vem apresentando novos padrões de atuação<sup>11</sup>, com a proliferação de entidades ecológicas não governamentais.

Percebe-se, hoje, a necessidade de uma mudança de paradigmas, a partir de profundas reflexões sobre as funções e conseqüências políticas, sociais e econômicas da tributação, de modo a adaptá-la as novas realidades e necessidades humanas, rumo à construção do “direito tributário das futuras gerações”<sup>12</sup>.

Este repensar não precisa nem deve deixar de considerar a eficiência, as condições e as necessidades reais da Administração Pública; urge, pois, planejá-lo de maneira inteligente, de forma a conciliar, da melhor maneira possível, o interesse público, entendido como o bem estar da coletividade, com a capacidade contributiva dos cidadãos.

### 3 UMA BREVE INCURSÃO NA EXTRAFISCALIDADE

De acordo com Raimundo Bezerra Falcão, pode-se entender a extrafiscalidade como

a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim *precípua* de obter recursos para seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais<sup>13</sup>.

Apesar de não estar expressamente definida na Constituição da República brasileira de 1988, a aplicação deste fenômeno em relação aos tributos se faz presente implicitamente, por exemplo, quando é reconhecida, *exempli gratia*, no art. 151, I, a faculdade que o Estado tem de utilizá-los “para prover o equilíbrio e o desenvolvimento do país”<sup>14</sup>. Segundo doutrina autorizada,

Ao utilizar o mecanismo da extrafiscalidade para estimular comportamentos (comissivos ou omissivos) dos contribuintes, o Estado quase sempre obtém vantagens maiores do que se previamente arrecadasse os tributos, para, depois aplicá-los aos gastos públicos<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> SCAFF, Fernando Facury. TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. In *Direito tributário ambiental*. Heleno Taveira Tôrres (org). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 724-747, passim.

<sup>12</sup> SCAFF, Fernando Facury. TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. op. cit. p. 724.

<sup>13</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 48.

<sup>14</sup> CARRAZA, Roque Antonio. op. cit. p. 678.

<sup>15</sup> CARRAZA, Roque Antonio. op. cit. p. 678.



Nesse contexto, o referido fenômeno vem sendo satisfatoriamente aproveitado. Na verdade, ao contrário do que alguns podem pensar, não se trata de relegar a função fiscal do Estado<sup>16</sup>, mas, apenas, de cumprir diretamente os objetivos constitucionais, adequando-a a determinadas finalidades, de modo a preservar o poder de arrecadação e o respeito aos princípios constitucionais tributários<sup>17</sup>.

Essa estratégia de movimentação acarreta bastantes conveniências ao Erário: com a supressão das instâncias burocráticas, verifica-se a arrecadação de recursos aliada à diminuição das despesas públicas. Ainda há que se mencionar outro relevante fator, a superior condição de aceitabilidade social da atividade tributária, o que se pode sentir através do maior índice de voluntariedade no cumprimento das normas tributárias pelo contribuinte:

há muito se percebeu que a lei tributária é melhor obedecida quando, em lugar de determinar condutas, vale-se do meio mais sutil para influenciá-las, outorgando aos contribuintes subvenções, isenções, créditos presumidos, bonificações etc<sup>18</sup>

Pela percepção destas vantagens, a tendência é que se amplie cada vez mais a utilização da extrafiscalidade. De acordo com Hugo de Brito Machado,

No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser a arrecadação o seu principal objetivo, mas não é o único. O tributo também é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os mais diversos efeitos na economia<sup>19</sup>

Assim, não restam dúvidas sobre a legitimidade das ações intervencionistas, positivas e promocionais do Estado aplicadas à tributação. Afinal de contas, esse comportamento muito bem adequa o sistema tributário ao modelo do Estado brasileiro<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Conforme observa Borrero Moro, “El enfoque clásico del tributo está en clara regresión. En la actualidad, la doctrina es consciente del hecho de que el establecimiento de todo tributo produce, de por sí, independientemente de cual sea su finalidad, efectos económicos e sociales de gran calado, que non pueden ser ignorados por el legislador. Por ello, la extrafiscalidad adquiere carta de naturaleza en el estudio del tributo. *Mucho más, cuando la fiscalidad se presenta hoy en día como una realidad de notable dimensión en los Estados modernos*” (grifos nossos). In MORO, Cristobal J. Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 43-44.

<sup>17</sup> MORO, Cristobal J. Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 46.

<sup>18</sup> Idem. *Ibidem*, p. 678.

<sup>19</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46.

<sup>20</sup> Sobre isso muito bem se pronuncia Norberto Bobbio: “a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conforme às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional –, surge (...) um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a

### 3.1 A experiência brasileira da extrafiscalidade dos tributos aplicadas à proteção e defesa do meio ambiente

O direito ao meio ambiente<sup>21</sup> tem *status* de direito fundamental<sup>22</sup>, reconhecido internacionalmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano<sup>23</sup>. Vem sendo objeto de inúmeras e frutíferas discussões e reflexões, que têm por escopo contornar os efeitos da atual situação de crise<sup>24</sup>.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a responsável pelo rompimento de paradigmas autoritários e individualistas então predominantes no país, o que se desprende pela implantação do Estado Democrático de Direito e, juntamente com ele, a consagração de valores de respeito à dignidade humana e à solidariedade. Sob essa perspectiva, em seu artigo 225, *caput*, reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todo o povo brasileiro.

De fato, o ambiente é um bem jurídico essencial, corolário do próprio direito à vida, indispensável a uma condição de sobrevivência digna; além do que, transcende os limites da individualidade ou mesmo da coletividade, porquanto é direito e dever de todos e, ao mesmo tempo, de cada um, não sendo possível determinar e individualizar os seus destinatários.

De acordo com Jorge Miranda, o direito ao ambiente deve ser percebido numa perspectiva de “complexidade e multifuncionalidade” e a sua promoção e efetivação “encontra-se no cerne do Estado de Direito democrático”<sup>25</sup>.

Ocorre, porém, que os ditos direitos fundamentais de terceira geração, até mesmo pelo seu reconhecimento recente, ainda carecem de concretização jurídica, mesmo quando expressamente previstos nos textos constitucionais<sup>26</sup>.

---

atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos.(...) o prêmio retribui, com prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). *In Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 24.

<sup>21</sup> Importante destacar que este trabalho aborda mais especificamente as questões relacionadas com a dimensão natural do meio ambiente.

<sup>22</sup> São características gerais comparativas do tratamento constitucional do meio ambiente: a) a positividade recente, majoritariamente após a segunda guerra mundial; b) a distinção de duas fases, a primeira, até meados de 1970, em fórmulas genéricas, alimentadas por uma forte sensibilidade política e jurídica, e a segunda, subsequente, com maior precisão de preceitos e com maior exigência em relação à postura do poder público; c) presença detectada nos mais diversos ordenamentos, regimes e sistemas políticos; d) reconhecimento como direito fundamental e de natureza econômica. *In MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 471-472.

<sup>23</sup> Mais conhecida como Convenção de Estocolmo, ocorrida em 1972. Sobre esse assunto, conferir SILVA, José Afonso da. *Curso de direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43.

<sup>24</sup> “Por toda parte se acumulam provas desse dano público, seja ele causado à terra, ao ar ou à água pelos atos do homem. Ao aproximar-se o século XXI, os habitantes da Terra parecem descobrir que suas vidas correm perigo” *In ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. A evolução dos direitos humanos – Avanços e perspectivas*. São Luís: Edições AAUFMA, 1998, p. 66.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.* p. 475.

<sup>26</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo:

Aliás, segundo Bobbio, o problema basal em relação aos direitos do homem, de uma maneira geral, atualmente, não é tanto justificá-los, mas sim protegê-los<sup>27</sup>.

Para efetivar o Estado Ambiental<sup>28</sup>, os comandos de otimização de condutas ambientais necessitam estar presentes em toda a amplitude organizacional do Estado, razão pela qual o dispositivo reservado às diretrizes da ordem econômica determina como dever assegurar “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, conforme a redação do art. 170, VI, da Constituição da República de 1988.

Em comentário ao referido artigo, Carrazza afirma: “o dispositivo tem repercussões tributárias de tomo. De fato, também os instrumentos tributários podem e devem ser utilizados para fins de defesa do meio ambiente”<sup>29</sup>.

Dessa forma, o ordenamento jurídico obriga a uma rearticulação das políticas públicas quando impõe à coletividade e, sobretudo ao Estado, o cumprimento do dever de preservação ambiental para as gerações presentes e futuras.

#### 4 A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL POSSÍVEL E A EXPERIÊNCIA DO ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL

Na seara econômica, não é novidade ser a tributação a principal fonte de arrecadação do Estado; como já explicitado em pontos anteriores, isso compromete o exercício do poder de tributar aos direitos fundamentais declarados na Constituição.

Assim, sendo a proteção ambiental uma destas finalidades, admite-se a utilização da extrafiscalidade dos tributos para ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais, através do incentivo ou desestímulo<sup>30</sup> de determinados comportamentos em relação ao meio ambiente. Este fenômeno, a que se convencionou chamar tributação ambiental, abriga um gênero do qual fazem parte variadas espécies de tributos ecologicamente orientados<sup>31</sup>.

Celso Bastos Editor, 2001, p. 118.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 17ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>28</sup> A esse respeito, conferir TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. *Ecologia Jurídica: para articulação entre os mecanismos jurídicos ambientais e a efetivação do direito fundamental ao Meio Ambiente*. In *Diálogo Jurídico*, n.1. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2002b.

<sup>29</sup> op. cit. p. 677.

<sup>30</sup> “existem três modos de impedir uma ação não desejada: torná-la *impossível*, torná-la *difícil* e torná-la *desvantajosa*. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três ações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007, p.15).

<sup>31</sup> “Trata-se de tributos: a) que atingem especificamente um âmbito de particular interesse na proteção ambiental (...); b) cuja destinação necessária do produto da arrecadação é a própria proteção ambiental, atribuindo assim o tributo à tarefa de recompor a degradação do meio ambiente causada pelo consumo do produto” In FERRAZ, Roberto. *Tributação e Meio Ambiente: o green tax no Brasil*. In *Revista de Direito Ambiental*, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

A *ecotributação* já é uma realidade em diversos países. A Suécia, por exemplo, adotou uma ampla Reforma Fiscal Verde na década de 1990, no que a seguiram outros países, como Dinamarca, Noruega, Finlândia, Itália, Reino Unido, Espanha e Portugal<sup>32</sup>.

No Brasil, ainda não existe um tributo que tenha em sua hipótese de incidência diretamente relacionada à proteção do meio ambiente<sup>33</sup>, mas já há experiências de tributação ambiental de maneira indireta, como se verá a seguir, mas ainda há carência de uma sistematização nacional<sup>34</sup>.

Reconhece-se ampla possibilidade de aplicação da finalidade ambiental a impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições de intervenção no domínio econômico, empréstimos compulsórios, enfim, “as possibilidades de utilização dos instrumentos tributários para a defesa do meio ambiente são praticamente infinitas”<sup>35</sup>.

De acordo com os parâmetros atuais, o exemplo concreto mais significativo da atualidade tem lugar na redistribuição de recursos com base em critérios ambientais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – o ICMS Ecológico<sup>36</sup>, que, até o presente momento, trouxe resultados satisfatórios para os Estados Federados que o vem aplicando.

Como se sabe, o ICMS é um imposto de competência estadual, sendo, dentre estes, o que gera maior receita para o respectivo ente federado responsável pela arrecadação. A sua distribuição de receitas se dá entre o Estado (75% do total) e seus Municípios (25% restantes). Desta quota cabida aos Municípios, a Constituição da República, em seu art. 158, parágrafo único, estabelece que três quartos serão repassados de acordo com o valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seu território, e, até um quarto do restante, pode ser determinado de acordo com a autonomia legislativa estadual. É nessa fresta que se admite a destinação de recursos à proteção e defesa do meio ambiente.

O Paraná foi pioneiro na criação do repasse ecológico, inicialmente, com a idéia de compensação financeira, com a distribuição de 5% do total devido aos Municípios para aqueles cuja utilização do solo era reduzida por possuírem

<sup>32</sup> Para saber mais, consultar TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MORO, Cristobal J. Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999 e TÓRRES, Heleno Taveira (org). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>33</sup> Inclusive, apesar da competência residual da união para a instituição de novos impostos, acredita-se que qualquer tentativa dessa natureza em um país com uma carga tributária tão alta, caso do Brasil, deve ser vista com todo o cuidado, não sendo possível neste trabalho analisar ou defender esta possibilidade.

<sup>34</sup> Nesse sentido, “a afetação da receita tributária nos impostos ambientais representa a adequação do sistema tributário brasileiro aos imperativos constitucionais de proteção ambiental” In AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 164.

<sup>35</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. op.cit, p. 680.

<sup>36</sup> Para obter informações sobre experiência e resultados do ICMS Ecológico, consultar MENDES, Ana Stela Vieira. *O ICMS Ecológico como instrumento de preservação do Meio Ambiente: experiências nos Estados brasileiros e perspectivas de implementação no Ceará*. Monografia. Fortaleza: UFC, 2007.

unidades de conservação ambiental ou mananciais de abastecimento<sup>37</sup>.

Posteriormente, assumiu um caráter de estímulo à preservação ambiental, já que, quanto mais os Municípios melhoravam os índices de proteção do ambiente, maiores eram os benefícios financeiros, o que gerou um círculo virtuoso. Para Scaff e Tupiassu, “a política do ICMS Ecológico representa uma clara intervenção positiva do Estado, como um fator de *regulação não coercitiva*, através da utilização de uma forma de subsídio, tal como um incentivo fiscal intergovernamental”<sup>38</sup>.

Os critérios atualmente utilizados pelos paranaenses para avaliar os níveis de proteção ambiental dos Municípios, para fins de repasse, envolvem variáveis quantitativas, como a proporção entre a área total do Município e a área preservada, e também qualitativas, que mesuram, por exemplo, a qualidade e a diversidade da fauna e da flora<sup>39</sup>. Esse procedimento técnico de aferição é interessante, porque evita a existência de áreas apenas formalmente protegidas, e, em parte, é ele quem garante os bons resultados práticos.

Para se ter uma idéia do que se conseguiu alcançar, Wilson Loureiro, Doutor em Engenharia Florestal, descreve que, de 1991, ano de implementação do tributo ambiental, até junho de 2007:

- a) o total de áreas protegidas no Estado teve um crescimento de 163%, representando, em números, um salto de 792.772,81 para 2.084.971,06 Km<sup>2</sup>. Inclusive, estima-se que, atualmente, cerca de 40% dos Municípios paranaenses têm a verba proveniente do ICMS Ecológico como fundamental para o bom funcionamento de suas administrações;
- b) os critérios avaliados propiciam um diagnóstico verossímil em relação à situação ambiental dos Municípios, evitam troca de favores políticos e geram uma aproximação do ideal de justiça fiscal, visto que só se beneficiam do repasse os Municípios que efetivamente vêm procurando investir no desenvolvimento do meio ambiente;
- c) para tornar esse investimento possível, há uma reorientação das políticas públicas dos Municípios interessados, que ocasiona a modernização institucional e até mesmo permite a capacitação de pessoas das comunidades tradicionais para o trabalho e para a educação ambiental;
- d) o embelezamento dos Municípios, o desenvolvimento do turismo local e a melhora da auto-estima de seus habitantes, bem como mudança da mentalidade de descrença e ceticismo quanto ao futuro<sup>40</sup>;

<sup>37</sup> LOUREIRO, Wilson. *O ICMS ecológico nos estados brasileiros*. In Audiência Pública sobre o ICMS Ecológico, Assembléia Legislativa do Ceará. Arquivo em vídeo da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 14 de Agosto de 2007.

<sup>38</sup> SCAFF, Fernando Facury. TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico*. In *Direito tributário ambiental*. Heleno Taveira Tôres (org). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 735.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>40</sup> LOUREIRO, Wilson. *O ICMS ecológico nos estados brasileiros*. In Audiência Pública sobre o ICMS

Outra experiência que trouxe resultados importantes foi a de Minas Gerais. Neste Estado, havia uma grande concentração na distribuição dos recursos advindos do ICMS.

Para se ter uma idéia, apenas 1,3% dos Municípios abocanhava 50% do total arrecadado com os três quartos Valor Adicionado Fiscal, enquanto 10% dos recursos adquiridos em razão deste mesmo critério eram destinados a 80% dos Municípios mineiros<sup>41</sup>.

A adoção dos critérios ambientais para repartição de receitas gerou, então, uma possibilidade de redistribuição de renda entre os Municípios, motivo pelo qual a lei estadual 13.803/2000 ficou conhecida como *Lei Robin Hood*. De fato, segundo a Fundação João Pinheiro, em 2007, foram repassados R\$ 41.184.967,38 a 366 Municípios mineiros com base em critérios ecológicos<sup>42</sup>.

Tão relevante é o conhecimento dos resultados desta experiência que, de acordo com Wilca Barbosa Hempel, o governo brasileiro assumiu, através do Decreto nº 4.339, de 23 de agosto de 2002, o compromisso de estimular a conservação da biodiversidade por meio do Imposto de Circulação Sobre Mercadorias e Serviços e incentivar a sua adoção em todos os Estados da Federação<sup>43</sup>.

Assim, quando diante dessa gama de efeitos da aplicação de critérios ambientais de repasse do ICMS, verifica-se que, além do direcionamento à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proporciona a abrangência de valores outros, a ele correlacionados, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais.

Todas essas perspectivas surgem da instrumentalização um único tributo, pautada na sua extrafiscalidade, sem interferência no poder de arrecadação, obedecida a tendência à justiça fiscal, à redistribuição de renda.

Imagine-se, agora, as perspectivas de transformação social, de desenvolvimento econômico sustentável a que se pode chegar no Brasil, caso exista interesse governamental de redimensionar, em âmbito constitucional, o emprego dos tributos, nos moldes que o Estado Democrático de Direito requer a organização desta atividade.

Para um melhor aproveitamento destas possibilidades, defende-se a importância da inclusão de dispositivos específicos sobre a função ambiental dos tributos no Sistema Tributário Constitucional, através da implementação

---

Ecológico, Assembléia Legislativa do Ceará. Arquivo em vídeo da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 14 de Agosto de 2007.

<sup>41</sup> PINTO, Marina Oliveira. ICMS ecológico: instrumento para a gestão ambiental. In *Revista Jurídica UNIJUS*. v.9, n. 11. Uberaba, 2006, p. 119.

<sup>42</sup> Dados oficiais do Governo de Minas Gerais, disponíveis em <http://www.fjp.gov.br>. Acesso: fevereiro de 2007.

<sup>43</sup> HEMPEL, Wilca Barbosa. *ICMS ecológico*. Incentivo ao desenvolvimento econômico com sustentabilidade ambiental. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2007, p. 33.

de uma reforma do artigo 167, IV da Constituição da República, que venha a viabilizar a vinculação da destinação de receitas à causa ambiental.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto constatou-se a relevância do Direito Tributário como uma possibilidade real e efetiva de proteção ao meio ambiente, tanto na política preventiva, como na política restauradora.

Inúmeros são hoje as possibilidades da fiscalidade na área ambiental. Além da experiência do ICMS ecológico citada no texto, tem-se questões abertas à discussão, como: a) o incentivo ao Etanol; b) incentivos fiscais as energias “limpas”: biodiesel, energia solar, energia eólica, etc.; c) ações na Bolsa de Valores, através do Mercado de Carbono, previsto no Protocolo de Quioto, dentre outros.

Portanto, no atual contexto de degradação ambiental que enfrenta a humanidade, a pesquisa na área do Direito Tributário Ambiental mostra ter grande auxílio na preservação do Planeta.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. *A evolução dos direitos humanos – Avanços e perspectivas*. São Luís: Edições AAUFMA, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. 17 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Fédéralisme fiscal – Brésil*. In Revista NOMOS. Vol. 27, jul/dez – 2007/2, p. 15-24.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FERRAZ, Roberto. *Tributação e Meio Ambiente: o green tax no Brasil*. In Revista de Direito Ambiental, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Estado Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HEMPEL, Wilca Barbosa. *ICMS ecológico. Incentivo ao desenvolvimento econômico com sustentabilidade ambiental*. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2007.

LEIS, Héctor Ricardo. *Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial*. In *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. Eduardo Viola, Héctor Ricardo Leis et al. (org). 2. ed. São Paulo: Cortez; Florianópolis; Universidade Federal de Santa Catarina, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo e outros escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOUREIRO, Wilson. O ICMS ecológico nos estados brasileiros. In *Audiência Pública sobre o ICMS Ecológico*, Assembléia Legislativa do Ceará. Arquivo em vídeo da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 14 de Agosto de 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Ana Stela Vieira. *O ICMS ecológico como instrumento de preservação do meio ambiente: experiências nos Estados brasileiros e perspectivas de implementação no Ceará*. Monografia. Fortaleza: UFC, 2007, 76 p. Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORO, Cristobal J. Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

PINTO, Marina Oliveira. *ICMS ecológico: instrumento para a gestão ambiental*. In *Revista Jurídica UNIJUS*. v.9, n. 11. Uberaba, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. *Ecologia Jurídica: para articulação entre os mecanismos jurídicos ambientais e a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente*. In *Diálogo Jurídico*, n.1. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E SEU CARÁTER INTERDISCIPLINAR NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

*Francisco Regis Frota Araujo<sup>1</sup>*  
*William Paiva Marques Jr.<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo analisa o caráter interdisciplinar do princípio constitucional da solidariedade, atribuindo-lhe os conceitos, fundamentos e origens, assim como a interpretação dada à solidariedade pelos tribunais superiores brasileiros.

## Palavras-chave

Solidariedade Constitucional. Interdisciplinariedade. Interpretação e jurisprudência.

## ABSTRACT

This article analyses the character of interdisciplinarity of the constitutional principle of solidarity, formulating the concepts, fundamentals and origins, as well as the interpretation given to the solidarity by the brazilian supreme tribunals or courts.

## Key-words

Constitutional solidarity. Interdisciplinarity. Interpretation and jurisprudence.

## 1- INTRODUÇÃO

Vivenciamos uma época marcada pelo individualismo nas relações sociais. Tal verificação produz conseqüências não só nas relações travadas entre particulares, mas se reflete igualmente na adoção de políticas públicas estatais.

De bases filosóficas, o princípio da solidariedade constitucional apresenta-se como multifacetário posto encontrar-se presente nos mais diversos ramos das Ciências Jurídicas.

---

<sup>1</sup> Advogado e economista. Professor Doutor pela Univ. de Santiago de Compostela- Espanha e dos curso de Pós-Graduação Faculdade de Direito da UFC. Professor Associado e presidente da AIADCE (Fortaleza) e integrante da ACSC – Academia de Ciências Sociais do Ceará, cadeira n. 17.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da UFC.

A solidariedade não pode ser manipulada ao alvedrio da Administração Pública com o escopo de aumentar os ônus (inclusive tributários e previdenciários) dos cidadãos em geral.

Daremos, a seguir, uma visão interdisciplinar da solidariedade constitucional enquanto princípio e valor constitucionais, espalhados por diversas searas jurídicas infra-constitucionais, no Brasil, oportunizando, por outro lado, uma cobertura da interpretação jurisprudencial deste conceito, a partir das principais decisões formuladas por nossos tribunais superiores do país.

A solidariedade deve ser corolário do Estado Democrático de Direito e não forma de mitigação de seus institutos, sob pena de restarem verificadas arbitrariedades em seu nome, o que mostrar-se-ia ilegítimo e inconstitucional.

## 2- CONCEITO, FUNDAMENTOS E ORIGENS

O Código Civil conceitua as obrigações solidárias em seu art. 264: “*Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda*”.

Washington de Barros Monteiro<sup>3</sup> conceitua as obrigações solidárias nos seguintes termos:

A solidariedade apenas surge quando, existindo pluralidade de credores, ou de devedores, pode qualquer daqueles exigir a prestação total, como se fora único credor, ou pode qualquer destes ser compelido a solver a dívida toda, como se fora único devedor. É a concepção global do citado Ferrara, em oposição à atomística, sublinhada pelo adimplemento total, em favor ou contra vários sujeitos.

Muitos institutos que surgiram e se desenvolveram dentro dos parâmetros do Direito Privado, ganharam uma nova interpretação à luz do Direito Público, como é o caso da idéia de solidariedade (que vem do latim “solidum” e significa todo), bastante comum e até positivado em nosso Código Civil de 2.002, as obrigações solidárias, deram gênese à solidariedade constitucional, exposta pelo Professor Francisco Régis Frota Araújo<sup>4</sup>, senão vejamos:

*Desarrollado, en el campo del derecho privado, el concepto de solidaridad, como principio en el orden jurídico del derecho público, sigue la evolución necesaria de la creciente publicización de la norma jurídica, a finales del siglo pasado y principio de este siglo. Las aportaciones teóricas de Condorcet, Paine, L. Blanc, Stuart Mill, Lassale, Durkheim, Bernstein, Gurvitch, Leon Duguit o J. Vera, han contribuido para la expresión y proceso de consolidación de esta evolución. Al comentar el referido artículo 2, de la Constitución Española, Sanchez Agesta se refiere a las aportaciones*

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Vol 4: Direito das Obrigações. 1ª parte.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 152.

<sup>4</sup> ARAÚJO, Francisco Régis Frota. *Solidaridad Constitucional em Brasil.* 2. ed. Fortaleza: Associação Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico, 2005, págs. 17/18.

*teóricas de un Durkheim y de un Pesch a la conceptualización del principio de solidaridad, para concluir que, además, de la estrecha relación con la unidad, se contempla la diversidad en su contenido, es decir, el principio de solidaridad se revela un principio de enlace de lo que es simultáneamente igualdad y diversidad. Pero, antes de llevar sus consideraciones al plan estrictamente jurídico interpretativo que encause el principio de solidaridad, el notorio constitucionalista de la Universidad Complutense señala haber destacado estos puntos de vista que parten de posiciones tan diversas, para que el lector pueda advertir la dificultad de fijar un concepto teórico preciso de lo que significa la solidaridad como un principio general de estructura en esa división territorial del poder.*

Tal idéia decorre do fenômeno denominado publicização do direito privado, consoante o qual vários dos cânones tradicionais e liberais (autonomia da vontade, por exemplo) do Direito Privado cederam espaço ao Direito Público. Revela o ecletismo existente em todos os ramos da ciência jurídica. Reflete ainda a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, idéia segundo a qual os direitos fundamentais são também aplicáveis nas relações entre particulares e não apenas nas relações entre o Estado e os seus súditos.

Para Jürgen Habermas<sup>5</sup> a autonomia da vontade só predominou enquanto fundada na autonomia moral da pessoa, ao perder esta característica sua legitimação caiu por terra, ao advir o direito vinculado à força:

No entanto, o século XIX veio mostrar que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa. No momento em que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, especialmente a retaguarda da teoria moral kantiana, o invólucro do ‘poder de dominação individual’ perdeu o núcleo normativo de uma legítima liberdade da vontade, naturalmente necessitada de proteção. Somente tivera força legitimadora o laço que Kant, com o auxílio do princípio do direito, estabelecera entre a liberdade de arbítrio e a vontade autônoma de pessoa. Depois que esse laço foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática. Direitos subjetivos valem, desde a época de Windscheid, como reflexos de uma ordem jurídica, a qual transmite a indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela: ‘Direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica’.

Arnaldo Vasconcelos<sup>6</sup> nos adverte que a concepção solidarista do homem em sociedade poderá tornar a aplicação da força coativa do direito desnecessária, mas há que se ressaltar as bases espirituais e morais da solidariedade:

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia : entre facticidade e validade - Volume I*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pág. 117.

<sup>6</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001, págs. 106 e 107.

Esta concepção solidarista da vida do homem em sociedade deverá promover naturalmente o aumento do âmbito do Direito espontâneo, podendo tornar a aplicação da força coativa, a pouco e pouco, desnecessária. Lembremo-nos de que, também para o marxismo, - que apostou na permanência do aparelho coercitivo do Estado para destruir a sociedade burguesa-, uma vez alcançado o pleno desenvolvimento social do homem, o Direito definharia, desaparecendo juntamente com a coação. Utopia, dirão. Acontece que a utopia, tomada como modelo e motivação da nova realidade que se quer construir, nem é desnecessária, nem alienante. Como em Ernst Bloch, pode fundar-se no princípio ativo da esperança, fonte da práxis humana de todos os dias. Contudo, é de ver-se que a solidariedade não nasce, nem cresce, a partir do nada. Ela tem exigências espirituais e materiais, vale dizer, depende de meios econômicos e de condições morais. A exata consciência disso, mais do que a automática repetição da letra das Declarações de Direitos Humanos, fará efetivamente com que as idéias, que a elas deram origem, encontrem o único meio de se dignificarem, o qual consiste em sua realização prática. Desprezíveis, são apenas as ideologias e as utopias alienantes, a assumirem a forma de falsa consciência, uma delas sendo a negação de si mesmas: proclamar-se sem ideologia é um modo ingênuo de tentar camuflar a ideologia que se tem.

Indubitável que a solidariedade tem a sua origem também no Direito Natural. Entretanto, não podemos olvidar que, na medida em que restou mitigada em sua aplicação prática, surgiram os necessários mecanismos de coação. A partir deste momento, encontrou-se a sua passagem para o direito positivado.

Trata-se de decorrência da regulamentação jurídica peculiar ao Estado de Direito que requer clareza, boa-fé e segurança jurídica em sua atuação. Consoante vaticinado por Pablo Lucas Verdú<sup>7</sup>:

A regulamentação se aplica também a fatores socioeconômicos. Ainda que estes ofereçam particular resistência ao processo de juridificação, aquela regularização implica a garantia jurídica de que, a partir de agora, esses fatores atuarão de acordo com normas e instituições pré-estabelecidas. Toda institucionalização ajustada ao Direito consagra as qualidades típicas do Estado de Direito: regularidade, clareza e segurança jurídicas, além da submissão das regularidades normativas e institucionalizadas ao Direito. Porém, não se pode exagerar em relação à virtude impositiva, reguladora do Direito, ou seja, em relação à capacidade que este possui de submeter todas as realidades ao seu império. Isso significaria o império pleno do Direito, possível apenas nos esquemas de Krabbe (soberania do Direito) e de Kelsen (identificação entre Estado e Direito).

Atento à idéia segundo a qual, o hermeneuta, exerce um papel de extrema

<sup>7</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, págs. 147 e 148.

importância na eficácia do texto constitucional José Joaquim Gomes Canotilho<sup>8</sup>, inclusive no problema da solidariedade:

Por último, não deve esquecer-se que a constituição não é apenas um 'texto jurídico' mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de constituição deve estar aberta aos temas do futuro como o problema da responsabilidade e solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego o problema da ciência e técnica e das suas refrações na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder político, o problema da droga e do seu potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica nuns casos e da explosão demográfica noutros.

Konrad Hesse nos lembra que o Direito Constitucional deve propiciar a máxima eficácia na interpretação do texto constitucional, como corolário de sua forma normativa:

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.<sup>9</sup>

Atribuir eficácia ao princípio da solidariedade realiza a recomendação de Hesse, posto que o fundamento na Constituição Federal de 1.988 à adoção do princípio ora em comento é o art. 3º-, inciso I, consoante o qual é objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária Não é o único momento em que o texto constitucional refere-se à solidariedade, posto que o art. 40, *caput* da Carta Magna de 1.988 vaticina que é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos das pessoas jurídicas de direito público interna nacionais. Ademais, não podemos olvidar que o Preâmbulo da Carta Política de 1.988<sup>10</sup> refere-se à construção de uma sociedade fraterna. Esta é a sua

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 1.141 e 1.142.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 27.

<sup>10</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica

concatenação à solidariedade, na medida em que os direitos fundamentais de terceira dimensão refletem os valores atinentes à fraternidade consagrada pela Revolução Francesa de 1.789. Em outros momentos, encontramos a solidariedade de forma implícita, é o que fica presente na redação do *caput* do art. 225 da CF/88, quando vaticina que incumbe à coletividade o ônus de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta na fraternidade, e provida de um sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.

O contexto histórico-social do surgimento dos direitos de terceira dimensão foi a globalização econômica, política e social, que fez reviver vários dos valores peculiares ao liberalismo.

Acerca do surgimento dos direitos de terceira dimensão (de fraternidade ou solidariedade), colacionamos o escólio de José Carlos Vieira de Andrade<sup>11</sup> que tratam da proteção de bens comunitários concernentes a todos:

Desde logo, desenvolve-se um novo tipo de direitos, os direitos de solidariedade, que não podem ser pensados exclusivamente na relação entre o indivíduo e o Estado e que incluem uma dimensão essencial de deverosidade- como, por exemplo, os direitos-deveres de protecção da natureza e de defesa do sistema ecológico e do património cultural e, em alguns aspectos, os direitos dos consumidores. São, na perspectiva histórica, direitos de uma quarta categoria, visto que não são basicamente direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles. São 'direitos circulares', com uma horizontalidade característica e uma dimensão objectiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários que respeitam a todos – e aliás, não só a todos os vivos, mas ainda aos elementos das gerações futuras, na medida em que esteja e causa a sobrevivência da sociedade.

São direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito

---

das controvérsias, promulgamos, sob a protecção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>11</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ambiental. Também costumam ser denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade. Deve-se ressaltar a dificuldade que enfrentam esses direitos em nível de proteção jurídica. Como exemplo de direitos de terceira dimensão, nos elenca Ingo Sarlet<sup>12</sup>:

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à auto-determinação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Tenderam a se solidificar no final do século passado enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tais direitos tendem a ser positivados numa ordem do Direito Internacional, mas não do Direito Constitucional, como nos adverte Ingo Sarlet<sup>13</sup>:

No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.

Identificação de cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira dimensão, quais sejam: direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto aos Estados como a indivíduos, se traduza numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.

Infere-se da assertiva de Ingo Sarlet<sup>14</sup> que os direitos de terceira dimensão, constituem-se em aperfeiçoamento dos relativos à primeira dimensão:

Verifica-se, contudo que boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 58.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, pág. 59.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, págs. 59 e 60.

exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face de impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo.

Pacífico na jurisprudência do Pretório Excelso que o direito à preservação da integridade do meio ambiente é um direito fundamental de terceira dimensão, devendo-se primar pelo desenvolvimento sustentável na relação travada entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente, consagrando o princípio da solidariedade:

*“MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTER-GERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM*



*DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário,*

*mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III)". (ADI-MC 3540 / DF, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 01/09/2.005).*

Atualmente, o Poder Judiciário, a fim de atribuir eficácia aos direitos sociais (classificados doutrinariamente como de segunda dimensão), entende pela possibilidade de implementação, desde que provocado, das políticas públicas necessárias a sua viabilização em uma postura de ativismo judicial. Pensamos que seria um caso de aplicação do princípio da solidariedade relacionada aos direitos de segunda dimensão.

#### 4 CARÁTER INTERDISCIPLINAR DA SOLIDARIEDADE

Ao comentar o art. 3º, inciso I da Carta Política de 1.988, preleciona o Ministro Eros Roberto Grau<sup>15</sup> que a sociedade solidária fundamenta-se na fraternidade e não inimiza os homens entre si:

Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular- ou co-titular, ao menos paralelamente o indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o teto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Com efeito, observa-se que o princípio da solidariedade insere-se no plano

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 215.

do Direito Previdenciário<sup>16</sup>, como forma de custeio dos benefícios, na medida em que se adota o sistema contributivo. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º-).

No que concerne ao Direito Agrário a solidariedade está presente nos critérios da função social da propriedade rural (art. 186 da CF/88), além da necessidade de uma relação do homem à terra balizada em um viés coletivo e permeado de normas protecionistas em relação à parte hipossuficiente nos contratos agrários típicos de parceria e arrendamento rurais. Ademais, o acesso à terra é direito fundamental que deve ser corroborado por uma conduta que transcenda ao individual, tanto de particulares, quanto do poder público, responsável pela desapropriação-sanção (desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, vaticinada pelo art. 184 da CF/88), típica aplicabilidade do postulado ora em comento.

No plano do Direito Civil e Comercial, que após a codificação de 2002, muito de fundamenta na função social da propriedade, tida como cláusula geral dos negócios jurídicos (arts 1.228 e 2.035 do CCB/2002), contratos (arts 421 e 2.035 do CCB/2002) e da empresa (arts. 116 e 154 da Lei No.: 6.404/76 e art. 173, §1º-, I da CF/88), encontramos a aplicação do princípio da solidariedade.

<sup>16</sup> Neste jaez, decidiu o STJ que A Previdência Social funda-se no princípio da solidariedade, reclamando, em razão dessa especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam convocados a contribuir: "ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE INATIVOS. ADIN Nº 3.105-8/DE SISTEMA DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 77/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º41/2003. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. A Previdência Social funda-se no princípio da solidariedade, reclamando, em razão dessa especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam convocados a contribuir. 2. Consectariamente, é sobre os benefícios decorrentes desses sistemas previdenciários, de natureza pública e filiação compulsória, que se dirigem os descontos legitimados pela EC n.º 41/2003. 3. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que "no ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua a condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial" (ADIn n.º 3.105/DE, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, DJ de 18/02/2005) 4. In casu, a Lei Complementar do Estado de Minas Gerais nº 77/04, que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária mensal incidente sobre os proventos de servidores públicos inativos e pensionistas daquele Estado, não revela inovação interpretativa, ao revés, denota observância ao novel mandamento constitucional emanado da EC nº 41/2003, a fim de custear o regime de previdência de que trata o art. 40 da CF/88. Precedentes desta Corte: RMS 20511/MA, desta relatoria, DJ de 04.06.2007; RMS 19933/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10.10.2005 e RMS 19513/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 27.06.2005.5. Recurso ordinário desprovido". (RMS 20739 / MG, Relator: Min. Luiz Fux, julgamento: 18/09/2007).

Neste jaez, preleciona Ana Frazão de Azevedo Lopes<sup>17</sup>:

A função social da propriedade e da empresa, como será melhor visto no Capítulo 4, não deixa de ser uma tentativa de inserir a solidariedade nas relações horizontais entre os indivíduos, transformando-os em responsáveis pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais, inclusive no que diz respeito à redução das desigualdades sociais.

Muitas das políticas públicas em sede de assistência social são pautadas pelo princípio da solidariedade. Infelizmente, hodiernamente em nosso país, esta atuação do Estado tem-se confundido com puro assistencialismo irresponsável que não dignifica o homem pelo seu trabalho, apenas lhe fornece valores mensais a título de subsistência. Assevera Ana Frazão de Azevedo Lopes que o mínimo existencial e as políticas públicas instrumento de eficácia da solidariedade não podem confundir-se com clientelismo ultrapassado:

Assim, ganha relevo a discussão sobre a necessidade de um mínimo existencial, idéia que é admitida até por libertários como Hayek e hoje ganha a atenção da filosofia política e da teoria constitucional. A garantia de um mínimo existencial, por sua vez, suscita a discussão sobre a distribuição de renda e a garantia de prestações sociais e políticas que, em face de um Estado que se pretende democrático, precisam ser realizadas em um contexto de afirmação política do cidadão e não de forma a estimular um clientelismo ultrapassado.

Em se tratando do Direito Administrativo a solidariedade é explícita como postulado norteador das contribuições previdenciárias dos servidores públicos inativos. Ademais, à luz da orientação jurisprudencial do STJ na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual, idéia consagrada no julgamento do RESP 914087/ RJ, em que funcionou como Relator o Min. José Delgado, cujo julgamento se deu em: 04/10/2007.

No Direito Ambiental manifesta-se o princípio da solidariedade no art. 225 da CF/88 que estabelece a necessidade de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, além de todo o seu arcabouço legal no sentido da superação do pensamento individualista na interação homem-meio ambiente, por um viés comunitário e difuso.

No âmbito do Direito Tributário, tem-se a solidariedade nas repartições de receitas tributárias da União e nos Fundos de Participação para programas

<sup>17</sup> LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade- Função Social e Abuso do Poder Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pág. 252.

de desenvolvimento das regiões mais atrasadas sócio-economicamente e como fundamento de diversas contribuições parafiscais.

Como corolário do princípio da solidariedade no Direito Tributário, os arts. 157 a 162 da Constituição de 1988 e 83 a 94 do C.T.N. cuidam da chamada repartição de receitas tributárias, também conceituada de federalismo cooperativo. As transferências tributárias constitucionais da União para os Estados e Municípios podem ser classificadas em transferências diretas (repasso de parte da arrecadação para determinado governo) ou indiretas (mediante formação de fundos especiais). No entanto, sejam como ocorrerem, as transferências sempre ocorrem do governo de maior nível para os de menores níveis, quais sejam: da União para os Estados, da União para os Municípios; ou de Estados para Municípios.

Inicialmente, temos que o imposto de renda retido na fonte em razão dos rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, bem como por suas respectivas autarquias e fundações públicas, pertence a eles próprios (o I.R. retido na fonte quando um servidor estadual do Ceará recebe seus vencimentos, por ex., pertence ao próprio Estado do Ceará, em que pese o I.R. ser um tributo de competência da União).

De acordo com o art. 157, inciso II da C.F/88, também pertencem aos Estados-membros e aos Distrito Federal 20% do imposto que a União eventualmente institua com base em sua competência residual (art. 154, I, da C.F/88).

Com o advento da EC No.: 44/2004, que alterou a redação do inciso III do art. 159 da C.F/88, do produto da arrecadação da CIDE-Combustíveis, pela União, 29% serão repassados aos Estados, que por sua vez, repassarão, 25% serão destinados aos seus respectivos Municípios, nos termos do parágrafo 1º- do art. 1º-A da Lei No.: 10.336/2001.

Aos Municípios pertencem ainda, nos termos do art. 158, incisos II, III e IV da C.F/88: 1) 50% da arrecadação do I.T.R. (imposto de competência da União) relativo aos imóveis nele situados, cabendo a totalidade (100%), nos termos da nova redação dada pela E.C. No.: 42/2003 na hipótese de o Município, por opção, fiscalizá-lo e cobrá-lo, na forma da lei, desde que não implique e redução ou renúncia fiscal; 2) 50% do produto da arrecadação do I.P.V.A. relativo aos veículos automotores licenciados em seu território; 3) 25% do I.C.M.S., sendo que  $\frac{3}{4}$  desse valor será destinado ao município onde se realizou o fato gerador do I.C.M.S., e até  $\frac{1}{4}$ , de acordo com o que dispuser a lei estadual.

A União tem ainda a obrigação de entregar:

1) nos termos do art. 159, inciso I da C.F/88, 47% do I.R. que efetivamente recebeu (já excluídas, portanto as parcelas retidas na fonte por Estados, D.F e Municípios) e 47% do I.P.I., sendo 21,5% destinado ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 22,5% ao Fundo de Participação dos Municípios

e 3% para os programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (disciplinados pela Lei No.: 7.827/89).

1.1.) 85% dos recursos do F.P.E. são distribuídos às unidades da federação integrantes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 15% às unidades que integram as regiões Sul e Sudeste.

2) 10% do I.P.I. aos Estados e ao Distrito Federal (art. 159, inciso II e parágrafo 2º- da C.F./88), proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados serão destinados ao Fundo de Compensações de Exportações (FPEX). Nenhum Estado pode receber mais do que 20% destes 10%.

3) 100% do I.O.F. sobre o ouro utilizado como ativo financeiro, sendo 30% para o Estado ou D.F. e 70% para o Município de origem, conforme proposto pelo art. 153, parágrafo 5º- da C.F./88.

Do valor que recebe a título de repartição do I.P.I., o Estado repassa 25% aos seus Municípios. Recebe mais o Município que teve operação com incidência de I.P.I. realizada em seu território.

Hugo de Brito Machado<sup>18</sup> traça a relação entre os postulados constitucionais da legalidade tributária e da solidariedade que é de complementaridade e não de contraposição:

O princípio da solidariedade constitui fundamento para a atuação do Estado, que há de promover a solidariedade social. E, para tanto, pode mesmo utilizar a tributação como mecanismo para a redistribuição de renda. Tudo isto, porém, há de ser feito sem consideração alguma pelo princípio da legalidade, até porque um não se contrapõe ao outro princípio.

Posteriormente, Hugo de Brito Machado<sup>19</sup> diferencia a solidariedade da capacidade contributiva:

Solidariedade e capacidade contributiva, a rigor, são princípios dirigidos ao legislador. Nem um nem o outro podem ser vistos como caminho para burlar o princípio da legalidade. Eles devem ser postos em prática pelos caminhos ditados pelo princípio da legalidade. Os princípios constitucionais em geral são limitações ao Poder. No que diz respeito à tributação os princípios constitucionais são limitações ao poder de tributar. Assim, tanto quanto o princípio da legalidade, o princípio da capacidade contributiva deve ser visto como um limite ao arbítrio dos governantes. Não como um pretexto para sua ampliação.

É intrínseca a relação entre a solidariedade que visa ao desenvolvimento regional e o federalismo cooperativo, consoante nos adverte Gilberto Bercovici<sup>20</sup>:

<sup>18</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 74.

<sup>19</sup> *Ib.* Ibidem pág. 75.

<sup>20</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2.005, pág. 91.

O Federalismo Cooperativo está em estreita relação com o chamado Estado intervencionista (o chamado Estado Social), que tem por objetivos, entre outros, a igualação das condições sociais de vida e a redução das desigualdades socioeconômicas em todo o território nacional (no nosso caso, inclusive, por determinação expressa do art. 3º da CF, conforme veremos adiante). É justamente a exigência de solidariedade do Estado Social que fez com que fosse formulado um princípio de fidelidade federal que vincula a União e os entes federados, condicionando e orientando suas políticas na direção da diminuição das desigualdades sociais. Não é possível, porém, a uniformização das condições sociais de vida entre os vários entes federados se estes não tiverem capacidade suficiente (e não apenas econômica, mas também, política) para satisfazer plenamente todas as suas funções. Assim, a forma cooperativa de federalismo tem por objetivo fundamental a igualação da capacidade dos membros da Federação.

Consoante a orientação jurisprudencial do Pretório Excelso a contribuição dos servidores públicos inativos, fundamenta-se no princípio da solidariedade:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSS. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 9.032/95. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DO AUMENTO A TODOS OS BENEFICIÁRIOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. O aumento da pensão por morte, previsto na Lei n. 9.032/95, aplica-se a todos os beneficiários, inclusive aos que já percebiam o benefício anteriormente à edição desse texto normativo. 2. Inexiste aplicação retroativa de lei nova para prejudicar ato jurídico perfeito ou suposto direito adquirido por parte da Administração Pública, mas sim de incidência imediata de nova norma para regular situação jurídica que, embora tenha se aperfeiçoado no passado, irradia efeitos jurídicos para o futuro. 3. O sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade [artigo 3º, inciso I, da CB/88], contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguísse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia. Agravo regimental não provido” (RE-AgR 422268/SP, Relator: Min. Eros Grau, julgamento: 31/05/2005. Fonte: DJ 24/06/2005, pág. 39).*

À época do “apagão da energia elétrica”, o STF decidiu que a MP que determinava a possibilidade de corte no fornecimento de tal serviço essencial era constitucional, frente ao princípio da solidariedade social:

*“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERI-*



ORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente". (ADC No.: 9/DF, Relatora para acórdão: Min. Ellen Gracie, julgamento: 13/12/2.001. Fonte: DJ 23/04/2.004, pág. 6.).

Consoante o STJ, as CIDES (Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico), igualmente têm por fundamento constitucional o princípio da solidariedade:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 7/STJ) – CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA – LEI 2.613/55 (ART. 6º, § 4º) – DL 1.146/70 – LC 11/71 – NATUREZA JURÍDICA E DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – CIDE – LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA MESMO APÓS AS LEIS 8.212/91 E 8.213/91. 1. Não se conhece de recurso especial quanto à questão cuja análise demanda revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 2 A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 770.451/SC (acórdão ainda não publicado), após acirradas discussões, decidiu rever a jurisprudência sobre a matéria relativa à contribuição destinada ao INCRA. 3. Naquele julgamento discutiu-se a natureza jurídica da contribuição e sua destinação constitucional e, após análise detida da legislação pertinente, concluiu-se que a exação não teria sido extinta, subsistindo até os dias atuais e, para as demandas em que não mais se discutia a legitimidade da cobrança, afastou-se a possibilidade de compensação dos valores indevidamente pagos a título de contribuição destinada ao INCRA com as contribuições devidas sobre a folha de salários. 4. Em síntese, estes foram os fundamentos acolhidos pela Primeira Seção: a) a referibilidade direta NÃO é elemento constitutivo



*das CIDE's; b) as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas; c) as CIDE's afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos; (...) h.1) esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade; h.2) partindo-se da pseudo-premissa de que o INCRA integra a "Seguridade Social", não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/88; i) o único ponto em comum entre o FUNRURAL e o INCRA e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas; j) a contribuição para o INCRA, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei 7.787/89 (art. 3º, I), tendo resistido à Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com amparo no art. 149 da Carta Magna, não tendo sido extinta pela Lei 8.212/91 ou pela Lei 8.213/91. 5 Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido". (RESP No.: 933.440/PR, Relatora: Min. Eliana Calmon, julgamento: 02/08/2007. Fonte: DJ 14.08.2007, pág. 293).*

No âmbito do Direito Financeiro, a solidariedade é encontrada quando do estabelecimento de limites dos gastos com os entes políticos e seus respectivos Poderes, posto que, em princípio, é vedada a retenção, a qualquer título, dos valores que devem ser transferidos aos Estados, ao D.F. e aos Municípios. Contudo, a nova redação do art. 160 da C.F./88 estabeleceu que a vedação não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias (alguns Municípios podem ter retidas as transferências da União porque são devedores da Previdência Social- o I.N.S.S. é uma autarquia federal).

A nova Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar No.: 101/2.000) limita os gastos com pessoal da União a 50% da receita líquida. Para os Estados e Municípios o limite é de 60%, também da receita líquida.

Os limites vigentes, de acordo com o art. 20 da lei Complementar No.: 101/2.000, são os seguintes:

- na esfera federal:
  - 2,5% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
  - 6% para o Poder Judiciário;

40,9% para o Poder Executivo;

0,6% para o Ministério Público da União.

- na esfera estadual:

3% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas;

6% para o Poder Judiciário;

49% para o Poder Executivo;

2 % para o Ministério Público dos Estados.

- Na esfera municipal:

6% para o Poder Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver);

54% para o Poder Executivo.

O descumprimento das metas pode acarretar a suspensão dos repasses e a punição dos responsáveis com base no Código Penal, nas Leis de Improbidade Administrativa, 1.079/50 e no Decreto-lei No.: 201/67.

Tais limites revelam a aplicabilidade do postulado da solidariedade constitucional, na medida em que revelam uma preocupação com os gastos públicos, que decorre da idéia de responsabilidade fiscal e zelo na administração dos mesmos, em prol do interesse público norteador de toda a conduta estatal.

Acerca da concatenação entre a solidariedade constitucional e o Direito do Trabalho, colhemos o escólio de Arion Sayão Romita<sup>21</sup>:

A solidariedade revela o duplo aspecto da relação que envolve o indivíduo e a sociedade. Assim como o indivíduo está ordenado à comunidade em virtude da disposição natural para a vida social, assim também a comunidade é ordenada aos indivíduos que lhe dão o ser, porquanto comunidade outra coisa não é senão o conjunto dos indivíduos encarados em sua vinculação social. O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, destaca o papel fundamental da solidariedade, pois se ocupa do estudo das associações sindicais, instituto central que subdivide a disciplina: o Direito Coletivo do Trabalho. O associativismo profissional, que está na base do fenômeno social, forma-se em torno do núcleo da solidariedade para fundar a união dos indivíduos entre eles, quer se trate de agregá-los em grupos de interesses quer de assegurar a coesão desses diferentes grupos. A solidariedade de interesses e a espontaneidade de aproximação dos exercentes de um mesmo ofício ou de uma profissão provoca a criação de uma associação permanente e organizada. O fato da solidariedade espontânea surge sempre entre os exercentes da mesma ocupação.

<sup>21</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2007, págs. 338 e 339.

Conclui o referido autor<sup>22</sup>, que temos a solidariedade expressa no Direito do Trabalho por meio dos seguintes institutos, relacionados ao Direito Coletivo do Trabalho: liberdade sindical (art. 8º- da CF/88); negociação coletiva; greve (art. 9º- da CF/88); representação dos trabalhadores e dos sindicatos nas empresas (art. 11 da CF/88); proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º-, I da CF/88); repouso semanal remunerado (art. 7º-, inciso XV da CF/88); saúde e segurança no trabalho. Além do meio ambiente do trabalho.

## 5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontramos reflexos do aludido postulado na órbita do Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Agrário, Ambiental, Civil, Econômico e Previdenciário, do Trabalho e Financeiro, além de previsão expressa e implícita no texto constitucional, inclusive no Preâmbulo de nossa Magna Carta.

Ademais, não podemos olvidar que a jurisprudência dos nossos Sodalícios Superiores é bastante profícua na utilização do postulado ora em comento quando da motivação de seus julgados, especialmente nas matérias acima esposadas.

Trata-se de verdadeiro direito fundamental, posto que o §2º- do art. 5º- da Carta Política de 1.988 não esgota o rol dos direitos e garantias fundamentais. Tal regra denota a flexibilidade dos direitos fundamentais.

Infelizmente os juristas brasileiros ainda não se ativeram ao estudo da importância da solidariedade e de seu caráter multidisciplinar.

Na clássica repartição das dimensões atinentes aos direitos e garantias fundamentais, os direitos de solidariedade são tidos como de terceira dimensão. Possuem titularidade difusa e concernem, por exemplo, à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Hoje se busca um novo conceito de Estado de Direito e na Nova Hermenêutica, cujo um dos fundamentos é a teoria dos princípios. Neste jaez, a solidariedade, tal qual, a proporcionalidade e a razoabilidade constituem-se em alguns dos alicerces desse paradigma.

Concatenada à promoção da dignidade da pessoa humana, um dos outros pilares do Estado Democrático de Direito é a solidariedade, não apenas nas relações individuais, mas, acima de tudo, nas relações travadas entre o Estado e seus cidadãos, na busca de parâmetros cada vez mais consensuais. A subordinação cede espaço à coordenação.

O princípio da solidariedade deve ser interpretado à luz do bem-estar social e como fator de promoção social, desde que realizada de forma responsável. É inconstitucional utilizá-lo como justificação na criação de políticas

<sup>22</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, pág. 339.

públicas irresponsáveis e meramente assistencialistas que não acarretem em progresso do povo brasileiro.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. *Solidaridad Constitucional en Brasil*. 2. ed. Fortaleza: Associação Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico (AIADCE), 2005, págs. 17/18.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia : entre facticidade e validade - Volume I*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade- Função Social e Abuso do Poder Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Volume: 4 - Direito das Obrigações*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e Força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



# ALGUMAS NOTAS SOBRE A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA “LIVRE CONCORRÊNCIA” NAS RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS

*Hugo de Brito Machado Segundo<sup>1</sup>*

## RESUMO

Neste trabalho faz-se exame do princípio constitucional da livre concorrência, seu sentido e suas repercussões no âmbito das relações tributárias. Examina-se até que ponto a tributação pode ser usada para implementar, ou não, a liberdade concorrencial, e, por igual, até qual limite tal princípio autoriza a supressão de direitos e garantias do cidadão contribuinte sob o pretexto de, assim, realizar tributação capaz de manter o equilíbrio da concorrência.

## Palavras-chave

Livre-concorrência. Tributação. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the principle that protects free competition, its meaning and its repercussions in the juridical relations between the State and the taxpayers. It examines also how taxes can be used, or not, to implement this principle, and in which cases the application of the principle is just an excuse to undercover a violation of taxpayers' fundamental rights.

## Keywords

Free-competition. Taxation. Fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Dentro de uma perceptível aproximação entre Direito e Economia, decorrente do abandono de um ultrapassado positivismo reducionista que só admitia o estudo de normas (divorciado dos fatos e dos valores aos quais as normas servem de suporte), tem sido freqüente, em estudos de Direito Tributário, a referência à livre concorrência, e aos reflexos que sobre ela pode ter a tributação.

Tais reflexos não podem ser desconsiderados por quem elabora, interpreta e aplica normas jurídicas, sobretudo quando se sabe que a livre concorrência é um dos princípios que orienta a ordem econômica na Constituição (CF/88,

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em Direito pela UFC. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor. Professor da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito.

art. 170, IV), e que o texto constitucional foi alterado para permitir a criação de critérios específicos de tributação destinados precisamente a evitar desequilíbrios na concorrência (CF/88, art. 146-A).

Por outro lado, não se pode ignorar que a Fazenda Pública tem aproveitado a necessidade de se preservar a livre concorrência para tentar ampliar indevidamente seus poderes de tributação e fiscalização, procurando justificar atos seus que amesquinham direitos fundamentais do contribuinte. Isso porque, em certo sentido, praticamente toda irresignação de um contribuinte contra a cobrança de um tributo, em determinado caso concreto, pode em princípio ser contestada invocando-se a livre concorrência: os concorrentes daquele contribuinte estão, presumivelmente, se submetendo à mesma exigência, pelo que considerá-la ilegal ou inconstitucional apenas em relação àquele que a questiona poderia gerar um "desequilíbrio".

Não é preciso muito para perceber, nesse contexto, que a determinação constitucional de preservação da livre concorrência pode vir a ser (indevidamente) utilizada como uma nova vestimenta para um velho (e recorrente) problema: a invocação das razões de Estado para justificar a cobrança de tributos, desta vez com aparência de legitimidade maior. O indigitado princípio passaria a ocupar (e já está fazendo isso) lugar antes preenchido pela prevalência do interesse público e pela solidariedade.

Têm relevo, assim, o exame da determinação constitucional de preservação da livre concorrência, e a análise dos meios que podem ser utilizados em sua promoção sem o indevido sacrifício de outros valores igualmente caros à Constituição e à nossa sociedade. Este estudo pretende ser uma pequena colaboração nesse sentido.

## 2 LIVRE-CONCORRÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dotado de uma estrutura biológica (cérebro desenvolvido, postura ereta etc.) que lhe confere a faculdade de abstrair<sup>2</sup> e representar o futuro<sup>3</sup>, o homem é o único ser capaz de distinguir o real do possível. Nas palavras de Ernst Cassirer,

*ni para los seres por debajo del hombre ni para los que se hallan por encima de él existe diferencia entre 'lo real' y 'lo posible'. Los seres por debajo del hombre se hallan confinados dentro del mundo de su percepción sensible, son susceptibles a los estímulos físicos presentes y reaccionan a estos estímulos, pero no pueden formar la idea de cosas 'posibles'. Por otra parte, el intelecto sobrehumano, la mente divina no conoce distinción entre realidad y posibilidad.*<sup>4</sup>

Essa a faculdade diferencia o homem dos animais em geral, pois lhe

<sup>2</sup> TUFAYL, Ibn. *O filósofo autodidata*. Tradução de Isabel Loureiro. São Paulo: Unesp, 2005, p. 63.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. *Garra, mão e dedo*. revisto e prefaciado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002, p. 97.

<sup>4</sup> CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica*. traducción de Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2.ed., 1963, p. 90.

confere a oportunidade de tentar, quando isto lhe é interessante, transformar a possibilidade em realidade. Searle observa, a esse respeito, que

*...esa combinatoria de impulsos que se abre ante la conciencia (ante ciertos tipos de conciencia constructiva y capaz de anticipar experiencias posibles, como la conciencia humana) consiste precisamente lo que llamamos libertad.<sup>5</sup>*

A liberdade, portanto, é a aptidão de fazer escolhas, vale dizer, a aptidão humana de, diante de várias possibilidades, eleger uma delas e procurar torná-la real. É isso o que dá ao homem a capacidade de alterar a realidade. Por igual, é o que explica as diferenças existentes entre uma sociedade atual, e uma outra, havida três ou quatro mil anos atrás, diferenças que não são verificadas entre as abelhas<sup>6</sup> e as formigas de hoje e as do passado.<sup>7</sup>

É a liberdade que torna viável, e necessário, o disciplinamento da conduta humana através do Direito. Afinal, através dela o homem avalia que nem tudo o que é possível deve ser tornado real. A capacidade de cada um de fazer escolhas deve sofrer limitações, até para que essas escolhas não impossibilitem outros homens de também fazerem as suas. Daí dizer-se, com inteiro acerto, que o Direito é um instrumento de compartição de liberdade.<sup>8</sup>

Mas note-se: a liberdade de uma pessoa há de ser limitada quando seu exercício implicar embaraços à liberdade (no mais amplo sentido possível) de outras pessoas. Limites que assim não se justifiquem são arbitrários, e, por isso mesmo, os ordenamentos jurídicos contemporâneos, nos Estados democráticos, geralmente não os admitem. Preservam a liberdade como um direito fundamental, decorrente da própria dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup> Aliás, preservam as liberdades, no plural, pois a apontada antecipação de experiências (com a eleição de uma delas) pode ocorrer nos mais diversos setores da vida humana. Daí falar-se em liberdade de locomoção, de manifestação do pensamento, de crença, de cátedra, e, no plano das relações econômicas, em liberdade econômica.

Como aponta Amartya Sen “o argumento mais imediato em favor da liberdade de transações de mercado baseia-se na importância fundamental da

<sup>5</sup> SEARLE, John R. *Libertad y neurobiología*. traducción de Miguel Candel, Barcelona: Paidós, 2005, p. 19.

<sup>6</sup> “A abelha de hoje não sabe compor o seu mel com mais habilidade do que a abelha de Virgílio. O caráter distintivo da associação humana está justamente nessa reação do todo sobre cada uma das partes donde resultam as mudanças e melhoramentos ulteriores.” (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 127)

<sup>7</sup> Sobre a progressividade como elemento diferenciador das sociedades humanas e das animais (de formigas, abelhas e castores), e como decorrência da racionalidade, confirma-se ainda: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. 5.ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979, p. 463.

<sup>8</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 11.

<sup>9</sup> Propondo um *common ground* fundado na igualdade de oportunidades e na liberdade, a partir do qual os demais direitos fundamentais poderiam ser argumentativamente desdobrados e construídos, Ronald Dworkin observa: “These two principles – that every human life is of intrinsic potential value and that everyone has a responsibility for realizing that value in his own life – together define the basis and conditions of humanity dignity.” (DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton University Press: Princeton, 2006, p. 10)

própria liberdade. Temos boas razões para comprar e vender, para trocar e para buscar um tipo de vida que possa prosperar com base nas transações. Negar essa liberdade seria, em si, uma grande falha da sociedade."<sup>10</sup>

Pois bem. Não incorrendo nessa grande falha e consagrando expressamente a liberdade, no plano econômico, como direito fundamental,<sup>11</sup> o art. 170 da Constituição Federal de 1988 elenca a livre iniciativa e, no que mais de perto interessa a este texto, a livre concorrência como princípios fundamentais da ordem econômica, vale dizer, valores, metas ou objetivos a serem buscados e prestigiados no âmbito do disciplinamento jurídico da atividade econômica.

Por livre iniciativa entende-se a liberdade, conferida a todos, de exercer uma atividade econômica, vale dizer, de produzir e disponibilizar a terceiros os recursos materiais necessários ao bem estar (através da prestação de serviços, da fabricação e da comercialização de bens etc.). Já a livre concorrência significa a garantia de que tais atividades econômicas serão exercidas de modo a que as habilidades de cada um determinem o seu êxito ou o seu insucesso, não podendo o Estado, em princípio, favorecer ou desfavorecer artificialmente este ou aquele agente econômico.

Em outras palavras, o direito à livre concorrência é assegurado por uma norma, com estrutura de mandamento de otimização, segundo a qual o Estado deve garantir a todos, na medida do que for factual e juridicamente possível, o livre exercício de atividade econômica, sem criar ou permitir interferências indevidas que prejudiquem a livre competição dos cidadãos. A intrínseca relação entre livre iniciativa e livre concorrência é bem observada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem "o princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio".<sup>12</sup>

Por conta desse princípio, o STF já reconheceu a inconstitucionalidade, por exemplo, de leis que determinam a observância de uma "distância mínima" de um estabelecimento comercial para outro do mesmo ramo, a qual deveria ser observada sob pena de não se conceder o alvará de funcionamento respectivo. Entendeu a Corte Maior, nesse caso, que o Poder Público estaria interferindo indevidamente na liberdade de concorrência,<sup>13</sup> criando uma espécie de "reserva de mercado" para os estabelecimentos já existentes.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 136.

<sup>11</sup> Na definição bastante simples de Laurence Tribe e Michael Dorf, é direito fundamental aquele em relação ao qual o Estado somente pode fazer alguma restrição se oferecer boas razões para isso (TRIBE, Laurence e DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*, tradução de Amarílis de Souza Birchall, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 94). É precisamente o caso da livre concorrência e da livre iniciativa.

<sup>12</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31.ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 358.

<sup>13</sup> Cf., v.g.: STF, Pleno, ADI 2327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 8.5.2003, DJ de 22.8.2003, p. 20

<sup>14</sup> Esse aspecto revela, aliás, que a livre concorrência é uma garantia conferida não apenas aos que exercem atividades econômicas, mas sobretudo ao consumidor, que seria grandemente prejudicado pela existência de monopólios ou outras formas de supressão do livre mercado, e



Evidentemente, tal liberdade encontra diversos limites, tanto factuais como jurídicos. Os primeiros, o Estado deve tentar demovê-los, dentro de suas possibilidades, até em cumprimento ao princípio em exame. Os segundos, por sua vez, decorrem da consagração, pela Constituição, de regras e princípios com os quais a livre concorrência deve ser conciliada. É o caso dos princípios que preconizam a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, às microempresas e empresas de pequeno porte e ao trabalhador, muitos dos quais são veiculados nos demais incisos do próprio art. 170 da CF/88.<sup>15</sup>

Assim, as atividades econômicas não poderão se desenrolar naturalmente, subjugadas, simplesmente, pela força das leis econômicas, se isso implicar malferimento, por exemplo, ao meio ambiente, ou ao consumidor. Tais princípios deverão ser observados de forma equilibrada, ponderada, de forma a que o desmedido elastério dado a um não amesquinhe o outro além do que seria admissível. A proporcionalidade é, por excelência, o critério para se encontrar esse equilíbrio.

### 3 TRIBUTAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA

O tributo, por representar ônus para aquele que exerce a atividade econômica, tem sobre ela importantes reflexos. Tanto pode ser usado não com o fim precípua de obter recursos financeiro para o Estado (finalidade fiscal), mas para estimular ou desestimular comportamentos (função extrafiscal).

Ao preconizar a atribuição de tratamento tributário simplificado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo, a Constituição determina que o ônus tributário (tanto relativo às obrigações principais, como ao custo indireto representado pelas obrigações acessórias) seja usado como forma de tentar amenizar a desigualdade naturalmente existente entre pequenas e grandes empresas. Busca-se assegurar àquelas melhores condições de competição em relação a estas, sem que se cogite, por isso, de violação à isonomia, ou à própria liberdade de concorrência, tanto porque tal tratamento é preconizado pela Constituição, como porque com ele se busca, tratando desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, assegurar a verdadeira igualdade.

A função extrafiscal do tributo, e outras formas de benefícios ou tratamentos diferenciados empregados no âmbito tributário, são formas intencionais de se usar a tributação de sorte a interferir nas atividades econômicas. Ocorre que existem, também, as formas não-intencionais, acidentais e, às vezes, até indesejadas de interferência. É o que ocorre quando um contribuinte é submetido, por alguma razão, a um ônus tributário muito menor, ou muito maior, do que

que é inegavelmente beneficiado pela redução de preços decorrente da concorrência.

<sup>15</sup> Sobre a feição de livre concorrência na ordem econômica, no âmbito da CF/88, confira-se: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244.

aquele incidente sobre seus concorrentes que estão, no entanto, na sua mesma condição. É em casos assim que o princípio em questão é invocado, não raro pela Fazenda Pública que deseja cobrar o tributo ao qual o contribuinte não se está submetendo. Será essa invocação sempre procedente? Existem parâmetros para aferir sua pertinência? Vejamos.

## 4 LIVRE-CONCORRÊNCIA E “RELATIVIZAÇÃO” DE DIREITOS DO CIDADÃO CONTRIBUINTE

### 4.1 Colocação do problema

Com a difusão, no Brasil, da idéia de que direitos fundamentais são sempre veiculados em normas com estrutura de princípio, banalizou-se também a noção de que os princípios e os direitos neles consagrados são sempre relativos. Podem ser ponderados, em cada caso concreto.

Não faltam pessoas, nesse contexto, que, defendendo o que antes seria visto simplesmente como desrespeito à Constituição, afirmam, com ar solene, que os direitos fundamentais são relativos e que, por isso, no específico caso de que estão a tratar, serão “relativizados”. Restam obscurecidas, porém, as razões que levam a essa relativização.

Ora, um direito fundamental somente pode ser relativizado, ou comprimido, se isso acontecer para dar lugar à efetivação de um outro direito fundamental. E, mesmo assim, quando tal compressão for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para isso, o que deve ser analiticamente justificado por quem proceder à ponderação.

Tendo os direitos fundamentais como titulares, em regra, os cidadãos, seja diretamente, seja através das pessoas jurídicas por eles constituídas, não se admite a sua invocação pelo Estado contra o cidadão. Historicamente foram construídos na luta pela contenção do arbítrio, e mesmo os direitos conhecidos como sociais, ou ligados à igualdade, têm também essa feição, pois implicam uma determinação ao Poder Público sobre como aplicar (e, por conseguinte, como não aplicar) os recursos à sua disposição. Essa idéia, cristalizada na Súmula 654 do STF<sup>16</sup>, faz com que o Estado não possa invocar direitos fundamentais dos quais seria supostamente o titular para tentar justificar restrições que pretenda fazer aos direitos do cidadão.

Diante desse óbice, passou o Estado, para tentar justificar pretensas “relativizações”, a recorrer, nas relações tributárias, primeiro, ao suposto princípio da prevalência do interesse público sobre o particular. Invocação descabida, pois tal prevalência se dá no plano dos interesses, e não no plano dos direitos, sendo

<sup>16</sup> “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

certo que o maior dos interesses públicos, razão de ser do próprio Estado, é o respeito às normas jurídicas.<sup>17</sup>

O interesse do governante em arrecadar tributos, nem sempre coincidente com o interesse do público em relação ao montante da carga e ao seu destino, tem encontrado ainda outra justificativa, outro verniz, para voltar ao cenário da “relativização”, esperando ser ponderado com direitos dos contribuintes: a solidariedade. Os direitos fundamentais do contribuinte, embora legítimos, deveriam ser ponderados com um dever de solidariedade. Está correto, mas não se pode esquecer que a solidariedade, assim como a prevalência do interesse público, justifica a criação do Estado e a própria tributação, mas não torna prescindível a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade e todos os demais princípios e regras que orientam a tributação. Além disso, no caso da solidariedade, tem-se princípio cuja efetivação depende muito, mas muito mais do destino dado ao tributo arrecadado do que simplesmente de sua cobrança, sendo certo que a arrecadação de elevada carga tributária não aplicada em despesas ligadas à saúde, educação, previdência etc. não pode ser justificada no princípio da solidariedade.

O leitor pode estar, a esta altura, se questionando: o que isso tem a ver com o tema do texto? Muito. Com efeito, é nesse cenário que adquire difusão, nos meios acadêmicos e jurisprudenciais, a proteção à livre concorrência. A tributação, além de necessária à promoção do interesse público, e da solidariedade social, é indispensável à proteção da liberdade de concorrência. Afinal, o sonegador tem um diferencial em relação ao contribuinte cumpridor de seus compromissos, que interfere na concorrência entre ambos. E o Estado, ao pugnar pela cobrança do tributo, passa a defender a relativização de direito fundamental eventualmente invocado pelo contribuinte com amparo em um outro direito fundamental, igualmente nobre, dos demais contribuintes, cuja efetivação e proteção lhe compete.

Não se deve, contudo, esquecer que o processo de conciliação de princípios há de ser transparente e racionalmente justificado. Não basta invocar dois ou mais princípios supostamente conflitantes, argüir a sua relatividade e, em seguida, escolher o que mais agrada para simplesmente ignorar o outro. É preciso apontar por que a medida tomada, que enseja a prevalência de um deles, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para promover o outro. E isso nem sempre é feito.

Nas linhas que se seguem, colhemos para exame algumas situações nas quais essa invocação acontece, para que possamos então avaliar a sua legitimidade.

#### 4.2 Livre-concorrência e direito à jurisdição

Um dos contextos em que o argumento da livre concorrência em matéria tributária já vem sendo suscitado há algum tempo é o da concessão de liminares nas quais se determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos

<sup>17</sup> Para um estudo mais detalhado da questão, confira-se: MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007, *passim*.

termos do art. 151, IV e V, do CTN.

Argumenta-se, como forma de pugnar pela cassação, suspensão, revogação ou reforma da decisão, que o contribuinte beneficiado com a medida liminar terá uma “vantagem” sobre a sua concorrência, em malferimento ao princípio da livre concorrência.

Com todo o respeito, o argumento, no caso, é carente de razão.

Pode até ser verdade que, não submetido ao ônus do tributo de cuja suspensão da exigibilidade se cogita, o contribuinte tenha um diferencial sobre a concorrência. Mas isso também ocorre com aquele que cria um processo industrial mais eficiente, mais barato, mais lucrativo ou de melhor qualidade. Do mesmo modo como aquele que adquire uma máquina que a sua concorrência ainda não possui, ou que descobre uma fórmula que seus concorrentes não têm. Não é preciso dizer mais para deixar claro que a livre concorrência não significa – sendo, aliás, o contrário disso – o nivelamento artificial e compulsório de todos os que exercem atividades econômicas, porque isso neutralizaria as conseqüências de suas escolhas, acabando com a própria liberdade. Tratando da questão em um contexto mais abrangente, mas no todo aplicável ao presente, Ronald Dworkin observa:

*Suppose, for example, a radically egalitarian economic policy that collects all the community's resources once a year and redistributes them equally so as to cancel out all the transactions of the past year and leave people free to start all over again on equal terms. That would be like sweeping up all the Monopoly money and property every quarter of an hour and beginning again, which would of course ruin the game because then no choice would have any consequences for anyone. It would not matter what anyone did. The radical egalitarian economic policy would have the same result at least financially: people would be insulated from the economic consequences of their acts therefore unable to take any responsibility for the economic dimension of their own lives. In such a world I could not stay in school longer in order to hold a higher-paying job later or economize now in order to educate my children better or make a screwd investment in hopes of realizing a profit. None of these choices would make any sense because I would end in the same economic position whatever I did; I could take no financial responsibility for my own choices because my own choices would have no financial consequences at all.<sup>18</sup>*

Ora, as tutelas de urgência, concedidas quando presente o risco de tornar-se inútil uma prestação jurisdicional favorável a quem a requer, são uma decorrência direta do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, encontrando fundamento no art. 5.º, inciso XXXV da CF/88. Não podem ser denegadas apenas porque sua concessão causará um desequilíbrio entre os concorrentes. Se estiverem presentes os requisitos – o que, evidentemente, é uma outra questão – a sua concessão decorre da necessária prevalência que há de ter, no caso, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

<sup>18</sup> *Op cit*, p. 102/103.

Até porque, caso fosse confirmada a liminar por uma sentença, não poderia essa prevalecer, para não desequilibrar a concorrência? Qual o critério para – caso presentes os requisitos – admitir a sentença que julgue procedente o pedido declaratório da inexistência de relação jurídica que obrigue ao pagamento do tributo, mas não admitir a decisão liminar que lhe suspenda a exigibilidade?

Não há. Aliás, se prevalecesse o argumento de que a livre concorrência impede a concessão de liminares, ter-se-ia de concluir, de forma inafastável, que ela torna inviável todo o controle difuso de constitucionalidade. Todo o sistema de jurisdição concreta e individual. Só seriam admissíveis ações coletivas, e de controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*. Do contrário, um cidadão poderia ser beneficiado com decisão favorável, e outro prejudicado por decisão contrária aos seus interesses, gerando o temido desequilíbrio. A absurdez da consequência dispensa outras explicações em torno da improcedência do argumento que lhe causa.

Os “requisitos legais” exigidos para a concessão de uma liminar nada mais são do que um roteiro, guia ou parâmetro para o intérprete proceder à ponderação de dois princípios constitucionais processuais da maior importância, todos ligados à administração do tempo no processo. De um lado, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. De outro, o direito a uma tutela jurisdicional perfeita, assim entendida aquela mais próxima possível do que se entende estar determinado pelo direito material de cuja aplicação se cogita. Para prestigiar o primeiro direito, a celeridade é fundamental. Para o segundo, não. O tempo é necessário para que as partes sejam ouvidas, provas sejam produzidas, recursos sejam interpostos, e só depois se possam sofrer os efeitos ou as consequências da decisão. A ponderação é inevitável,<sup>19</sup> e quando, num primeiro momento, o juiz convencer-se de que a produção de provas não é necessária, o direito alegado na inicial é plausível e o pedido final será, provavelmente, procedente, requisitos comumente conhecidos como fumaça do bom direito, a concessão de uma tutela de urgência será adequada. Quando convencer-se de que, além disso, a não-concessão da tutela de urgência levará ao perecimento do direito à jurisdição, pois a parte sofrerá um dano que a decisão final não poderá reparar eficazmente, requisito conhecido como perigo da demora, a medida urgente será necessária.<sup>20</sup> Se, além de tudo isso, a medida liminar não criar uma situação irreversível, ou se houver irreversibilidade de ambos os lados e o juiz convencer-se da maior plausibilidade do direito invocado pelo requerente da medida, será ela proporcional em sentido estrito para que se respeite o direito a uma tutela jurisdicional útil, positivado no inciso XXXV do art. 5.º da CF/88, e sua concessão será, antes de tudo, uma imposição constitucional.

<sup>19</sup> E decorre, no caso, do princípio da máxima coincidência possível, segundo o qual o resultado do movimento jurisdicional há de ser o mais coincidente possível com aquele que seria alcançado se a violação ao direito não houvesse sequer ocorrido.

<sup>20</sup> Não haverá outro meio também adequado e menos gravoso (ao direito de que o processo percorra todas as suas etapas antes de a parte sofrer os efeitos da decisão que lhe é contrária) de assegurar o prestígio do direito a uma jurisdição útil.

Por outro lado, a denegação de uma liminar, quando presentes esses requisitos, não é medida adequada, nem necessária, nem proporcional em sentido estrito para preservar a livre concorrência.

Primeiro, porque se os requisitos realmente estão presentes, nada impede os concorrentes daquele que obteve a liminar de também procurar o Poder Judiciário e pleitear a concessão de medida semelhante. O equilíbrio será estabelecido, com a vantagem de se suspender a indevida exação também em face dos demais contribuintes, que precisam, no entanto, sair da inércia e tomar a iniciativa de obter esse resultado.

Segundo, porque se se entende que os requisitos não estão presentes, sendo indevida a concessão, o instrumento que a ordem jurídica oferece é a interposição de agravo de instrumento, ao qual o relator, no Tribunal, poderá dar imediato efeito suspensivo. A Fazenda dispõe, até, do ditatorial e autoritário instrumento da suspensão de segurança, que pode ser sucessivamente empregado até a última instância do Judiciário. Se o magistrado que concedeu a liminar o fez por motivos escusos, que seja então punido, juntamente com quem o levou a assim agir, nos termos em que a ordem jurídica vigente não só permite como determina. Todos esses são meios infinitamente mais adequados e menos gravosos à preservação da igualdade de tratamento entre contribuintes, nada justificando que se restrinja, em nome da livre concorrência, até mesmo pela via legislativa, como já se cogitou, o direito do contribuinte à suspensão da exigibilidade de um tributo considerado indevido, por meio de tutelas de urgência.

#### 4.3 Livre-concorrência e coisa julgada

Um outro aspecto que enseja a invocação da proteção constitucional à livre concorrência é o da coisa julgada, notadamente quando se trata de decisão passada em julgado de forma contrária à orientação – já firmada ou estabelecida pouco depois – pacífica nos Tribunais Superiores em torno do assunto.

Exemplificando, imagine-se o contribuinte que promove ação de conhecimento, contra a Fazenda Pública, pedindo ao juiz que declare a inexistência de relação jurídica que o obrigue ao pagamento de determinado tributo. O pedido é julgado procedente, e a sentença transita em julgado. Algum tempo depois, o Supremo Tribunal Federal afirma, julgando caso semelhante, a validade da lei que instituiu o tributo, e o dever dos contribuintes de a ele se submeterem. Aquele que teve a decisão passada em julgado poderá, caso se respeitem os efeitos da decisão, eximir-se de um ônus ao qual todos os seus concorrentes estão submetidos? Por outro lado, se a decisão, não obstante passada em julgado, tiver seus efeitos submetidos a flutuações jurisprudenciais posteriores, não haverá insuportável abalo à segurança jurídica?

A questão é relevante.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Confira-se, a propósito, para uma abordagem variada e mais detalhada do problema, MACHADO,

Consideramos, no caso, que algumas distinções precisam ser feitas.

Primeiro, é preciso distinguir a decisão que cuida de fato isolado no passado, e que por isso mesmo terá seus efeitos limitados ao passado, da decisão que cuida de relações continuativas, que se repetem continuamente, e que por isso tem os efeitos projetados para o futuro, vale dizer, tem “efeito normativo no que concerne à existência ou à inexistência de relação jurídica entre as partes”<sup>22</sup>.

A sentença que cuida de fato isolado no passado (*v.g.*, anula auto de infração por considerar improcedente acusação de omissão de rendimentos) não pode ser alterada, depois de seu trânsito em julgado, senão através de ação rescisória. E esta ação tem como pressuposto o erro da sentença, aferível por parâmetros existentes na data em que ela fora proferida. Uma mudança na orientação jurisprudencial, havida posteriormente, é desprovida de qualquer importância para o caso.

Já a sentença que cuida de relação continuativa reclama tratamento distinto. A mudança na orientação jurisprudencial pode, sim, ter repercussões sobre os seus efeitos futuros.

Se seu trânsito em julgado ocorreu em instâncias inferiores, depois de fixada a jurisprudência em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal, a rescisória até pode ser admitida, com amparo no art. 485, V, do CPC. Sua procedência dependerá dos fundamentos adotados pela decisão rescindenda, em cada caso concreto.

Entretanto, se o trânsito em julgado ocorre em momento em que não havia entendimento firmado em sentido contrário, consideramos que se tratado legítimo exercício do controle difuso de constitucionalidade (quando o Tribunal de Apelação, por exemplo, considera inconstitucional lei que criou determinado tributo). A mudança posterior no entendimento dos Tribunais não pode atingir, de forma automática, os fatos já praticados com amparo na decisão passada em julgado.

A solução adequada, nessa segunda situação, e em todas as que lhe foram análogas, não é atacar a decisão passada em julgado. Não é razoável entender que uma decisão definitiva, irretocável quando proferida, se transforme, retroativamente, em um erro grosseiro, flagrantemente contrário à lei, rescindível nos termos do art. 485, V, do CPC. Não. Isso seria negar a existência do controle difuso de constitucionalidade, e ainda a autoridade de todas as decisões que não sejam do STF. Por mais que se deva prestigiar a isonomia, e a livre concorrência,<sup>23</sup>

---

Hugo de Brito (coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo/ Fortaleza: Dialética/ICET, 2006, *passim*

<sup>22</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 18.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 304.

<sup>23</sup> Não é demais lembrar que é da própria essência do sistema processual a possibilidade de existirem decisões discrepantes. Alguns podem manejar ação para defender seus direitos, e outros não. Uns podem se conformar com a decisão de primeira instância, ou do Tribunal de Apelação, e outros não. Uns podem sucumbir frente a prazos preclusivos, e outros não. Há, no sistema, mecanismos para evitar tais desigualdades, como se depreende de inúmeros recursos, e até mesmo de Cortes

não se pode negar que a aplicação retroativa de um posicionamento do STF é tão agressiva à segurança jurídica quanto a edição de leis retroativas. Aliás, nesse caso, estará havendo até maior agressão, pois mesmo às leis não é facultado atingir a decisão passada em julgado, e se estará malferindo a boa-fé do cidadão que confiou no pronunciamento do Poder Judiciário.

Mas também não se pode admitir que um contribuinte, porque conseguiu obter o trânsito em julgado de decisão favorável, se exima, definitivamente, para toda a eternidade, de um tributo que todos os demais pagam. Se não é possível considerar a decisão transitada em julgado como "flagrantemente contrária à lei", para possibilitar sua rescisão nos termos do art. 485, V, do CPC, também não é possível estender seus efeitos, indefinidamente, para o futuro, contrariando a orientação jurisprudencial posteriormente acolhida pela Corte Suprema sobre o tema.

O correto, ponderado e proporcional, no caso, parece ser o respeito à coisa julgada, e a todos os efeitos por ela já produzidos no passado, garantindo-se assim a segurança. Mas, em relação aos seus efeitos sobre eventos futuros, posteriores à nova orientação jurisprudencial do STF, deve-se admitir, em tese, a possibilidade de que sejam revistos, para que também não reste desprestigiada a isonomia, e, por conseguinte, a livre concorrência.

A modalidade de controle de constitucionalidade no qual se firma a jurisprudência do STF que diverge da decisão passada em julgado, se concentrado, ou difuso, somente será relevante para determinar como a decisão anterior poderá ter seus efeitos revistos, e, se for o caso, até quando esses efeitos continuarão sendo irradiados sobre as partes implicadas.

Se o novo entendimento firmado pelo STF se deu em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou por controle difuso seguido da edição de Resolução do Senado Federal, as decisões transitadas em julgado em data anterior, em sentido contrário, deixam de produzir efeitos em relação aos fatos posteriores à publicação da decisão do STF ou da resolução do Senado, conforme o caso. Como se se tratasse de uma lei nova, alterando a relação jurídica declarada na sentença. Mas todos os fatos praticados anteriormente, sob a sua proteção, não podem ter seus efeitos rediscutidos.

Entretanto, se o novo entendimento é firmado em sede de controle difuso,

---

destinadas a unificar a jurisprudência, mas isso não é suficiente para que não existam julgamentos discrepantes. Tais mecanismos podem ser aperfeiçoados, e prestigiados, mas se essas decisões discrepantes, e a falta de isonomia por elas representadas, por si só, forem motivos para rever a coisa julgada, então será melhor abolir todas as ações individuais, ou dar eficácia *erga omnes* a todas as decisões judiciais. Só seriam "constitucionais", porque coerentes com a isonomia, as ações coletivas, e as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Poder-se-ia criar uma ação direta de interpretação da legislação, a ser proposta perante o STJ, e reduzir a quase zero a solução individual de litígios. Em suma, o remédio para corrigir uma carência de isonomia no sistema torná-lo-ia muito mais enfermo, talvez o matando, com o fortíssimo efeito colateral do fim da segurança, e da maior dificuldade no acesso à jurisdição, respectivamente.



cabará à parte prejudicada, insatisfeita com a decisão transitada em julgado em sentido contrário à orientação jurisprudencial, promover ação de revisão dos efeitos da coisa julgada, nos termos do art. 471 do CPC. Tal ação tem a grande vantagem de não se submeter ao prazo de 2 anos próprio da ação rescisória, e de ensejar, se julgados procedentes os pedidos de seu autor, a desconstituição *ex nunc* (e não *ex tunc*) dos efeitos da decisão passada em julgado, a serem nela objeto de rediscussão.

Essa solução concilia a livre concorrência, prejudicada com a distorção gerada por uma sentença transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade de tributo depois tido por constitucional pelo STF (e ordinariamente pago pelos demais contribuintes), com a segurança jurídica, que seria seriamente abalada se a decisão judicial passada em julgado fosse transformada em um “nada jurídico” pelo simples fato de a Corte Suprema haver firmado entendimento em sentido contrário em momento posterior.

#### 4.4 Livre-concorrência e devido processo legal

Também se verifica a invocação da livre concorrência, no âmbito tributário, como forma de justificar meios mais agressivos de cobrança de tributos, que margeiam o Poder Judiciário e a própria garantia do devido processo legal.

Colhemos para análise, no presente estudo, dois deles. A proposta de uma execução fiscal administrativa, e a autorização, contida no art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/77, dada à Receita Federal, para o fechamento de estabelecimentos acusados de “não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal”.

Em relação à execução fiscal administrativa, a Fazenda Nacional alega, na exposição de motivos do anteprojeto que foi encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que a ineficiência da execução fiscal, nos moldes atuais, é responsável por desequilíbrios na concorrência, pelo que a sua tramitação no âmbito administrativo, supostamente mais eficiente, seria uma decorrência e uma imposição do disposto no art. 170, IV, da CF/88.

Ora, mesmo admitindo a validade da não demonstrada premissa, de que a alegada ineficiência da execução prejudica a liberdade de concorrência, o fato é que esse prejuízo será corrigido com um aumento na eficiência da execução fiscal, mas não necessariamente com a sua transferência para a esfera administrativa, pois não é certo que uma coisa dependa necessariamente da outra. Com efeito, ninguém dirá que seria “impossível” torná-la eficiente mantendo-a no âmbito do Judiciário. Afinal, em relação aos demais credores, não é no Judiciário que a execução acontece (e deve continuar acontecendo)?

A verdade é que, a menos que se queira apenas que a Fazenda possa tomar generalizadamente providências que hoje o Judiciário considera ilegais, deve-se

reconhecer a completa desnecessidade de se transferir a execução fiscal para a esfera administrativa. Todas as providências destinadas à sua celeridade e ao seu aperfeiçoamento podem ser tomadas mantendo-a no âmbito judicial.

Em vez de aparelhar os órgãos da administração fazendária (que hoje não têm estrutura e tampouco pessoal para conduzir execuções), poder-se-ia aparelhar os órgãos do Poder Judiciário. A solução correta não parece ser permitir o definhamento deste importante Poder, para então se o desacreditar e tirar de seu controle o instrumento de cobrança (que às vezes é arbitrária) de tributos. Se a Fazenda sabe onde está o devedor, e onde estão os bens (o que será essencial para que possa realizar a execução na via administrativa), pode levar essas informações ao Juiz, que certamente tomará as mesmas providências que ela, fazenda, tomaria, a menos que as considere ilegais. Será esse o verdadeiro propósito da pretendida reforma?

Quanto à autorização para a Receita Federal fechar estabelecimentos que descumpram obrigações (principais ou acessórias), a situação é ainda mais grave, pois se suprime, completamente, o direito de alguém de explorar atividade econômica, sem observância do devido processo legal. Clara sanção política, que o STF sempre repeliu (Súmulas 70, 323 e 547)<sup>24</sup>, agora "repaginada e revisitada" sob as vestes da proteção à livre concorrência.

Não deixa de ser curioso o fato de que, quando o princípio da proteção à livre-concorrência é invocado no âmbito tributário, quase sempre os apontados violadores dessa liberdade, responsáveis pelas alegadas distorções, são pequenos contribuintes, que se esforçam para sobreviver em fatias irrisórias do mercado. E os supostamente prejudicados pela distorção, que se aliam ao Poder Público contra os concorrentes tidos por desleais, são quase sempre grandes empresas, às vezes detentoras de quase a totalidade do mercado. Isso talvez mostre que, na realidade, não é a proteção da liberdade de concorrência que está realmente em jogo.

Mas examinemos a restrição, mesmo admitindo que um contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias (principais ou acessórias) causa desequilíbrios na concorrência. O art. 2º, inciso II, do Decreto-lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, com redação que lhe deram a Lei nº. 9.822, de 23 de agosto de 1999, e a Medida Provisória nº. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, estabelece:

Art. 2º. O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade competente, se, após sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I – ...

II – não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.

<sup>24</sup> Súmula 70: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo." Súmula 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos." Súmula 547: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

O primeiro ponto a considerar, na análise do dispositivo, é o de se qualquer descumprimento, de qualquer obrigação, principal ou acessória, é ofensivo à livre iniciativa. Imagine-se: o contribuinte atrasou a entrega da DCTF, ou deixou de recolher diminuta quantia a título de tributo. Mesmo assim será fechado? Parece haver evidente excesso.

E o contribuinte que esteja a dever quantias elevadas, se as estiver discutindo judicialmente, poderá, mesmo assim, ser fechado? Caso a resposta fosse afirmativa, o que não nos parece possível, a violação ao direito de acesso ao Judiciário, e ao devido processo legal, seria evidente. Afinal, ter-se-ia poderosíssimo instrumento coercitivo de cobrança indireta: para não ter seu estabelecimento fechado, o contribuinte pagaria tudo, devido ou indevido, sem discutir nem questionar coisa alguma.

Consideramos, contudo, que mesmo o contribuinte devedor de tributos, que não os esteja questionando na via administrativa ou judicial, não pode ter estabelecimento fechado pelo não cumprimento de obrigações tributárias. Isso porque essa medida implica desproporcional violação ao princípio da livre iniciativa, assegurado não só aos concorrentes, mas também àquele acusado de inadimplemento e vítima do compulsório encerramento de suas atividades. Ainda que, com ela, se consiga eficazmente cobrar o tributo, prevenindo assim supostos abalos à livre concorrência, a ordem jurídica oferece outros caminhos para se chegar a esse mesmo fim. A medida, portanto, embora talvez seja adequada, é certamente desnecessária para realizar o fim a que se destina. A execução fiscal, e o respeito ao devido processo legal, são o meio que a ordem jurídica legitimamente oferece para a cobrança de tributos e multas, também adequado e infinitamente menos gravoso ao conjunto de direitos e garantias fundamentais consagrado na Constituição.

Como destacou o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 413.782-8/SC,<sup>25</sup>

Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, como acaba por ocorrer, levando a empresa ao caos, quanto inviabilizada a confecção de blocos de notas fiscais. De há muito, esta Corte pacificou a matéria, retratando o melhor enquadramento constitucional no Verbete nº 547 da Súmula:

‘Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.’

O Ministro Celso de Mello, ao votar no julgamento do mesmo RE, deixou fora de qualquer dúvida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada no sentido de que são inconstitucionais as restrições à livre iniciativa impostas em razão do não pagamento de tributo:

<sup>25</sup> STE, Pleno, RE 413.782-8/SC, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 17/03/2005, DJU de 03/06/2005, p. 04 e *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 120, p. 222.

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).<sup>26</sup>

É interessante observar, como já tivemos a oportunidade de registrar,<sup>27</sup> que, através o acórdão que acabamos de referir, o Supremo Tribunal Federal “revisitou” o tema das sanções políticas à luz do princípio da proporcionalidade. Tanto que, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio lembrou que “em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos...”<sup>28</sup>.

Tratando especificamente da proporcionalidade, que certamente inspirou as antigas Súmulas 70, 323 e 547 daquela Corte, o Ministro Cezar Peluso votou:

A meu ver, sem dúvida nenhuma, é evidente a restrição, incompatível com as súmulas invocadas, não apenas a de nº 547, mas também as de nºs. 70 e 323, as quais tinham por suporte as normas do art. 141, § 14, da Constituição de 1946, e do art. 150, § 23, da Constituição de 1967, que enunciavam exatamente o que consta agora do art. 5º, inc. XIII, e 170, parágrafo único, da Carta atual. Não se trata aqui de aplicar as súmulas, mas aplicar o princípio constitucional que subjaz à motivação das súmulas. Noutras palavras, como bem antecipou o Ministro Gilmar Mendes, a ofensa é ao princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional, com força coercitiva, para obter o adimplemento de tributo.<sup>29</sup>

O Min. Gilmar Mendes, a propósito, fundado no princípio (ou postulado, aqui não discutiremos isso)<sup>30</sup> da proporcionalidade, fez exame detido do (des) atendimento de seus sub-princípios, observando:

<sup>26</sup> Ministro Celso de Mello, voto proferido no Recurso Extraordinário nº 413.782-8/SC, em 17/03/2005.

<sup>27</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos e MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Certidão Negativa e Recebimento de Precatório”, em *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.º 136, p. 56 e ss.

<sup>28</sup> STF, Pleno, RE 413.782/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 17/3/2005, DJ de 3/6/2005, p. 4, RDDT 120/222, inteiro teor obtido em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>29</sup> STF, Pleno, RE 413.782/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 17/3/2005, DJ de 3/6/2005, p. 4, RDDT 120/222, inteiro teor obtido em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>30</sup> Para essa discussão, confira-se: ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 41 a 43. E ainda: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos, “O razoável e o proporcional em matéria tributária”, em *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, 8.v., coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 2004, p. 174.

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.<sup>31</sup>

Em oposição a isso, poder-se-ia dizer, no caso, que a norma em questão seria peculiar: cuida apenas da atividade de empresas do setor de produção e comercialização de cigarros, produto nocivo, danoso à saúde etc. O STF, aliás, recentemente negou uma liminar<sup>32</sup> a empresa fechada com amparo no artigo aqui examinado, e usou, para tanto, argumentos fortemente carregados de ideologia anti-tabagista.

Não nos parece, contudo, que a natureza da atividade tenha o condão de afastar a orientação subjacente às já referidas Súmulas 70, 323 e 547 do STF. De fato, se o tabaco é nocivo – e não estamos aqui a defendê-lo! – essa seria uma boa razão para proibir sua produção, sua comercialização e o seu consumo. Se a proibição não existe, e sua exploração é feita em regime de livre iniciativa e livre concorrência, um contribuinte que o produz não pode ter seu estabelecimento fechado por não haver cumprido obrigações tributárias. Afinal, o tabaco produzido pelos que cumpriram a tal obrigação tributária não deixa de ser prejudicial à saúde por isso. O pagamento do tributo não o purifica das substâncias cancerígenas, embora possa, de fato, torná-lo mais caro. Isso, contudo, não justifica a medida, não só porque o pagamento (e o consequente encarecimento do cigarro) pode ser perseguido pelos meios que a ordem jurídica oferece, compatíveis com o devido processo legal e nos quais há oportunidade de defesa, como também porque parece claro que um contribuinte que ocupa menos de 4% do mercado de cigarros não terá no preço de seus produtos elemento decisivo para que os brasileiros deixem o péssimo hábito de fumar.<sup>33</sup>

O problema é muito mais sério do que parece. E não se restringe aos cigarros. A questão é abrir mão do princípio, e firmar o precedente. Caso se considere válido o art. 2º, inciso II, do Decreto-lei nº. 1.593, aqui examinado, o que impediria o legislador ordinário federal – e também o estadual e o municipal – de veicular disposição análoga em relação a fabricantes de outros produtos, contribuintes de outros impostos? Também o ICMS incidente sobre os cigarros? E a bebida, responsável por tantas mortes nas estradas e pelas doenças que provoca? Alguma criatividade e uma dose de invocação da livre concorrência poderia ressuscitar com imenso vigor as sanções políticas, e afastar, de vez, a correta orientação subjacente às Súmulas 70, 323 e 574 do STF, reiterada no referido julgamento, do RE 413.782-8/SC, à luz do princípio da proporcionalidade.

<sup>31</sup> STF, Pleno, RE 413.782/SC, Rel. Min. Marco Aurelio, j. em 17/3/2005, DJ de 3/6/2005, p. 4, RDDT 120/222, inteiro teor obtido em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>32</sup> STF, AC 1.657, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p. acórdão Min. Cezar Peluso, noticiado em <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=236791&típ=UN&param=ip1%20cigarro>

<sup>33</sup> Para uma análise mais detida desta específica questão da fábrica de cigarros de cujo fechamento se cogita, confira-se o parecer elaborado por Hugo de Brito Machado, com nossa colaboração, publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* 150 (março de 2008).

#### 4.5 Livre-concorrência e limites à fixação de “critérios especiais” de tributação

Finalmente, em um texto sobre tributação e livre concorrência, talvez seja o caso de dedicarmos algumas poucas linhas ao art. 146-A da CF/88, nela inserido pela EC 42/2003. Sua redação é a seguinte:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Não entraremos, aqui, na polêmica questão relativa à identidade da lei complementar e à sua posição hierárquica, para cujo deslinde parcela expressiva da doutrina considera, de modo não justificado no texto constitucional, essencial a matéria nela tratada.<sup>34</sup> O que interessa é saber quais critérios especiais de tributação seriam esses. Tributação por alíquotas específicas? Instituição de pautas fiscais? Substituição tributária? Cobranças monofásicas de tributos originalmente projetados para serem plurifásicos?

É relevante lembrar que critérios especiais de tributação são fórmulas, que a Constituição está autorizando a lei a adotar, para, em suma, reduzir as possibilidades de evasão fiscal em determinados setores da economia, e, com isso, reduzir os desequilíbrios existentes entre os que pagam e os que ilícitamente não pagam seus tributos. A lei deve considerar as especificidades de cada setor, e a efetiva existência de desequilíbrios gerados pela evasão fiscal, para então estipular tais critérios especiais. Não se cuida, porém, de autorização para a ilimitada instituição, para todo e qualquer setor da economia, de ficções, antecipações, nivelamentos, analogias etc. Com efeito, não foram revogados, e nem poderiam ter sido, os dispositivos que cuidam do âmbito constitucional dos tributos, do perfil de cada um deles, da legalidade etc., os quais evidentemente devem ser respeitados por tais “critérios especiais”.

Exemplificando, o critério especial não pode implicar a invasão da competência tributária de um ente federativo por outro, nem, por igual, violação à legalidade e à capacidade contributiva, como acontece, por exemplo, quando há a substituição de uma base de cálculo real (valor da operação) por uma fictícia (pautas fiscais como presunção absoluta).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do exposto, podemos concluir, em síntese, que:

- a. a liberdade de concorrência, consagrada constitucionalmente, está diretamente ligada à livre iniciativa, e reclama a não-interferência estatal para favorecer este ou desfavorecer aquele agente econômico. Deve, contudo, a fim de possibilitar a concretização da isonomia material ser conciliada

<sup>34</sup> Parece-nos impossível delimitar, em face do art. 146-A da CF/88, qual seria a matéria reservada à lei complementar e – é aqui que a falácia começa – qual seria a matéria “vedada” à lei complementar porque “reservada” à lei ordinária.

com outros valores constitucionalmente positivados, como a proteção à microempresa e à empresa de pequeno porte;

- b. a tributação, dotada da aptidão de estimular e desestimular condutas, tem importantes reflexos na economia e na livre concorrência. Alguns são desejados e até determinados constitucionalmente. Outros, porém, são involuntários e indesejados, decorrendo, não raro, de distorções ou imperfeições do sistema;
- c. na correção dessas distorções, com o propósito de evitar que a tributação cause indevidos embaraços à livre concorrência, o Estado deve utilizar-se de meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, ou não excessivos, para esse fim. Não é adequada a invocação vazia de uma suposta proteção à liberdade de concorrência como mera tentativa, não justificada, de “relativizar” direitos fundamentais do contribuinte;
- d. não é lícito o indeferimento de tutela de urgência fundado em suposta violação à liberdade de concorrência. Se estão presentes os requisitos necessários ao deferimento da medida – o que é uma outra questão – a sua concessão é medida que se impõe. Os concorrentes, se quiserem, dentro da liberdade que têm, devem procurar igualmente o Judiciário. E a Fazenda, se inconformada com a decisão, deve agravar. São os instrumentos que a ordem jurídica oferece, e que são perfeitamente adequados para a correção de certas imperfeições, além de não agredirem as demais normas do sistema, mantendo íntegro o respeito ao devido processo legal e à inafastabilidade e necessária utilidade da tutela jurisdicional;
- e. no âmbito das relações jurídicas continuativas, uma sentença transitada em julgado de forma discrepante da jurisprudência do STF pode criar situação de desequilíbrio na concorrência. A alteração jurisprudencial pode, todavia, ser considerada como direito novo, permitindo a cessação ex nunc dos efeitos da sentença, através de ação de revisão dos efeitos desta, nos termos do art. 471 do CPC. E a ação de revisão o instrumento cabível, sem prazo para a sua propositura mas com efeitos sempre ex nunc, e não a rescisória, que pressupõe um erro na decisão, ausente quando se tratar de mera alteração jurisprudencial posterior;
- f. a livre concorrência, embora imponha igualdade na tributação, não autoriza, para que essa igualdade seja alcançada, a instituição de meios de cobrança incompatíveis com a garantia do devido processo legal. Falta, no caso, necessidade, e, mesmo se houvesse a necessidade, haveria evidente desproporcionalidade em sentido estrito;
- g. autorização constitucional de que sejam instituídos critérios especiais de tributação, para prevenir desequilíbrios na concorrência, não pode ser entendida como uma supressão, em tais hipóteses, das garantias representadas pela legalidade, pela irretroatividade e pelas regras que limitam a competência tributária dos entes federativos. Tais critérios não de ser buscados dentro de um universo de técnicas e modalidades de tributação

compatíveis com as demais normas constitucionais, notadamente com as que cuidam das limitações ao poder de tributar.

Em suma, a imposição constitucional de respeito e garantia à livre concorrência não deve ser vista como autorização para cobrança de tributo por meios agressivos, mas sim como:

- i) uma proibição, dirigida aos cidadãos, de que uns suprimam a livre iniciativa de outros, impedindo-os de permanecer na competição;
- ii) uma determinação, dirigida ao Estado, de que puna os que descumprirem a proibição acima mencionada;
- iii) a proibição de o Estado criar meios artificiais que perturbem o equilíbrio da concorrência.

Quando o desequilíbrio é causado pelo não pagamento de um tributo devido, o sistema já oferece meios para a cobrança correspondente. O que deve ser enfatizado, como desdobramento da livre concorrência em matéria tributária, é a existência de situações nas quais o tratamento desigual é dado não por omissão, ou pela relativa ineficácia das normas e da estrutura existente (ineficácia que não pode ser corrigida com a supressão do devido processo legal e de outros mecanismos destinados a prevenir abusos), mas por ação ativa e indevida do próprio Estado, como ocorre, por exemplo, quando dois concorrentes formulam uma consulta, suscitando dúvida sobre uma mesma situação, e recebem respostas distintas, que os levam a se submeter a um ônus fiscal diferenciado. Nesse caso, a livre concorrência impõe ao Estado que, independentemente de qual seja das duas a orientação "certa", oriente os dois contribuintes da mesma maneira, devendo indenizar aquele que fora por ele direta e indevidamente colocado em situação de desigualdade em face de seus concorrentes.<sup>35</sup>

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CASSIRER, Ernst. *Antropología filosófica*. Traducción de Eugenio Ímaz. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. 5.ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? (Principles for a new political debate)*, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>35</sup> Confira-se, a esse respeito, Valdir de Oliveira Rocha. *A Consulta Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 105.



CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito (coord). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ICET, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Sanções políticas como meio coercitivo na cobrança de tributo. Incompatibilidade com as garantias constitucionais do contribuinte. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Requisitos da medida cautelar”, parecer publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 150, São Paulo: Dialética. Março de 2008.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_.; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Certidão Negativa e Recebimento de Precatório”, em *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.º 136, p. 56 e ss.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “O razoável e o proporcional em matéria tributária”, em *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, 8.v. Coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Garra, mão e dedo*. revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *A Consulta Fiscal*, São Paulo: Dialética, 1996.

SEARLE, John R. *Libertad y neurobiología*. traducción de Miguel Candel, Barcelona: Paidós, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TRIBE, Laurence; DORE, Michael. *Hermenêutica constitucional*, tradução de Amarílis de Souza Birchall, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TUFAYL, Ibn. *O filósofo autodidata*. Tradução de Isabel Loureiro. São Paulo: Unesp, 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.





# PROCESSO LEGISLATIVO E A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

*Patrícia Rosset<sup>1</sup>*

## RESUMO

Esta discussão tem por objetivo analisar, na perspectiva sugerida pelo texto de Maria Garcia, O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania, a importância da participação popular nas decisões de seus interesses. A efetivação do exercício de cidadania conduz à compreensão da importância do processo legislativo enquanto processo político, dotado de contradições, em meio à consolidação democrática.

## Palavras-chave

Processo legislativo. Participação cidadã. Democracia.

## ABSTRACT

The aim of this discussion is to analyze, under the perspective suggested by Maria Garcia's text The legislative Process and the meanings of freedom: Participation and citizenship practice, the importance of the popular participation in the decisions of their own interests. The effectiveness of citizenship practice leads to the understanding of the importance of the legislative process while political process, with its contradictions, within the democratic consolidation."

## Key-words

Legislative Process. Popular participation. Democratic

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Subárea Direito Constitucional; Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC; Membro fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – ABCD, Membro do Instituto Ibero Americano de Derecho Constitucional - IIDC; Membro do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Universidade do Porto – IJI - Portugal; Membro associado do Instituto Brasileiro do Direito Constitucional - IBDC; Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA; Assessora Jurídica da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo desde 1982, atualmente como Chefe de Gabinete da Liderança do PTB; Professora da Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes – CPGD – UCAM; Professora do Instituto Legislativo Paulista - ILP; Professora da Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC; Membro Efetivo da Comissão de Acompanhamento Legislativo da OAB, Seção de São Paulo, Professora, Consultora, Advogada.

## 1 O TEMA E SUA IMPORTÂNCIA NA CONTEMPORANEIDADE

Quando Alain Touraine discute em sua obra *O que é Democracia* “os direitos do homem, representatividade e cidadania” ele chega à conclusão de que, ainda hoje, o que opõe o pensamento autoritário a um pensamento democrático é que o primeiro insiste na formalidade da regra jurídica, enquanto o outro procura descobrir atrás das formalidades do direito e da linguagem do poder, escolhas e conflitos sociais.<sup>2</sup> Apesar do direito vigente estar relacionado com a norma jurídica, cabendo-lhe reger atributivamente e coativamente o agir coletivo do grupo social a que se destina, a doutrina jurídica atual está atenta e consagra, por conseguinte, a participação popular, relacionando-a ao consenso dos cidadãos na feitura da norma positiva. A expressão absoluta da criação de normas jurídicas encontra-se historicamente no processo legislativo, com a ressalva de que, a cada dia, a sociedade pugna mais pela sua participação nas decisões que lhe afetam. “Direito legítimo, portanto, é aquele cuja elaboração decorre da vontade dos cidadãos, apanágio dos sistemas democráticos de governo”.<sup>3</sup>

Maria Garcia<sup>4</sup>, com clareza, a propósito disto, afirma que além dos vários fatores a considerar, quer externos quer internos na área do processo legislativo, é preciso consignar dois pontos de referência básicos.

O primeiro atina à ‘qualidade do processo legislativo’. Referindo-se à reflexão de Ricardo Haro, ela demonstra que um regime republicano tem como exigência efetiva, a presença de um vigoroso e eficiente funcionamento do órgão legislativo, independentemente, do nome que a ele se atribui: Congresso ou Parlamento. Resta como impostergável, no entanto, a propósito de uma Casa Legislativa que a mesma implemente sua funcionalidade à luz dos fins que legitimam sua existência constitucional. Sua essencialidade encontra-se no cumprimento aperfeiçoado de suas duas funções representativas: legislar e controlar o sistema político.

Assim, o Poder Legislativo para cumprir os objetivos no ciclo decisional político demanda a presença de comissões internas e legislativas, dotadas de competência, sem as quais, ele não terá como atender aos critérios de convocação e distanciamento do poder que o conduzem para um real discernimento das bases de uma propositura.

Um segundo ponto apontado por Maria Garcia, relaciona a importância da participação da sociedade no processo legislativo; em outras palavras, o exercício da cidadania e a tarefa de elaboração das leis. Não obstante os percalços encontrados na efetividade da participação dos cidadãos no processo legislativo, com

<sup>2</sup> TOURAINE, A. *O que é democracia*. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p.37.

<sup>3</sup> COELHO, L. F. *Aulas de introdução ao Direito*. São Paulo: Manole, 2004. p.170.

<sup>4</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. In: \_\_\_\_\_. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 13. p. 52-53.

a decorrente ausência da manifestação popular no uso de um direito constitucional, (artigo 61 e § 2º da CF) algumas vezes já proclamam essa “necessidade de resgatar a presença popular no processo de elaboração da lei (...) uma das formas de devolver-lhe a autoridade de que vem sendo destituída...”<sup>5</sup>.

## 2 O PODER LEGISTIVO E A CONSTITUIÇÃO

Em meio aos pleitos presentes na modernidade política, o Estado de Direito tem como meta limitar o poder arbitrário do Estado ajudando-o a se constituir ao enquadrar a vida social pela unidade e coerência conferidas ao sistema jurídico. Nesse diapasão, o Estado de Direito expressa-se pelo debate, pelo enfrentamento e conduz a separação entre a ordem jurídico-política da vida social, “enquanto a idéia de soberania popular prepara a subordinação da vida política às relações entre os atores sociais”.<sup>6</sup> Diz Tourraine, “a democracia não surge do Estado de Direito, mas do apelo a princípios éticos - liberdade, justiça - em nome da maioria sem poder e contra os interesse dominantes.”<sup>7</sup>

Sob esta compreensão a escolha nacional do modelo político, expressa pela Constituição de 05 de outubro de 1988 dispõe no artigo 1º, “caput”, que o Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito, razão pela qual os cidadãos do país elegem governantes em sufrágio direto, secreto, universal e periódico, e que os governantes se distribuem em poderes independentes e harmônicos (CF artigo 2º, artigo 60, § 4º, incisos II e III).

A Constituição de 88, Título IV, que cuida da Organização dos Poderes – em todo o Capítulo I, dispõe sobre a composição e as funções do Poder Legislativo, assim constituído: 9 (nove) seções e 3 (três) subseções, competências, funcionamento, processo legislativo, controle externo da gestão contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial. Disto conclui-se que ao Legislativo cabem as tarefas precípuas de legislar e de fiscalizar.

No Brasil, o Poder Legislativo é regido por um Direito Parlamentar, que contém todo o conjunto de normas jurídicas referentes às Casas Legislativas e aos seus membros. Sua fonte, além da própria Constituição, são os textos esparsos, comumente denominados de normas conexas ao regimento interno, como os que versam sobre a responsabilização das autoridades executivas por atos definidos como crime (Lei Federal nº 1.079/50), ou sobre a competência e funcionamento das comissões parlamentares de inquérito (Lei Federal nº 1.579, de 18/03/52<sup>8</sup>), ou sobre técnica legislativa (Lei Complementar nº 95, de 26/02/98<sup>9</sup>). Ainda tem como sua fonte principal, os Regimentos Internos, que são estrutura-

<sup>5</sup> Jorge Reinado Vanossi apud GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. Op.cit. p.53.

<sup>6</sup> TOURAINE, A. *O que é democracia*. Op. cit. p.36.

<sup>7</sup> Id. ibdem.

<sup>8</sup> Em São Paulo, Lei nº 1.759, de 14/09/78, alterada pela Lei nº 3.642, de 16/12/82.

<sup>9</sup> Em São Paulo Lei Complementar nº 863, de 29/12/98.

dos como verdadeiros códigos de procedimentos operacionais e que têm como finalidade completar a organização, explicitar as competências e disciplinar as atividades, com vistas ao cumprimento das suas funções institucionais<sup>10</sup>.

Encontra-se, ainda, na Constituição, expressamente, os artigos que conferem competência ao Legislativo, ao Congresso e às Câmaras, para elaborar o regimento interno, dispondo sobre sua organização e funcionamento (CF artigo 51, III e IV, e artigo 52, XII e XIII, e artigo 57, § 3º, III).

Além da função legiferante, o jogo parlamentar atua também como instrumento de controle de governo, função esta explicitamente de política interna. Em face disso, Maurice Duverger motiva-se a definir o “Jogo Parlamentar” como aquele cujo objetivo é formar e controlar o governo. A Constituição de 1988 atribui ao Congresso Nacional esta função de controle político, em seu artigo 49, X, que dispõe:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Nesse procedimento, a estabilidade do governo passa a depender do apoio de uma colisão de partidos associados, cujas alianças são sempre emblemáticas surgindo, continuamente, dissidências e enfrentamentos nas antecâmaras do Parlamento, na reorganização das forças políticas, objetivando por fim à combinações anteriores ao substituí-las por novas.

Desde sua origem, com a instituição do regime tripartite do Estado, inspirado em Montesquieu, coube exclusivamente ao Poder Legislativo a função de editar as leis no atendimento das demandas da sociedade. À esfera do Legislativo vincularam-se normas gerais, às quais passaram a organizar a vida coletiva. Teoricamente, graças à sua racional universalidade e abstração, as leis idealmente são vistas, no âmbito do consenso popular, como portadoras da genuína tarefa de garantir a liberdade em meio à igualdade.

### 3 O PROCESSO LEGISLATIVO COMO PROCESSO POLÍTICO

O processo legislativo é um processo eminentemente político, sendo a sua característica essencial ao denominado “Jogo Parlamentar”. A imprevisibilidade e a transitoriedade das relações de poder que atuam dentro do Legislativo, não apenas na elaboração das leis e nas políticas públicas, é bem clara. É nesse contexto que se desenvolve o chamado procedimento legislativo, cujas articulações são necessárias às atividades parlamentares, ocupadas por participantes outorgados, criam as normas e processos, dando ao perfil do Poder Legislativo a imagem de instituição apta a zelar pelos interesses coletivos.

<sup>10</sup> SPROESSER, A. K. *Direito parlamentar: processo legislativo*. São Paulo: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, 2000. p. 15

Ao Legislativo cabe essencialmente, respondendo às aspirações do povo, realizar por meio de normas subconstitucionais as grandes metas e fins almejados pela Constituição, com os limites que esta mesma impõe ao Estado em benefício do cidadão.<sup>11</sup>

Ressalta Maria Garcia em seu texto “que existe uma diferença de grau entre o processo legislativo, de um lado e o processo jurisdicional e o administrativo, de outro, quanto à maior liberdade que o processo legislativo deixa para a determinação da matéria dos atos legislativos, ao passo que aqueles delimitam mais o conteúdo dos autos jurisdicionais ou administrativos”. Até por ser tratar de um processo de elaboração dinâmica e de contato direto com o fato social, mais depurado e estático nas demais formas de atuação do Estado.

O processo legislativo como fenômeno de uma cadeia de fatos e atos coordenáveis entre si no mundo político-jurídico, admite várias abordagens, entre elas: uma sociológica e outra jurídica. A primeira refere-se ao estudo motor da atividade legiferante, à identificação das causas pelas quais agem e reagem os legisladores diante de um conjunto histórico em certa formação social. A segunda explicita o fenômeno no mundo jurídico, cuja marca é a ritualidade, o procedimento e o conjunto de fases encadeadas a ser obedecido pelas casas legislativas para a formação das leis.<sup>12</sup>

O artigo 59, da Constituição Federal, delimita o campo do processo legislativo a um rol taxativo de tipos normativos. Essas competências estão previstas nas seguintes espécies normativas: i) emenda à Constituição; ii) leis complementares; iii) leis ordinárias; iv) leis delegadas; v) medidas provisórias; vi) decretos legislativos e; vii) resoluções. O artigo 60, com seus incisos e parágrafos, trata da iniciativa para a propositura de emendas à Constituição.

Na ordem jurídica brasileira os princípios do processo legislativo estão estabelecidos na Constituição Federal, em seção própria, nos artigos 59 a 69, de onde há que se extrair uma visão sistemática, quanto ao seu objeto e quanto às suas fases. Assim sendo, nem todas as espécies normativas seguem o mesmo rito, o modelo mais comum utilizado para estudo é o da lei ordinária.

#### 4 ALGUNS QUESTIONAMENTOS SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO E ALGUMAS REFLEXÕES

Maria Garcia discutindo sobre a liberdade de elaboração das leis de convivência social lança duas interrogações bastante instigantes: a lei expressa a “idéia de direito” (Bourdeau) assente na sociedade brasileira?<sup>13</sup> Esse processo representa um sistema aberto à participação da própria sociedade?

<sup>11</sup> SALDANHA, N. O que é Poder Legislativo. In: \_\_\_\_\_. *Coleção Primeiros Passos*. São Paulo: Brasiliense, 1982. n.56.

<sup>12</sup> SOUZA, H. de. *Processo legislativo: linhas jurídicas essenciais*. Porto Alegre: Sulina, 1998. p. 41

<sup>13</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. Op. Cit. p. 51-52.

Em primeira aproximação, que na observação arguta de Miguel Reale, constituiu "a perda da autoridade da lei."<sup>14</sup> a questão desdobra-se para a constatação de duas possibilidades: graças ao excesso na produção de textos normativos e, sobretudo, os elaborados por tecno-burocratas, motivando um descrédito à autoridade da lei. A segunda diz respeito aos próprios tecnocratas. A intervenção dos profissionais de outras áreas no processo legislativo acabou por produzir 'monstrosos teratológicos' de confusão verbal.

A terceira diz respeito à atividade dos parlamentares, que no entender de Bachof<sup>15</sup> a lei, em seu sentido mais estrito, como um mandato orientado em função da justiça, enquanto regra geral e abstrata do comportamento humano para certo tempo é contraposta a leis planejadas a curto prazo e negociadas comumente no conflito de grupos, contrapostos de interesses. Predominam nessas circunstâncias, a utilidade e a finalidade políticas.

Esses questionamentos estão presentes em quase todo o ocidente. Nas lições de Ralf Dahrendorf, em sua obra *a Lei e a Ordem* encontra-se a afirmação de que a anomia não é o único perigo social, mas também a hipernomia, ou seja o crescente desordenado de normas, sanções e instituições, resultam em códigos de leis que mais confundem do que esclarecem, trazendo mais incertezas do que certezas e diminuindo a confiança nas normas legais, quando elas não são aplicadas<sup>16</sup>.

Na verdade o maior questionamento refere-se à própria tarefa do Parlamento, que diante de um presente inseguro, necessita garantir um futuro seguro através das normas jurídicas. Por fim ela comenta sobre a participação da sociedade no processo legislativo, ao exercício da cidadania nessa árdua tarefa de elaboração das leis<sup>17</sup>.

No âmbito do Poder Legislativo toda a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação a edição de normas que dêem anteparo à viabilidade aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

<sup>14</sup> As mais diversas e importantes correntes da atualidade debruçam-se sobre algumas teses a fim de solucionar o que Francesco Carnelutti, já na década de cinquenta afirmava existir: a crise da lei, a crise do Direito, mais tarde renomeada por ele de: a morte do Direito. O Mestre Italiano introduziu a expressão 'inflação legislativa' no direito baseado no termo inflação monetária ao afirmar que a produção de leis, como a produção de mercadorias em série, resulta em um descuido quanto à elaboração, tira a garantia de certeza do direito e, como consequência, fomenta a desvalorização da crença na lei. Lembrava Carnelutti com muita propriedade que as leis elaboradas para regular as muitas e as mais diversas relações jurídicas são, muitas vezes, de alta complexidade. No seu entender essas leis, quando elaboradas por tecnocratas, permanecem longe de serem aquelas pilstras jurídicas que objetivavam a segurança. CARNELUTTI, F. *Como nace el derecho*. Tradução: Santiago Sentis Melendo, Marino Ayerra Redín. 3.ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 2000. (Monografias jurídicas, 54).

<sup>15</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. Op. Cit. p. 51-52.

<sup>16</sup> Ralf Dahrendorf apud Marco Maciel. *Consolidação legislativa*. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto. A2. 15.06.2007

<sup>17</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. Op. Cit. p. 53.



Além do legislador comum sujeitar-se aos direitos fundamentais, também o poder de reforma da Constituição acha-se vinculado aos direitos fundamentais, ao menos na medida em que o artigo 60, § 4º, da Carta veda emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais

Convém lembrar, para efeito de ilustração, que no final do século XVIII, a lei apresentava características que mereciam elogios, tais como: ela era entendida como única, pública e objetiva, precisa, clara, abstrata, geral, garantia de liberdade. Sua legitimidade era encontrada na expressão da vontade esclarecida do príncipe ou da soberania do povo e constituía-se no instrumento da razão ilustrada para alcançar a justiça, a felicidade das sociedades na realização do “bem-comum”<sup>18</sup>. Sobre esta característica da legalidade surgida no século XVIII, Jorge Reis Novais, enfatiza: “Um Estado racionalizado é, assim, um Estado fundado e limitado pelo Direito, numa acepção em que limitação do Estado não se distingue de limitação do Executivo ao Legislativo e em que limitação pelo Direito se confunde com império da lei emitida pelo Parlamento.”<sup>19</sup>

O famoso artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tem sido citado para ilustrar a afirmação de que o constitucionalismo foi inventado para proteger certos conteúdos considerados fundamentais: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação de poderes, carece de constituição”.<sup>20</sup>

Para os revolucionários liberais americanos e franceses do século XVIII, segundo Nelson Saldanha, “a constituição é suprema porque nela (isto é, em seu texto normativo) se põem os fundamentos do Estado, com poderes e limites, e os do Direito, com procedimentos e competências”.

Nesse tempo, a lei era entendida como uma exigência formal “de garantia das liberdades e da segurança da propriedade”, isto porque o Estado moldado nos termos de um Direito Liberal realizava-se como o Estado oriundo da mais alta racionalidade. Enquanto tal, suas bases assentavam-se no reino das leis. “A cooperação da representação popular garantia a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o caráter geral e abstrato das leis assegurava a segurança”.<sup>22</sup>

Por esta razão a lei foi historicamente eleita pela racionalidade liberal recém consolidada, naquele momento, como a forma adequada para regulação social, conforme resume Luis Prieto Sanchís:

<sup>18</sup> PRIETO SANCHÍS, L. Del mito a la decadência de la ley. La ley en el Estado constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. p.5-45. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, 7).p.15.

<sup>19</sup> REIS NOVAIS, J. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: 1987. Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p 35.

<sup>20</sup> PARDO, D. W.de A. *Direitos Fundamentais não enumerados*. Tese doutorado apresentada na UFSC on line. Buscalegis. Florianópolis, 2005.Acesso em 28 de setembro de 2007.

<sup>21</sup> NELSON SALDANHA apud PARDO. Op. Cit. p. 3

<sup>22</sup> NOVAIS REIS, J. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Op. Cit. p 89

“Esta reivindicação da lei como forma exclusiva de regulação social constituía, de uma parte, a culminação do Estado absoluto em seu longo caminhar para o monopólio do poder, mas também de outra, o anúncio do Estado liberal empenhado na garantia de um âmbito seguro de imunidade em favor de sujeitos privados e juridicamente iguais. Ante a pluralidade e difuminação dos centros de produção jurídica, ante a espessa rede de privilégios e exceções origem da incerteza, obscuridade e falta de uniformidade do Direito, o triunfo do legalismo quis representar uma espécie de transação a ordem positiva dos esquemas próprios do Direito natural racionalista; por isso, a lei deve ser única, pois a igualdade dos cidadãos consiste em estar todos submetidos às mesmas leis, ‘simples’, pois as leis prolixas são calamidades públicas, ‘promulgada’ e notória para todos, ‘não secreta’, redigida em ‘língua vulgar’, de forma convincente e fácil de entender, pois não há coisa mais perigosa que aquele axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei, e sobre tudo, ‘abstrata e geral’, pois a lei só pode ser justa quando a matéria que regula é geral, o mesmo que a vontade que a estabelece, já que o soberano jamais tem direito de exigir de um súdito mais que de outro, porque então, ao tornar o assunto caráter particular, seu poder, deixa de ser competente. Em resumo, como recomenda Voltaire, que os juízes sejam os primeiros escravos da lei e não os árbitros (...) que as leis sejam uniformes, fáceis de entender por todo o mundo (...) que o verdadeiro e justo em uma cidade não resulte falso e injusto em outra, mais ou menos, o que pretendia o Direito natural.”<sup>23</sup>

Esse ideal de se ter leis simples, racionais, uniformes, precisas, abstratas e gerais alcançaram seu ápice no movimento codificador. Esse racionalismo utópico<sup>24</sup> construtivo da realidade, o racionalismo político edificador do Estado

<sup>23</sup> PRIETO SANCHÍS, L. Tradução livre. No original, lê-se: “Esta reivindicación da ley como forma exclusiva de regulación social, de una parte, la culminación del Estado absoluto en su largo caminar hacia el monopolio del poder, pero también, de otra, el anuncio del Estado liberal empenado en la garantía de un ámbito seguro de inmunidad a favor de sujetos privados y jurídicamente iguales. Ante la pluralidad y difuminación de los centros de producción jurídica, ante la tupida red de privilegios y excepciones origen de la incertidumbre, oscuridad y falta de uniformidad del Derecho, el triunfo del legalismo quiso representar una especie de transacción al orden positivo de los esquemas propios del Derecho natural racionalista; por eso, la ley debe ser única, pues la igualdad de los ciudadanos consiste en estar todos sometidos a las mismas leyes, sencilla, pues las leyes prolijas son calamidades públicas, promulgada, y notoria para todos, no secreta, redactada en lengua vulgar, de forma concluyente e fácil de entender, pues no hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley; y, sobre todo, abstracta y general, pues la ley sólo puede ser justa cuando la materia que se regula es general, lo mismo que la voluntad que la establece, ya que el soberano jamás tiene derecho a exigir de un súbdito más que de otro, porque entonces, al tomar el asunto carácter particular, su poder deja de ser competente. En resumen, como recomendaba Voltaire, “que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no lo árbitros... que las leyes sean uniformes, fáciles de entender por todo el mundo... que lo verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra”; más o menos, lo que pretendía ser el Derecho natural”. (PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. p.8-9.)

<sup>24</sup> Comentando esse racionalismo utópico, do Direito como ordenamento normativo, bem como o seu processo da legiferação, Noberto Bobbio ressalta que: “Todas as primeiras constituições escritas, tanto as americanas como as francesas, nascem sob o signo da missão histórica

Liberal, acabava por concluir e confiar a interpretação do Direito a jurados populares. Mas toda essa racionalidade instrumental era, por conseguinte, incapaz de garantir por completo a justiça das leis, pois, consagrava apenas valores como a certeza do Direito e a relativa igualdade jurídica de seus destinatários, ambos indispensáveis para o desenvolvimento daquele modelo de sociedade: a liberal e burguesa.<sup>25</sup>

Também em nome das leis únicas, claras, abstratas e gerais, o modelo que antes garantiu a burguesia<sup>26</sup>, também serviu para justificar as atrocidades e os crimes contra a humanidade, motivo pelo qual a assertiva de Otto Bachof deve ser destacada:

“A resposta não é difícil: a relação do com a lei mudou totalmente. Isto está marcado atualmente através de um sentimento muito generalizado de profundo mal estar e, ainda, de radical desconfiança; de uma desconfiança que, salvo para uma minoria, não se apóia verdadeiramente em um conhecimento racional das causas, senão na impressão dominante, imprecisa, mas não por isso falsa, de que a lei, em outro tempo escudo da liberdade e do Direito, se converteu hoje precisamente em uma ameaça para estes bens”.<sup>27</sup>

## 5 O PROCESSO LEGISLATIVO E CIDADANIA

A Carta de 1988 adotou, em artigo 1º, adotou os dois princípios. O Estado de Direito e a Democracia, porque a diferença de Estado Legal e Estado Democrático de Direito fundamenta as ações do Poder Legislativo de forma que o

---

extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e as transformando em lei positiva com uma constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios”. (BOBBIO, N. *Estado, poder e governo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 97).

<sup>25</sup> PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Op. cit., p. 9.

<sup>26</sup> NOVAIS REIS, J. Leciona que: “A identificação do poder com a lei transformava, então a assembléia parlamentar – que uma particular e interessada concepção de representação política, marcada pelo sufrágio censitário, o mandato representativo e a autonomia dos representantes erigia em órgão da vontade geral – na placa giratória que vai permitir à burguesia assegurar o controle efetivo da vida política e do aparelho de estado, deslocando em favor dos homens burgueses uma divisão de poderes que era suposta excluir todo o domínio dos homens. Tal como a separação Estado-sociedade e a função racional das leis gerais e abstratas encobriam a possibilidade de desiguais poderes sociais na exata medida em que só propunham ser instrumento do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos, o império da lei encobria a natureza da classe da específica divisão de poderes no estado legislativo parlamentar.” (NOVAIS REIS, J. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Op. cit., p. 89-90)

<sup>27</sup> BACHOF, O. Tradução livre. No original lê-se: “La respuesta no es difícil: la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente. Esto se ha marcado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar y, aún, de radical desconfianza; de una desconfianza que, salvo para una minoria, no es basa verdaderamente em un conocimiento racional delas causas, sino em la impresión cominante, imprecisa, pero no por ello falsa, de que la ley, em outro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se há convertido hoy precisamente em una amenaza para estos bienes”. BACHOF, O. *Jueces y Constitución*. Tradução Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Cívitas, 1987.p.48).

mesmo seja realmente legítimo, isto quer dizer, na concretização dos princípios da soberania e participação popular, além de dar garantias, no ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.

O fundamento de um Estado Democrático de Direito, pressupõe, de um lado, que todos os indivíduos, os grupos sociais e o Estado estejam sujeitos às leis, como expressão da vontade geral, no dizer de Rousseau; de outro significa que as leis, a que todos se submetem, deverão ser promulgadas com respeito aos princípios democráticos, entre os quais, especialmente, o princípio segundo o qual a promulgação deve ser feita por aqueles a quem a Constituição atribui competência para fazê-lo em nome e em proveito da sociedade.

Portanto os princípios básicos do poder Legislativo são: a legitimidade, a decisão colegiada e da votação por quorum, da publicidade, e dá obediências as normas. A legitimidade serve de moldura formal do processo legislativo, para proteger princípios básicos dos produtos legislativo, resguardado das liberdades a prevenção das dificuldades e a prevenção do sistema democrático.

O princípio da decisão colegiada e da votação por quorum são básicos do poder Legislativo e da democracia representativa, que dão condições de participação ativa das minorias representadas. O princípio da publicidade refere-se ao conhecimento prévio da pauta de votação e a contínua publicidade das ações legislativas durante o processo permitem acesso e a participação plena não só do parlamentares, como também da sociedade que se vê representada.

O da obediência às normas diz respeito ao jogo parlamentar, onde este não pode atuar em espaço vazio. Negociar, barganhar, obstruir, uma votação etc., garante à todos um poder de mobilização, mais é imprescindível que seja dentro dos limites previstos pelas normas, sob pena de individualizar o Poder Legislativo a exercer o leque de suas funções, mesmo quando contraponto com interesse dos demais poderes.

Todos esses princípios correspondem ao princípio do Estado Democrático de Direito. O que vale dizer que o cidadão pode participar do processo legislativo em si durante em quase todo o seu procedimento. As várias fases aonde o cidadão pode interagir são desconhecidas pela maioria da população, o que leva a outra reflexão: qual o real interesse do cidadão no processo legislativo? O que é participação e exercício da cidadania?

Por participação e exercício da cidadania há hoje um consenso em termos doutrinários: Trata-se de identificá-la à responsabilidade política de cada um em defesa da organização voluntária da vida social, contra as lógicas não políticas de mercado ou do interesse nacional. Desta feita, a cidadania já não pode mais ser identificada com consciência nacional, mas com um “espírito de corpo” que respalda a democracia, mediante a solidariedade de direitos e de participação direta ou indiretamente na gestão da sociedade.

Paulo Bonvides afirma que não passa de uma aplicação parcial e limitadís-

sima de três técnicas do sistema democrático direto: o plebiscito, o referendun e a iniciativa popular. Como Maria, considera que há necessidade de alargar a brecha constitucional, “para converter instrumentalmente numa realidade de poder soberano a vontade do povo. De tal sorte que a democracia neste país deixo de ser o que tem sido até agora em todos os tempos – a utopia do idealismo constitucional – e passe da esfera da crença e das formas fictícias para a esfera do concreto do real, do fático, com o povo absolutamente senhor do seu destino e de suas faculdades decisórias.”<sup>28</sup>

A participação dos cidadãos na iniciativa das leis está prevista na Constituição Federal em seu artigo 61 e § 2º, desde que o projeto de lei seja subscrito por no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Segundo Maria Garcia pode-se deduzir da sua “dicção que se demonstra dispositivo destinado a parco uso, francamente impossibilitador do exercício desse direito de iniciativa popular, proclamado já no artigo 4º entre os direitos políticos”. E ressalta que o texto merece integral reforma a fim de que um determinado grupo de cidadãos possa ser o requisito único exigível para detonar o processo legislativo<sup>29</sup>.

Por outro lado José Afonso da Silva afirma que “o Congresso mantém uma estrutura e um modo de ser arcaicos, plasmados ainda no século XIX, em sintonia com o Estado liberal, para o exercício de funções puramente formais. Não renovou suas práticas para o exercício das funções de um Estado moderno, atuante e dinâmico. Por isso, não tem respondido à exigências de uma Constituição voltada para o futuro.”<sup>30</sup>

Bobbio já afirmava que o ideal democrático supõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, ao corrente dos principais problemas, capazes de escolher entre as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação. Mas o que ocorre na realidade é outra, pois numerosas pesquisas demonstraram que o interesse pela política está circunscrito a um círculo bem limitado de pessoas, que em geral, os resultados indicam que os níveis de participação política são mais elevados entre os homens, nas classes altas, nas pessoas de mais elevado grau de instrução, nos centros urbanos mais que nas zonas agrícolas, entre pessoas educadas em família onde a política

<sup>28</sup> BONAVIDES, P. Democracia Direta e Democracia no Terceiro Milênio. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Em homenagem à professora Maria Garcia. (Org.) ACCORSI BERARDI, L.A. e GOMES RIBEIRO, L.L. São Paulo: IOB Thomson, 2007. p. 413.

<sup>29</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. Op. Cit. p. 53.

<sup>30</sup> SILVA, J.A. Constituição e as Estruturas dos Poderes. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Em homenagem à professora Maria Garcia. (Org.) ACCORSI BERARDI, L.A. e GOMES RIBEIRO, L.L. São Paulo: IOB Thomson, 2007. p. 193.

ocupa um lugar de relevo, entre os membros de organizações ligadas mesmo indiretamente à política, entre os que estão facilmente expostos a contatos com pessoas ou ambientes politizados.<sup>31</sup>

Mais uma vez para reflexão, como é do gosto de Maria Garcia ,cabe ressaltar que cidadania não é só um direito, mas também um dever. E que “o civismo consiste na preparação para a cidadania, isto é, para a preparação do futuro cidadão, o qual não pode quedar-se vendo a sua vida passar, a história avançar perante sua inércia, preocupado unicamente com seus interesses particulares. É preciso integrar-se e participar no lar, na escola, na comunidade, na pátria e no mundo. Quem participa das lutas e dificuldades de alguma coisa, também se sente responsável pelos seus resultados<sup>32</sup>.”

## 6 CONCLUSÃO

Todo e qualquer transformação do Estado em favor do cidadão resultou de movimentos de lutas e enfrentamentos, sejam eles de qualquer monta. Lutas que o filme ‘As sufragistas’ bem caracteriza quando relata que as mulheres no início do século passado foram presas, internadas como loucas e até mesmo alimentadas à força por um simples pleito: o de votar.

Hoje a Constituição Brasileira consagra a viabilidade da iniciativa popular de forma bem arcaica. Mas além desse dispositivo foi constituída uma Comissão Permanente no Poder Legislativo Federal onde se podem depositar as iniciativas dos cidadãos, que após análise, se aprovadas, viram proposituras, tendo como autor a própria Comissão. Exemplo seguido por vários legislativos em todos os entes da federação, são as chamadas: Comissões de ‘Legislação Participativa’.

Este dispositivo representa um avanço cultural e social rumo à concretização da democracia, e surgiu da mobilização porque da sociedade, que muda, aos poucos, a vida no Parlamento. Em nome dessa concretização, atualmente, encontram-se várias associações que acompanham essa dinâmica, interferindo e dando publicidade aos fatos e até efetuando denúncias, uma delas merece ser citada: ‘Voto consciente’.

Vale lembrar a esse propósito a célebre lição de Celso Bastos que afirmava que “Direito é ter direito a direitos”. No regime democrático o povo é soberano e as instituições democráticas concretizam-se no princípio da soberania popular. E ainda o que garante esse direito é a existência do Parlamento forte, uma Casa de Leis aberta à iniciativa popular. O pré-estabelecimento de metas e políticas participativas demanda a organização de fóruns, debates, audiências públicas,

<sup>31</sup> BOBBIO, N. , MATTEUCCI, N., e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 5 ed. São Paulo: UNB/ Imprensa Oficial,2000, p. 890.

<sup>32</sup> MARQUES DE LIMA, F.G. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: \_\_\_\_\_. *Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. (Coord.) BONAVIDES, P; MARQUES DE LIMA, F.G., e BEDÊ, F.S. São Paulo:Malheiros, 2006. p. 185.

frente parlamentar, televisão legislativa, informatização do processo legislativo e disponibilização de informação constante para todos os segmentos possíveis da sociedade. O que também já vem ocorrendo em nossos Paramentos.

E finalizando, é necessário recordar as sábias palavras de Maria Garcia, que concita à reflexão para o sentido profundo da aventura da liberdade como princípio do Direito: medida e asseguramento dessa qualidade do humano. Na acepção de Hanna Arendt, o caráter da existência do homem no mundo livre representa um começo e assim foi criado. Quando universo passou a existir na lógica humana, esse começo se inicia a cada nascimento de um ser humano. É o direito que assegura o regramento da conduta humana pela lei, não havendo lei não há liberdade. E ainda Arendt deixa aberta a questão - com toda sua atualidade - proposta para debate, em 1970, a propósito da morte da lei. "Há que se permanecer atento à relação moral do cidadão com a lei, numa sociedade de consentimento"<sup>33</sup>.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, O. *Jueces y Constitución*: Tradução Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Cívitas, 1987.

BOBBIO, N. *Estado, poder e governo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. MATTEUCCI, N., e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 5. ed. São Paulo: UNB/ Imprensa Oficial, 2000.

BONAVIDES, P. Democracia Direta e Democracia no Terceiro Milênio. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Em homenagem à professora Maria Garcia. (Org.) ACCORSI BERARDI, L.A. e GOMES RIBEIRO, L.L. São Paulo: IOB Thomson. p. 393-413.

CARNELUTTI, F. *Como nace el derecho*. Tradução: Santiago Sentis Melendo, Marino Ayerra Redín. 3.ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 2000. (Monografias jurídicas).

COELHO, L. F. *Aulas de introdução ao Direito*. São Paulo: Manole, 2004.

DAHRENDORF, R. apud Marco Maciel. *Consolidação legislativa*. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto. A2. 15.06.2007.

GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. In: \_\_\_\_\_. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 13. p. 51-53.

<sup>33</sup> GARCIA, M. O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania. In: \_\_\_\_\_. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 13. p. 53

MARQUES DE LIMA, F.G. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: \_\_\_\_\_. *Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. (Coord.) BONAVIDES, P.; MARQUES DE LIMA, F.G., e BEDÊ, F.S. São Paulo:Malheiros, 2006. p. 140-187.

PARDO, D. W.de A. *Direitos Fundamentais não enumerados*. Tese de Doutorado apresentada na UFSC 'on line' Buscalegis. Florianópolis, 2005. Acesso em 28 de setembro de 2007.

PRIETO SANCHÍS, L. Del mito a la decadência de la ley. La ley en el Estado constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, 7) p.5-45.

REIS NOVAIS, J. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Do Estado de Direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: 1987. Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SALDANHA, N. O que é Poder Legislativo. In: \_\_\_\_\_. *Coleção Primeiros Passos*. São Paulo: Brasiliense,1982. n. 56.

SILVA, J.A. Constituição e as Estruturas dos Poderes. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Em homenagem à professora Maria Garcia. (Org.) ACCORSI BERARDI, L.A. e GOMES RIBEIRO, L.L. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 189 – 204.

SOUZA, H. de. *Processo legislativo: linhas jurídicas essenciais*. Porto Alegre: Sulina, 1998.

SPROESSER, A. K. *Direito parlamentar: processo legislativo*. São Paulo: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar, 2000.

TOURAINÉ, A. *O que é democracia*. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro:Vozes, 1996.



---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

---





# O COMBATE À FRAUDE FISCAL E O ESTADO DE DIREITO EM PORTUGAL

*Diogo Leite de Campos<sup>1</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO: O CRESCIMENTO DAS RECEITAS.

As receitas fiscais em Portugal, nos últimos anos, têm crescido a uma taxa superior à do crescimento da economia. Para isto têm contribuído diversos factores.

1.1 — Têm sido transpostas as directivas europeias que se referem ao combate à evasão fiscal. Não vou cuidar especificamente destas por já serem objecto de tratamento por outros Autores desta obra.

Assim vou dedicar algumas linhas às especificidades da política legislativa e da prática administrativa em Portugal nos últimos dois anos.

1.2 — Para o crescimento das receitas também contribuiu a subida da taxa da IVA para 21%, a criação de um novo escalão em IRS à taxa de 42%, e subidas dos Impostos Especiais de Consumo.

Subordinou-se a política financeira à necessidade de diminuir o “déficit” das contas públicas. E, perante as dificuldades de diminuir significativamente a despesa, aumentou-se a receita.

1.3 — Existiu também um significativo aumento da eficiência da A. F. Na cobrança das receitas, com encurtamento dos prazos de determinação de valores; com significativa aceleração das cobranças e das execuções. Embora no que se refere à defesa dos direitos das contribuintes a nível dos Tribunais e da A.F., os grandes atrasos na resolução dos conflitos não tenham conhecido aceleração semelhante. Seja como for, o saldo é muito positivo e só abona da A.F. a todos os níveis.

Mas não se pode atribuir só à eficiência da A.F. o aumento das receitas

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

dos impostos.

1.4 — Este aumento também será devido àquilo que os políticos designam por combate à “fraude e evasão fiscal”, mas que se tem implicado, em Portugal, alguma:

a) diminuição, por via legislativa, das garantias dos contribuintes.

b) desatenção das já existentes, através de práticas administrativas assentes numa crescente (e desejável em si mesma) informatização dos serviços.

Vamos concentrar-nos nestes dois pontos, partindo do mais geral para o especial.

## 2 JUSTIÇA E IMPOSTOS

Mais vale três criminosos em liberdade do que um inocente punido: a afirmação do meu Professor de Direito Criminal, quando freqüentava o quinto ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de que o Direito Criminal pressupunha eticamente que os inocentes não podiam ser punidos e, em caso de dúvida, deveriam ser absolvidos, e que tudo estava – ou deveria estar preparado – a nível legal e judicial, para o máximo de garantias aos criminosos, impressionou-me profundamente.

Revelou-me em Direito igual a justiça, igual a garantias dos acusados, que me agradou, correspondendo aos meus sentimentos éticos.

Quero ser muito claro no sentido de que entendo e defendo que os contribuintes devem dispor de todas as garantias de pagarem os impostos que devem e só estes; e que mais vale dois contribuintes não pagarem os impostos que devem, do que um que seja obrigado a pagar os impostos que não deve.

Lembro, neste momento, a máxima da ética de sempre, de que mais vale sofrer uma injustiça do que praticá-la. Acrescentando que esta máxima se deve aplicar também (e antes de mais?) ao Estado cobrador dos impostos.

Passemos a outra associação de idéias.

### 3 JUSTIÇA E IMPOSTOS (CONTINUAÇÃO): O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS (LEGAIS) E O DIREITO FUNDAMENTAL DE NÃO PAGAR IMPOSTOS (ILEGAIS)

Direito (“ius”) é igual a justiça, em termos de uma norma legal (pelo menos que ultrapasse a injustiça “inevitável” das coisas humanas) não será Direito, não lhe sendo devida obediência.

Assim, vamos precisar dois pontos que parecem fundamentais: os cidadãos devem obediência a todas as normas de impostos justas; não devem obediência às normas de impostos injustas.

Existe, indubitavelmente, o princípio de que todos devem pagar os impostos prescritos na lei (justa). O artigo 103º, 1, da Constituição da República assim o prevê.

Mas logo a seguir se dispõe que ninguém é obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei (artigo 103º, 3, da Constituição da República).

Assim, e muito correctamente, o Direito/Justiça dos impostos, tanto a nível da sua criação como da sua aplicação, têm de se articular em termos que têm ocupado os Autores o Tribunais<sup>2</sup>.

O direito de não pagar impostos inconstitucionais ou ilegais está assente no recurso para os tribunais, nomeadamente para o Tribunal Constitucional; no aprofundamento e no rigor do procedimento e do processo tributários; e na circunstância de o contribuinte que discorde da legalidade do imposto que lhe é liquidado, poder prestar garantia e impugnar, reclamar ou opor-se à execução para suspender esta última.

Mas esta obrigação de prestar garantia para suspender a execução de impostos inconstitucionais ou ilegais parece dificilmente conciliável com o “direito de resistência” previsto no artigo 103º, 3, da Constituição da República.

#### 4 AS MEDIDAS MAIS RECENTES SOBRE A “LUTA CONTRA A EVASÃO FISCAL”

De acordo com o propósito inicial, vou traçar alguns dos aspectos fundamentais da chamada luta contra a evasão fiscal, tanto a nível legislativo como da prática administrativa.

#### 5 A PRÁTICA ADMINISTRATIVA E OS DIREITOS DOS CONTRIBUINTE

O principal meio para obter uma mais rápida e generalizada cobrança das dívidas fiscais residiu no acréscimo da informatização dos serviços. Medida muito de aplaudir e que eu próprio vinha propondo desde há muito, sobretudo através dos meios de informação.

Contudo, o esforço financeiro e de emprego de pessoal realizou-se sobretudo a nível de liquidações/cobranças/execuções. No que se refere ao procedimento administrativo e ao processo judicial, desencadeados pelos contribuintes para defender os seus direitos, o aumento de “eficiência” não foi perceptível. Contudo, a utilização de tratamento em massa dos impostos por meios informáticos veio, em si mesmo, revelar algum acréscimo de generalidade/igualdade/segurança para os contribuintes.

<sup>2</sup> Vd. sobre o “dever fundamental” de pagar impostos, José Manuel Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. Tratando das garantias dos contribuintes em não pagarem impostos injustos / ilegais, Vd. Diogo Leite de Campos, *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*, Coimbra: Almedina, 2007.

Contudo, pode descortinar-se alguma aceitação de que o tratamento massificado e muito expedito pudesse revelar que mais valia dois contribuintes que pagavam impostos que não deviam, por não dispor de meios expeditos para reagir, do que um contribuinte que não pagou o imposto que devia.

Mais do que isso, a informatização de procedimentos levou a desprezar garantias dos contribuintes previstas na lei.

Vejamos o antes e o depois (hoje).

### 5.1 Antes

O contribuinte, no caso de ser notificado da liquidação de um imposto, tem trinta dias para pagar; noventa dias para impugnar; cento e vinte dias para reclamar junto da A.F, a contar da mesma data de fim do prazo de pagamento voluntário.

Uma vez decorrido o prazo de trinta dias do pagamento voluntário, a A.F. desencadeia execução, citando o contribuinte para pagar, prestar garantia ou nomear bens à penhora, no prazo de vinte dias. Como referimos, estão normalmente ainda a correr os prazos de noventa e cento e vinte dias para o contribuinte se defender.

Sendo assim, o contribuinte requer à A.F. a suspensão da execução até poder exercer o seu direito de defesa dentro do prazo legal, com prestação de garantias, o que era normalmente deferido segundo a minha experiência pessoal.

Se a A.F. entendesse que o contribuinte apresentava risco de ocultação dos seus bens – o que, em si, era, e é, crime previsto e punível – dispunha de providências cautelares para garantir os seus eventuais direitos.

Sublinharei que, sendo os procedimentos executivos desencadeados contra o contribuinte, muito em cima de prazos de caducidade de liquidação dos impostos, de quatro anos, o contribuinte de má-fé já teria tido o tempo necessário para ocultar os bens.

Impugnado (ou reclamado) o imposto e prestada a garantia, suspendia-se a execução.

Se a reclamação administrativa não fosse decidida no prazo de dois anos, ou a impugnação judicial no prazo de três anos, a garantia caducava, podendo ser levantada pelo contribuinte. Este último, no caso de obter vencimento no processo ou no procedimento, deveria ser indemnizado pelos custos suportados com a garantia.

Na prática, a grande maioria das garantias caducava. E mais de metade dos contribuintes era indemnizado pela prestação da garantia por ter obtido sucesso na sua causa

## 5.2 Depois (hoje)

### 5.2.1 O encurtamento ilegal dos prazos de defesa

A legislação, quanto a procedimento e a processo, a nível de prazos, não foi alterada. O que teve uma alteração radical foi a prática administrativa. E o que escrevo a seguir não envolve qualquer crítica para os funcionários da A.F., mas sim para a “política” assente na cobrança de receitas a todo o custo, em que os fins parecem justificar os meios.

O contribuinte é notificado da liquidação do imposto, com trinta dias para o pagamento voluntário – mantendo mais noventa dias para impugnar e cento e vinte dias para reclamar.

Se não proceder ao pagamento voluntário, manterá mais noventa dias para impugnar e cento e vinte dias para reclamar.

Contudo, se não procedeu ao pagamento voluntário, é imediatamente (por vezes no dia seguinte) citado para a execução. E muito frequentemente sem que decorra o prazo de trinta dias para a oposição à execução, de noventa dias para a impugnação e de cento e vinte dias para a reclamação, é imediatamente executado por “via electrónica”. Ou seja: a A.F. penhora as suas contas bancárias, os créditos de que é credor, etc.

Criando situações simultaneamente injustas e, no limite, caricatas.

Primeiro, os prazos de impugnação e reclamação são drasticamente executados: para poder suspender a execução, o contribuinte fica reduzido ao prazo de trinta dias dos de pagamento voluntário, durante os quais tem de se defender e prestar garantia. Prazo que é manifestamente curto nos termos da própria lei; que é ilegal, como prazo limite; que é na prática insuficiente.

Violando-se com negligência ou dolo, normas legais que visam a proteger direitos dos contribuintes.

## 6 A OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (VIDA, SAÚDE, EDUCAÇÃO, ETC).

As penhoras “electrónicas” de contas bancárias (e de outros bens, como automóveis) são feitas indiscriminadamente, até ao montante da dívida fiscal, juros vencidos e vincendos, etc.

Independentemente do montante da conta bancária penhorada e do relevo que esta possa ter para a sobrevivência do seu titular e do seu agregado familiar. Sucede uma família, numa bela manhã, encontrar-se sem dinheiro para comprar o almoço, o bilhete do transporte, o remédio ou a consulta médica. E poder manter-se nesta situação, dias, semanas, meses, se a penhora compreende a totalidade da conta e as quantias que nela venham a ser depositadas. Para pôr em causa a legalidade destas penhoras, que atingem o necessário a uma existência em condições económicas dignas, bastaria invocar o sentido protector – de exclusão de outrem – de múltiplos direitos previstos na C.R.: direito à vida, à saúde, à habitação, etc.

Mas tais penhoras contrariam claramente os valores fundamentais do sistema fiscal e a lógica sistemática. E princípio basilar de qualquer sistema fiscal que possa servir de exemplo – entre eles, o português – de que não é possível tributar os cidadãos pelo necessário para assegurar a sua sobrevivência (mínimo de existência ou médio de existência)<sup>3</sup>. Assim, o artigo 25º,1 , a) do CIRS aproxima a não incidência de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares do montante do salário mínimo nacional; e os artigos 82º e segs. prevêem diversas deduções à colecta com fins sociais (educação, saúde, etc.). Assim, penhoras de bens necessários para a sobrevivência do contribuinte violam o disposto nos artigos 1º da C.R. (Estado de Direito) e no artigo 25º do CIRS. O mesmo se diga das compensações electrónicas extemporâneas de alegados créditos do Estado com alegadas dívidas dos contribuintes perante o Estado.

## 7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O regime de responsabilidade civil do Estado por danos ilícitos compreende necessariamente a ilicitude fiscal. Contudo, os contribuintes não se têm mostrado muito propensos em usar acções de responsabilidade contra o Estado, por falta de informação ou de quadro legal suficiente.

## 8 MEDIDAS LEGISLATIVAS

### 8.1 Prescrição e caducidade

#### 8.1.1 Prescrição e caducidade em geral

A prescrição e a caducidade são dois institutos comuns ao Direito que se situam no âmbito da influência do tempo nas relações jurídicas<sup>4</sup>. Cada relação jurídica tem o “seu tempo”, convém que não perdure quanto o seu tempo já passou. Depõem neste sentido (para além da própria natureza das coisas), razões de certeza jurídica. Não devem manter-se relações jurídicas constituídas para um certo período histórico, já esquecidas ou desprovidas de sentido social. O Direito é constituído pelas relações jurídicas actuais; que estão presentes aos interessados; que estes não abandonaram. Não é possível parar o tempo<sup>5</sup> havendo necessidade de uma “estabilização jurídica” decorrente da penalização da inércia<sup>6</sup>, através da

<sup>3</sup> Vd. Diogo Leite de Campos e Mónica Leite de Campos, *Direito Tributário*, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 133 e segs.

<sup>4</sup> Sobre estes institutos vd. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, IV, 2005, Coimbra: Almedina, págs. 133 e segs., e 207 e segs. Hugo de Brito Machado, *Decadência e prescrição no Direito Tributário brasileiro*, *Curso de Direito Tributário*, coord. Ives da Silva Martins, S. Paulo: 9 ed., Saraiva, , 2006, págs. 199 e segs; Marco Aurélio Greco, *Perempção ou lançamento tributário*, in *Estudos Jurídicos em Homenagem a Gilberto de Ulhoa Canto*, Rio de Janeiro, Forense, págs. 513 e segs.

<sup>5</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3 ed, Coimbra: Almedina, 2005, p. 754

<sup>6</sup> Aut. ob. loc. cit.



perda do direito. Ou mais simplesmente, através da perda do direito pelo mero decurso do tempo, sem haver referência, pelo menos directa, à inércia do titular, operando mesmo na ausência desta inércia.

Situando-se neste âmbito, a prescrição e a caducidade.

#### 8.1.1 – I) A prescrição

A prescrição abrange todos os direitos que não sejam indisponíveis ou que estejam excluídos por determinação legal ou pela sua natureza. Aplicando-se sobretudo a direitos de crédito, tendo como objecto, mais em geral, os direitos subjectivos<sup>7</sup>.

Decorre da lei e assenta na intenção de punir a inércia do titular do direito que não o exerceu durante um certo período quando podia fazê-lo, deixando de se justificar socialmente (perante o respectivo titular) esse direito. Visando quanto aos fundamentos atinentes ao devedor, revelá-lo de prova<sup>8</sup>, prosseguindo fins gerais de paz jurídica e segurança. Está “ontologicamente” ligado ao de curso de prazos que, por definição, são impessoais; ignoram, de modo absoluto, quaisquer particularidades do caso concreto<sup>9</sup>.

Decorrido o prazo de prescrição, o devedor pode recusar-se a cumprir a sua obrigação, invocando a prescrição. Trata-se, pois, de um meio de defesa do devedor, podendo ser invocada por excepção ou activamente antes de o devedor ser interpelado para cumprir<sup>10</sup>.

A prescrição pode ser vista como um instituto imperativo, dado que é proibida a renúncia antecipada à prescrição (artigos 302º, 1, do Código Civil).

#### 8.1.1 – II) Caducidade

A caducidade aplica-se a todos os direitos que devem ser exercidos durante um período de tempo. É um termo para o exercício do direito. Em sentido estrito, é uma forma de repercussão do tempo nas situações jurídicas que por lei ou contrato devem ser exercidas num certo tempo<sup>11</sup>.

Assenta em razões de certeza e segurança jurídicas<sup>12</sup>, decorrendo do modo-de-ser de alguns direitos que estão ligados intimamente ao seu elemento temporal, em termos de o direito “ser” um conteúdo e um tempo. Decorrendo de estipulação legal ou das partes (artigo 330º do Código Civil).

<sup>7</sup> Vd. Aut. ob. cit., p. 755 Costa e Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1037; Ascensão José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral III: Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 341 e ss.

<sup>8</sup> António Menezes Cordeiro, ob. cit, pág. 160. Para uma análise crítica vd. pág. 162.

<sup>9</sup> Aut. ob. cit., pág. 187.

<sup>10</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, ob. cit., p. 756.

<sup>11</sup> António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 207.

<sup>12</sup> Vd. António de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*. II vol. Coimbra: Almedina, 1972, p.464.

O prazo de caducidade tem início em regra, logo que o direito puder ser exercido (o que coincide, muitas vezes, com o momento da constituição do direito), embora a lei ou as partes possam estabelecer norma diversa (artigos 329º/30º do Código Civil).

Uma vez iniciada a contagem, o prazo de caducidade não se pode suspender nem interromper. Contudo a lei ou as partes podem dispor desta norma (artigo 328º e 330º).

### 8.2 Prescrição e caducidade no direito tributário

A prescrição tem como âmbito a extinção da obrigação tributária, o procedimento contraordenacional, a coima, o procedimento criminal fiscal e a pena criminal<sup>13</sup>.

Por sua vez a caducidade verifica-se quanto ao direito do sujeito activo da relação jurídica tributária (Estado ou de outro ente público) de liquidar o tributo, ou em relação ao direito do sujeito passivo de exercer os seus direitos ou obter a tutela para os seus interesses protegidos (direitos: de impugnação judicial, de recurso contencioso, de acção de reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido em matéria tributária, de embargar de terceiros, de recurso judicial contra a decisão administrativa de aplicação de coimas, de reclamar para o juiz no procedimento de execução, etc.)<sup>14</sup>.

### 8.3 Suspensão da prescrição e da caducidade

Também quanto ao regime da suspensão se distingue a caducidade da prescrição.

A prescrição suspende-se sempre que o titular do direito não está (porque não está ainda ou deixou de estar) em condições de exercer o seu direito.

A caducidade não se suspende (não se deve suspender) porque tem carácter objectivo; não revela que o titular esteja ou não em condições de exercer o seu direito<sup>15</sup>.

### 8.4 Caducidade do direito à liquidação do tributo

Nos termos do artigo 45º da Lei Geral Tributária (LGT) o direito à liquidação do tributo caduca se aquela não for notificada validamente ao contribuinte dentro de um certo prazo (quatro ou três anos).

<sup>13</sup> Cfr. Benjamim Rodrigues, *A prescrição no Direito Tributário português*, in Problemas Fundamentais do Direito Tributário. Lisboa: Vislis, 1999, p. 261 e ss., referindo (nota 3) que, segundo a jurisprudência, o prazo do exercício do direito de impugnação judicial tem natureza substantiva e de caducidade. Vd sobre este problema a colectânea vintitulada *Decadência e prescrição*, coord. por Ives da Silva Martins, S. Paulo, 2007, com obras de Autores diversos.

<sup>14</sup> Cf. Benjamim Rodrigues, ob. cit., p. 262.

<sup>15</sup> Vd. Joaquim Gonçalves, *A caducidade e face do Direito Tributário*, "Problemas Fundamentais", cit. pág. 229.

## 9 OS ABUSOS DA ESTADO LEGISLADOR (JUIZ-CREDOR) EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO E CADUCIDADE

### 9.1 Caducidade do direito de liquidar impostos

O prazo de caducidade, já referido, é de quatro ou três anos (artigos 45º da LGT).

Este prazo parece exagerado, servindo, não o interesse de certeza da ordem jurídica, mas tão só o da arrecadação de receitas.

Os impostos são autorizados pelo O.E. para um certo ano, visando, em princípio, a satisfazer as necessidades financeiras desse ano e só desse ano. Portanto, o alargamento do prazo de caducidade a quatro anos vem contra o fim do próprio imposto, o seu carácter anual. Sendo o imposto liquidado no ano em que se verifica o facto tributário ou no ano seguinte, o prazo de caducidade não deveria ser superior a um ano, dois no máximo. O credor tem ao seu serviço milhares de funcionários. Compete-lhe organizar a administração dos impostos de modo a torná-la o mais eficiente possível. E não lançar sobre os contribuintes as incertezas e os custos da insuficiente administração, fazendo prolongar no tempo a incerteza sobre o “se” e o “quanto” dos impostos.

O prazo de caducidade não se suspende, ou não deve suspender-se. Visa à certeza das relações jurídicas, o que só se assegura pelo seu carácter automático, certo. A “causa” impeditiva da “caducidade” só deverá “coincidir”, na prática, com a efectivação do próprio acto sujeito à caducidade<sup>16</sup>.

Ora a lei fiscal portuguesa introduziu causas de suspensão que pouco ou nada têm a ver com a efectivação do acto de liquidação dos impostos. Visando só a um objectivo de arrecadação, e fazendo sofrer a segurança e certeza das relações jurídicas pela inércia do Estado.

O prazo de caducidade suspende-se com a notificação ao contribuinte do início de acção de inspecção externa. Cessando esse efeito, contando-se o prazo desde o início, caso a duração da inspecção externa tenha ultrapassado o prazo de seis meses após a notificação (nº 1 do artigo 46º da Lei Geral Tributária). Deste modo tem a possibilidade de alargar indefinidamente o prazo de caducidade, fazendo suceder ininterruptamente acções inspectivas de seis meses cada. O prazo de caducidade desapareceu na prática, por ter ficado nas mãos da Administração. Isto contra os valores essenciais ao Estado-de-Direito, entendido como um Estado de ordem certa e segura.

E uma medida chocante da justiça-certeza, por a existência de um prazo de caducidade alargado do direito de liquidar os impostos só se justificar (ou justificar-se sobretudo) pela eventual necessidade de inspecções, nomeadamente externas, a desencadear liquidações adicionais.

<sup>16</sup>Antônio Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 224.

Senão fosse por essa necessidade de inspeções, então o prazo de caducidade seria extremamente mais reduzido.

O prazo de quatro anos pressupõe inspeções externas; o prazo de três anos pressupõe inspeções internas ou inspeções desencadeadas pela própria declaração. Assim uma inspeção externa já cabe no prazo de quatro anos, não podendo alargá-lo. Então para que serve o prazo de caducidade?

## 9.2 Eliminação das garantias dos contribuintes

O Orçamento do Estado para 2007 tenta promover o acréscimo das receitas fiscais, fazendo suportar pelos contribuintes as delongas da Administração Fiscal, E dos Tribunais. As Garantias e meios de defesa dos contribuintes portugueses não são superiores, antes frequentemente inferiores, aos previstos nas leis de outros Estados europeus. Mas, mesmo assim diminuem-se, para promover a invasão pelo Estado dos direitos dos contribuintes.

### 9.3 O fim da prescrição

A prescrição das dívidas fiscais é de oito anos – prazo considerável em termos europeus.

A impugnação ou reclamação graciosa (etc.) interrompem o prazo de prescrição. No caso de o processo estar parado por mais de um ano, retomava-se a contagem do prazo de prescrição (art. 49º, 2). Eliminou-se, no O.E. para 2007, esta última disposição. Assim, o exercício dos direitos de defesa do contribuinte (impugnação, recurso, etc) ou a mera citação deste, interrompe para sempre o prazo de prescrição. Ou seja: esta acabou na prática.

O Estado é simultaneamente legislador, credor e juiz. Não querendo sofrer como credor as conseqüências da sua inércia como juiz (administrador da justiça) lançou, enquanto legislador, os encargos desta inércia sobre o devedor.

### 9.4 Conseqüências que são especialmente gravosas

Até 2006, o contribuinte para suspender a execução fiscal, e enquanto discutia o imposto, tinha de prestar garantia por um prazo máximo de três anos. Se dentro deste prazo, os tribunais ou a A.F não decidissem o caso, levantava-se a garantia. O contribuinte não tinha de suportar as demoras do Estado mais do que três anos. E se mantivesse a garantia para além deste prazo, era indemnizado pelos custos inerentes (art. 53º da LGT).

A partir de 2007, tais disposições são revogadas pelo O.E. A garantia mantém-se indefinidamente e não há indemnização. O que é tanto mais grave por o processo poder estar pendente dezenas de anos sempre com a garantia pendente. Até o contribuinte não ter outro remédio senão pagar o imposto não devido. Que é o que se pretende.

O prolongamento indefinido do prazo de prestação de garantias leva a que estas se tornem impossíveis para a generalidade dos particulares, que assim serão penhorados e vendidos bens por impostos que não devem. E as empresas terão indefinidamente o encargo financeiro da garantia que diminuirá a sua capacidade de endividamento e limitará o seu crescimento.

Tais medidas, além de injustas, vêm prejudicar o investimento, a criação de riqueza e o emprego.

O Estado parece julgar que, como credor de impostos, tem interesses opostos aos dos devedores.

Quando não tem: é credor porque aplica as leis de impostos; e não cria e aplica as leis de impostos para ser credor. Há só um pequeno matiz entre as duas perspectivas, mas que as torna totalmente opostas.

Já seria bastante mau que o Estado legislador criasse impostos só para satisfazer os interesses dos grupos que dominam. Mas pior ainda é quando abusa da sua situação de legislador para criar privilégios injustificados.

O princípio da legalidade dos impostos (sua criação e regulamentação por lei formal, nos seus elementos essenciais) tem uma intenção de justiça/certeza e segurança que perpassa por todo o Estado-de-Direito e o justifica.

As medidas referidas violam frontalmente o núcleo essencial dessa intenção constitucional.

Na falta de um controlo político suficiente, dada a fraqueza da sociedade civil portuguesa; perante um controlo de constitucionalidade demorado e pouco suficiente; há que inventar novos “contrapesos” e “controles” para limitar o Estado legislador/juiz/credor/fiscal. O princípio da legalidade dos impostos, por pressupor um, hoje inexistente, controlo democrático, é insuficiente.

## 10 A DESIGUALDADE DE ARMAS ENTRE O CONTRIBUINTE E O ESTADO

O Estado credor dos impostos define as receitas que pretende cobrar; cria as leis que considera adequadas àquele fim; modela a relação tributária do modo que lhe parece mais conveniente para obter o seu crédito; e hoje procede ao arrepio das normas legais para obter a cobrança das garantias que pretendeu – e que possivelmente, técnicas legislativas pouco cuidadas tornariam de realização incerta.

Os contribuintes sabem que o Estado é o principal devedor do país; que é um dos que mais demora a cumprir as suas dívidas – sendo, portanto, o que tem um comportamento mais censurável sob o ponto de vista ético-jurídico.

Sabem que são dados mais meios aos serviços que cobram as receitas – mas duvidam que o mesmo suceda quanto aos se ocupam das garantias dos contribuintes; que existem milhares de funcionários encarregados de promover a cobrança das receitas, mas escassas centenas incumbidos do controlo da sua boa aplicação; que não podem promover penhoras electrónicas do Estado

por dívidas deste; que estão impedidos de compensar créditos seus perante o Estado com dívidas para com este, etc. Ou seja: que o exercício dos direitos do Estado pode ser realizado em segundos. Mas que a defesa dos direitos dos contribuintes demorará meses, senão anos.

A Lei Geral Tributária portuguesa de 1999 teve como objectivo introduzir maior justiça e rigor no procedimento tributário, para além de definir alguns grandes princípios de justiça e precisar os traços essenciais da relação tributária. Há que não voltar atrás, salvaguardando-se o Estado de Direito.

## 11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, António de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1972.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Teoria Geral III: Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Leite de. *Direito Tributário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. *Perempção ou lançamento tributário*. In Estudos Jurídicos em Homenagem a Gilberto de Ulhoa Canto, Rio de Janeiro: Forense.

MACHADO, Hugo de Brito. *Decadência e prescrição no Direito Tributário brasileiro*. In MARTINS, Ives da Silva (coord). *Curso de Direito Tributário*, 9 ed. S. Paulo: Saraiva, 2006.

NABAIS, José Manuel Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

RODRIGUES, Benjamim. *A prescrição no Direito Tributário português*. In Problemas Fundamentais do Direito Tributário. Lisboa: Vislis, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.



# LIBERDADE, ÉTICA E DIREITO

Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>

## RESUMO:

Mais além que a ética como simples obediência, a ética republicana expressa a ideia de dever para a liberdade. Depois do Direito concebido como apenas dever e normas imperativas dirigidas do poder a súbditos, apresenta-se a possibilidade de um direito fraterno, em novos padrões. O presente artigo explora diversos caminhos possíveis para um novo paradigma ético e um novo paradigma jurídico, depois do direito objectivo do direito romano, e do direito subjectivo do direito moderno.

## Palavras Chave

Liberdade, Ética, Direito, Moral, Axiologia, Paradigma, República, Filosofia Prática

## ABSTRACT

Further than Ethics conceived as mere obedience, Republican Ethics expresses the idea of duty for freedom and Liberty. After Law conceived as only duty and imperative norms from power to the subjects, there is the possibility of a fraternal law, in new patterns. This article explores several ways in a new ethics and a new law paradigms, after the objective Roman Law and the subjective modern Law.

## Key- Words

Freedom, Liberty, Ethics, Law, Morals, Axiology, Paradigm, Republic, Practical Philosophy

*“Il ne faut pas beaucoup de probité, pour qu’un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent. La force des lois dans l’un, le bras du prince toujours levé dans l’autre, règlent ou contiennent tout. Mais, dans un Etat populaire, il faut un ressort de plus, qui est la VERTU. (...) Lorsque cette vertu cesse, l’ambition entre dans les cœurs qui peuvent la recevoir, et l’avarice entre dans tous. Les désirs changent d’objets: ce qu’on aimait, on ne l’aime plus; on était libre avec les lois, on veut être libre contre elles. Chaque citoyen est comme un esclave échappé de la maison de son maître; ce qui était maxime, on l’appelle rigueur; ce qui était règle, on l’appelle gêne; ce qui y était attention, on l’appelle crainte. C’est la frugalité qui y est l’avarice, et non pas le désir d’avoir. Autrefois le bien des particuliers faisait le trésor public; mais pour lors le trésor public devient le patrimoine des particuliers. La république est une dépouille; et sa force n’est plus que le pouvoir de quelques citoyens et la licence de tous.”*

Montesquieu — *De l’Esprit des lois*, III, 3.

<sup>1</sup> Professor Catedrático de Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Doutor em Direito das Universidades de Coimbra e Paris II.

## 1 DA LIBERDADE

## 1.1 Da ação humana e seus limites

Em cada ser humano, assim como no Cosmos, no Mundo, existem um sem-número de possibilidades de “acção”. A acção humana (que Ludwig von Mises tornou tema primacial da Economia num seu livro homónimo<sup>2</sup>: materializando-a ou até reificando-a com essa aproximação, por um lado, mas psicologizando a Economia, por outro<sup>3</sup>), porém, no seu sentido próprio, é clara e inequivocamente inteligente, racional, voluntária. Apesar de todas as suas fraquezas concretas de menor raciocínio, maior paixão, ou maior condicionamento.

A acção humana não é incondicionada, apesar da sua intrínseca liberdade. Muitos actos humanos (só os Homens agem por actos; os “actos” dos animais, por exemplo, são “factos”: e daí, certamente, uma das razões para o Direito considerar os animais como coisas – que não têm direitos, mas perante os quais o homem deve ter deveres) são limitados nas suas possibilidades por constrangimentos severos, por vezes terríveis mesmo. Há, contudo, sempre alguma possibilidade de escolha.

Essa possibilidade de escolha vê-se até, no limite dos limites, no suicídio ou na eutanásia. E o primeiro pode ser uma escolha muito digna: pela honra, designadamente, perante uma ameaça insuperável com as próprias forças. Enquanto o segundo pode ser a última saída para uma morte de cabeça levantada, apesar de, para outros, decerto mais corajosos, um e outra serem considerados cobardia. Mas quem somos nós para julgar? Cobardia jamais seria o primeiro, quando, havendo medido as próprias forças, o torturado prefere o silêncio, no suicídio. São, evidentemente, temáticas muito complexas, e como casos-limite que são, obrigam a uma atenção particular, e por vezes a excepção às regras gerais. Ninguém diga que dessa água não beberá...

Esta possibilidade de escolha que sempre tem a acção humana é chamada normalmente *livre arbítrio*<sup>4</sup>. Esta expressão tem servido para justificar muitas exigências e deveres dos homens, nem sempre lógicas e aceitáveis à luz da simples razão e razoabilidade. Mas traduz, inegavelmente, a grande dimensão moral do Homem. Sem ele, o Homem não o seria, verdadeiramente, porque estaria reduzido à condição de simples juguete ao sabor das marés da circunstância e de uma causalidade que lhe seria afinal alheia, e superior.

<sup>2</sup> VON MISES, Ludwig — *Human Action. A Treatise on Economics*, trad. fr. *L'Action Humaine. Traité D'Economie*. Paris: P.U.F., 1985.

<sup>3</sup> Não deixa de ser interessante assinalar que o seu brilhante continuados, Friedrich von Hayek, também se sentiu atraído pela psicologia, e, afinal, muitos dos pressupostos do liberalismo austríaco (mas não só dele) assentam em pressupostos sobre uma certa psicologia, pressupõem um tipo de homem com certos comportamentos psicológicos dados. O que é também o caso de alguns utilitarismos, etc. Cf., em geral, o nosso *O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (desde 1940)*, Lisboa: IN-CM, em preparação.

<sup>4</sup> Cf. o nosso *Responsabilité et culpabilité*. Paris: P.U.F., 2000.



Porém, não se pode confundir essa forma de *liberdade interior* (a qual, por vezes, na prática, se reconduz a optar-se pelo *mal menor*) com a verdadeira e própria Liberdade. Primeiro, porque mesmo a liberdade interior, em toda a sua extensão, implica mais que esse “dado do jogo” da vida que é o poder-se optar. A liberdade requer esclarecimento, formação, informação, inteligência e até prudência na decisão que dela decorre: decisão de agir ou não agir, sendo o silêncio ou o *non facere* equiparável à palavra e ao *facere*. Sempre se “age”, mesmo não agindo, mesmo nada fazendo. Alguém disse, e com razão, que a única coisa necessária para que o mal triunfe (resta saber-se o que é “o mal”), é as pessoas de bem nada fazerem (pressupõe-se que contra ele)... O alheamento – até político – dos nossos concidadãos poderá, assim, englobar-se nesta forma passiva ou negligente de auxílio ao mal?

Também é necessária uma afirmação do ser-se, para se poder ser livre. Não há livres no rebanho. Não é realmente livre aquele que, cuidando sê-lo, apenas reproduz a opinião da massa ou do grupo (que pode até estar no topo da escala social: como casta, pseudo-elite, ou afim). E que o faz por falta de desenvoltura ou – digamos as palavras certas – de liberdade de espírito. Um espírito livre, uma mente livre, são sinónimos de uma pessoa informada e culta, com referências, com valores, com ideais, e com *sagesse*, discernimento, capacidade para contrastar boas e más acções (e acções indiferentes, com neutralidade axiológica), a vários títulos.

Acresce que, além da liberdade interior, que nos pode manter livres (e vivos, e despertos, e são mental e espiritual e até fisicamente) ainda que prisioneiros em cativeiro de corpo, a liberdade propriamente dita é liberdade de agir, não só a de resistir silenciosamente, ou passivamente.

A não violência de Gandhi é, sem dúvida um acto de liberdade, e de auto-domínio pessoal e colectivo, o que dá mostras de uma enorme liberdade e aperfeiçoamento moral. Mas ela teve lugar, precisamente, pelo facto de a Índia se encontrar num contexto de grande falta de liberdade, sob domínio colonial.

Quando se clama pela liberdade, afinal deveria pensar-se em ambas as liberdades.

Porque a interior sem a exterior, ou seja, a liberdade moral e psicológica sem a política não chega para um reino de vida boa. E é difícil uma vida privada tranquila sem um contexto geral de liberdade: como dizia Julien Freund, não nos é dado cultivar sequer o nosso jardim, porque mesmo quando nos queremos abster e retirar, podem outros apontar-nos como seus inimigos e não nos dar descanso<sup>5</sup>.

E, simetricamente, a liberdade política sem a liberdade interior, psicológica e moral, dá lugar a toda a libertinagem e à degradação da própria liberdade exterior, por falta de autodomínio, sentido da mesura, do *decorum*, e, mais ainda e em geral, dos limites que têm de existir sempre num contexto de virtude<sup>6</sup>, de *arete*.

<sup>5</sup> Cf., v.g., o nosso *O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (desde 1940)*, cit.

<sup>6</sup> Cf., v.g., LAUAND, Jean — *Filosofia, Linguagem, Arte e Educação*. São Paulo: ESDC / CEMOROC – EDF – FEUSOP / Factash Editora, 2007, p. 151 ss. Com referências mais jurídicas e juspolíticas, v. os nossos *Aristóteles: Filosofia do Homem – Ética e Política*, in “Revista Internacional d’Humanitats”,

Por *hybris* prometeica, excesso, ou por simples resvalar demagógico e por vezes anómico, anarquizante, perece a liberdade exterior, política, quando privada da liberdade interior, que é regida por equilíbrio, medida, ponderação.

Nenhuma das liberdades prescinde, assim, da mesura, da sabedoria, de limites. Os quais, longe de serem (quando são limites justos) peias, talas, leitões de Procusta, pelo contrário são guias indicadores do recto caminho, auxiliares do equilíbrio.

Voltemos a Gandhi e à sua acção não violenta.

Evidentemente, a resistência passiva (que pode ter uma força muito mais efectiva que o contra-ataque directo, convencional, e normalmente evidencia uma enorme superioridade moral) não é uma omissão, mas uma forma de acção. Por aí se vê que a liberdade interior, que ela sobretudo espelha, pode ser confundida, eventualmente, com a liberdade exterior. E em certos casos é difícil distingui-las, quando são muito concordes, e o interior é plenamente transmitido pela transparência ao exterior.

Centrando-nos na liberdade de acção, que se traduz no seu cerne por um optar: num primeiro momento, tal como o exercício do livre arbítrio, sendo essa mesma liberdade de acção uma consequência e uma possibilidade propiciada por aquele mesmo livre arbítrio, é-lhe própria uma força de intervenção no real, uma vontade que se exerce, que se actualiza, que se materializa. Mesmo a liberdade de pensamento, como bem referia o Código de Seabra, só tem relevância quando se externaliza. Só a comunicação do pensamento é relevante perante os Homens. Pelo menos enquanto não for criada no mundo real a “crimideia” orwelliana... possível pelo científico (ou não) perscrutar dos pensamentos, que Seabra diz só serem escrutinados por Deus.

Como vimos, então, a liberdade exterior (que pode ser diversa: de qualidades pessoal, intersubjectiva, cívica ou política, pelo menos) é exercício de uma vontade (de um conjunto de vontades) suficientemente informada e decorrendo de uma avaliação sobre os seus riscos e possibilidades e implicações. Daí que quando frequentemente se afirma que o limite da liberdade de  $x$  é o da de  $y$ , que com este confina, está a fazer-se uma simples (simplista) mas razoável imagem do que se passa.

O grande problema é se  $x$  e  $y$  respeitam mesmo os seus limites razoáveis, que não são definidos pela elasticidade própria das suas concepções individuais sobre a liberdade que é o seu, de cada um. Se  $x$  exorbita da sua liberdade, não é por isso que a liberdade de  $y$  pára nos limites que  $x$  lhe deixa. Pior ainda se  $x$  é titular ou detentor de facto de algum poder, ainda que microscópico, e  $y$  um simples cidadão. Se  $x$  não usa a sua liberdade, nem por isso a de  $y$  pode expandir-se até comprimir a que um dia o outro poderia usar... Por isso, estas tordesilhas formais voltam a não dizer nada sobre o conteúdo, que determina os verdadeiros, substanciais limites da liberdade.

---

Barcelona, ano VIII, n.º 8, 2005 e “As Duas Justiças – Justiça Moral e Política vs. Justiça Jurídica (A partir do Comentário de Tomás de Aquino ao Livro V da Ética a Nicómaco de Aristóteles)”, in *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 43-70, max. 57 ss.

## 1.2 Da liberdade e suas irmãs

A liberdade, é claro, está em situação. E desde logo, valor que é, não pode deixar de se relacionar, em “triangulação”, com outros dois valores que a complementam, modelam e dela recebem luz, fundamento, e limite também. Além de que, paradoxalmente, os três valores funcionam simultaneamente como catalizadores e elementos de expansão ou potenciação uns dos outros.

O primeiro valor a ter de articular-se com a liberdade é a igualdade.

O segundo pode chamar-se de muitos modos, segundo as perspectivas por que é encarado, e constitui uma espécie de Espírito Santo desta Trindade conceptual: Justiça, Solidariedade ou Fraternidade são normalmente as expressões que se lhe atribuem.

Não curando, de momento, de indagar qual dos três elementos poderia ser o mais adequado (e em que circunstâncias) para ser elevado a terceiro membro desta tríade sagrada, o certo é que toda a liberdade tem que ser solidária, justa, e, no limite (na sua máxima expansão), fraterna.

Do mesmo modo que todas elas, e aliás já também a igualdade, têm de assentar no princípio da liberdade.

As antinomias ou conflitos entre as três, ou entre duas delas, não podem ser resolvidas, como alguns pretendem, de forma ideológica. Para alguns, se sarificássemos a igualdade à liberdade, seríamos liberais, se fizéssemos o contrário, socialistas. Nem a liberdade é só liberal, nem a igualdade só socialista. Nem é necessário, nem conveniente, sacrificar uma a outra. As colisões podem resolver-se com ponderação, com cedências mútuas, ou, para utilizar um conceito e princípio constitucional muito pertinente no caso, pela concordância prática, não tocando o círculo essencial (ou mínimo), o reduto de cada uma. Assim se conseguirá harmonizar, na prática, essa tríade essencial. Tríade, curiosamente, de “geometria variável”. Porque, desde logo, como se sabe, tudo decorre do lema da Revolução Francesa, o qual ainda não era trino, mas dual com uma alternativa (“*Liberté, Égalité, ou la Mort*”) ao contrário do que se diz. Só a Revolução de 1848 é que proclamaria a tríade que se celebrou: *Liberté, égalité, fraternité*<sup>7</sup>.

## 1.3 Liberdade e direito

O Direito deve ser reino de liberdade, externalizando, pela positivação, os limites internos da liberdade comuns ou generalizáveis, que são princípios éticos, ou afins, e a que alguns deram o nome de Direito Natural, sendo hoje mais comum apreciá-los à luz da Ideia de Direito ou de Justiça. Com efeito, o Direito, na sua dimensão de *scientia iuridica*, não foge à regra da evolução das

<sup>7</sup> Sobre a tríade em causa, cf. o nosso *Mysteria Iuris. Raízes Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português*. Porto: Legis, 1999.

*epistemai*, que, conforme nos parece decorrer da teorização de Thomas Kuhn<sup>8</sup>, e, em Direito Penal mais especificamente, de Wilfried Hassemer<sup>9</sup>, procedem evolutivamente de forma sedimentar, estratificada, e não dialéctica, mudando de paradigma. O que permite, aliás, o retorno de paradigmas e a eterna quere-la entre paradigmas idênticos em Filosofia. Todas as Filosofias são de todos os tempos, dizia Michel Villey: porque aí se esquecem menos os paradigmas, que, pela sua própria natureza, não podem facilmente ser ultrapassados, como nas ciências naturais, por dados empíricos refutadores.

Seja como for, o Direito, ao conformar-se com essa realidade superior (Justiça, Direito Natural, Natureza das Coisas, Ideia de Direito, etc.), está a criar regras não de limitação de liberdade, mas condições de exercício da liberdade.

Sucedem naturalmente que muitas vezes o direito não é direito justo. Nesse caso, podemos optar, como Tomás de Aquino por dizer que a lei desse direito injusto nem sequer é lei (*lex iniusta non est lex*), ou enveredar por vários caminhos intermédios, que, contudo, não pactuem com um “branqueamento” da injustiça sob forma legal. Ou seja: nem todo o direito é justo, e, no nosso caso específico, nem todo o direito promove a liberdade. Quando isso acontece, realmente, não é verdadeiro Direito, mas mera legislação ou outra fonte de direito, e contaminada, porém. Água turva e não cristalina. O Direito só mana da fonte castálca da mais pura juridicidade, que tem uma componente de eticidade fundamental, sem se confundir, contudo, com uma “moral” armada, o que seria a sua própria negação, enquanto entidade autónoma, e em que a autonomia é um elemento de valor, marcante e substancial.

Se o Direito é, em regra, amigo da Liberdade, a legislação, o poder, a regulamentação, o acto da Administração são, muitas vezes, entaves, peias, abusos, que cerceiam ou até abafam a liberdade exterior, em nome até, por vezes, de outras ideias de liberdade (é raro qualquer poder afirmar-se contundentemente contra a liberdade; simplesmente a ideia de liberdade dos poderes muitas vezes é a da obediência ao que determinam...). Mas nem por isso deve a Liberdade deixar de ser amiga do Direito e da Política. Sem Direito justo e sem boa Política, ficaria ela em estado livre, sem instituições em que se corporizar. E a Liberdade, pelo menos no nosso estádio de desenvolvimento humano, necessita de instituições que a efectivem, que a acarinhem, que a consubstanciem.

## 2 DA MORAL

### 2.1 Reacções à “imoralidade”

#### 2.1.1 A repugnância ao imoral e ritualismos afin

A acção considerada imoral provoca no portador de uma moral que assim a considera (que a cataloga como tal) um choque, uma repugnância. É

<sup>8</sup> KUHN, Thomas S. — *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1962.

<sup>9</sup> HASSEMER, Winfried — *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra, seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, trad. port. Lisboa: AAFDL, 1995.

sabido. Mas há mais que isso. Existem imoralidades catalogadas por cada moral, e quase um código de comentário entre as pessoas que partilham dessa moral, relativamente à forma de condenação: “Assim vai o mundo”, *o tempora, o mores*, etc., com desinências particulares para cada caso de imoralidade em concreto. Mesmo o semblante com que se deplora o acto considerado imoral é tipificado: umas vezes há um esgar de repulsa, quase de medo da contaminação, outras de mortificada maceração da alma, outras de indignação retórica, etc.

É interessante a análise sociológica não só dos actos que são considerados imorais numas e noutras sociedades, numas e noutras épocas (e há alguma divergência e alguma coincidência), como também das reacções respectivas. Desde o horror de rasgar as vestes, ao encolher os ombros, com alguma resignação, e a certeza de que se é o último abencerragem num mundo irremediavelmente mudado.

## 2.2 O espanto ante a “imoralidade”

Mas o mais interessante fenómeno na contemplação moral da imoralidade é outro, que não tem tiques de sociabilidade (que contudo se encontram na maioria dos casos em que se manifestam absolutamente interiorizados). O mais interessante ocorre quando a pessoa moral se espanta, verdadeiramente, com a imoralidade. Ou pelo facto de que não concebia sequer a possibilidade daquela vilania ou perversidade em concreto, ou pelo facto de que, teoricamente a admitindo, se produz um efeito de reconhecimento traumático. Há uma explosão emocional provocada pela descida do teoricamente conhecido ao real, fazendo-se presencialmente vivido. E então se se trata de uma imoralidade de que se é vítima, esse traumatismo pode ser emocionalmente fatal.

Estes factos colocam o relativismo moral em questão. Porque se diria que uma imoralidade capaz de tamanhas perturbações – não somente do ritual da crítica, ou até da mera maledicência – tem de ter raízes não numa convicção postíça ou relativa, mas, quiçá, até, numa lei moral interior comum a todos, ou na própria natureza humana.

Porém, este argumento não nos parece proceder. Somos capazes de nos comover com bagatelas, se temos uma forte convicção nesse sentido. A dimensão da comoção moral não é critério de validade das opções morais de que decorre. E contudo é sempre dramático assistir a um desses choques, e trágico vivê-los.

## 2.3 Pluralismo moral contemporâneo e filosofia moral

Daqui já podemos concluir que temos uma perspectiva de morais diversificadas, consoante as opções de grupos e de pessoas. Não é uma dissolução moral o que visamos: mas uma análise objectiva da realidade – a moral de A não é a de B, a moral do grupo X difere da do Y. Ora seria dogmatismo afirmar, em sede filosófica, que apenas é moral a atitude de A e não a de B, a

de Y e não a de X. Evidentemente que, para o grupo X é possível o grupo Y represente o cúmulo da imoralidade, e vice-versa. Ou que A considere B não um perfeito imoral, mas um analfabeto ou cego moral.

Nesse sentido, toda a imoralidade é uma forma de moralidade, em perspectiva sociológica.

No sentido filosófico, também as várias morais (por vezes chamadas éticas), pretendendo embora chegar a um olimpo intocável de validade universal, não se convencem ou convertem mutuamente, pelo que, embora a outro nível, são ainda éticas conflitantes.

O que normalmente consideramos ética ou moral, em termos comuns ou correntes, não passa da normatividade de costumes e comportamentos nem essencialmente religiosos nem fundamentalmente jurídicos (de algum modo situando-se no meio, entre eles, com intersecções com ambos) que, ajudada pelas religiões e pelo Direito, se impõe numa sociedade ou grupo. Com a advento de sociedades pluralistas, em que o pensamento livre é ao menos possível fora do peso das instituições e da sua manifestação, e sobretudo com o advento das sociedades multiculturais, produz-se uma ruptura profunda de pertenças e crenças. Não cremos todos nas mesmas coisas, nem naquelas que reputamos mais essenciais e mais sagradas. Não temos todos a mesma moral. E cada grupo é, normalmente, portador dogmático da crença do seu grupo: étnico, religioso, linguístico, cultural, ideológico, etc., ou com misturas entre estes elementos.

É assim complexa, do ponto de vista jurídico e político, a legitimidade da imposição de uma moral dita dominante, ou que se pressupõe majoritária. E dizemos “pressupõe” porque, por comodidade, por vantagem, por cálculo, muitos parecem aderir às normas pretensamente vigentes, sem contudo as estimarem ou sequer cumprirem: num fenómeno conhecido de hipocrisia moral). Mas pode ser esta hipocrisia cuja dimensão não se sabe até onde chega a única forma de alguma convivência social. Porque, nesta matéria, é rara e muito difícil a convivência entre absolutos opostos, que mutuamente se excomungam. Nesse caso, a hipocrisia, que repugna moralmente, e repugna profundamente, poderia ser, afinal, esse útil tributo que o vício presta à virtude. Ou, no mínimo, a uma certa pacificação social superficial, escondendo tensões internas.

### 3 MORAL E ÉTICA

#### 3.1 Distinguir ou não distinguir moral de ética

Uma das primeiras associações que vem à memória quando se fala de moral é a que a junta e a faz dialogar com a expressão e conceito de “ética”.

Embora um Luc Ferry, no seu recente *Apprendre à vivre*<sup>10</sup>, considere os dois termos sinónimos, concorda que a partir da dualidade (que é apenas etimológica: *moral* latina e *ética* grega) alguns filósofos e pensadores puderam burilar uma conceptologia bifurcada. Instrumento que pode servir a alargar o leque de ideias sobre este vasto e complexo campo.

É o que faremos, de seguida, não seguindo, pois, a indistinção de Ferry. Embora saibamos que tem havido multidão (e contraditória) de sentidos para uma e outra das palavras, iremos optar por um sentido, que ganhará certamente alguma legitimidade em razão da etimologia, embora saibamos, e desde já advirtamos, para a relativa debilidade de um tal argumento.

### 3.2 Ética(s)

As éticas gregas derivam do *ethos*, maneira ou modo de ser. Onde decorre que se diga ainda hoje do “comportamento” de uma doença (sua forma de nos afligir) ser ela a sua etiologia. As éticas, assim mesmo, no plural, como se diz dever ser a boa tradução das de Aristóteles, a nicómaqueia e a *Eudemo*, dizem, descrevem, o que as pessoas são, como são, como se comportam. Constituem, afinal, caractereologias psico-axiológicas, referem-se a formas de comportamento, com valor ou desvalor. Não tendo, porém, numa primeira abordagem, um verdadeiro carácter normativo, mas sobretudo expositivo, descritivo. Não ensinam como os Homens devem comportar-se, mas dizem-nos como diferentes tipos ou grupo de homens se comportam.

Como sabemos, Aristóteles prescreve a virtude no meio, entre os vícios que são exageros, e descreve entretanto os vícios (e virtudes.) dos homens reais e concretos<sup>11</sup>.

### 3.3 Moral(is)

Moral, por seu turno, deriva de *mores*, os costumes, em Latim. *Boni mores*, os bons costumes, são pelo menos fonte histórica do Direito Romano. Nada de mais normativo, prescritivo, proibitivo ou impositivo (preceptivo). A moral não seria o comportamento humano, visto da perspectiva asséptica, “quase sociológica” (que heresia!) da ética, das éticas, mas uma direcção impondo-se à acção, regra de “bom viver”, viver recto, totalmente prescritiva, cheia de comandos de normatividade.

### 3.4 Da dicotomia entre morais e éticas

Cremos que esta dicotomia é útil.

<sup>10</sup> FERRY, Luc — *Apprendre à vivre. Traité de philosophie à l'usage des jeunes générations*, trad. port. de Véra Lucia dos Reis, *Aprender a Viver. Filosofia para os Novos Tempos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

<sup>11</sup> Cf., v.g., os nossos *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 49 ss. *et passim* e *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 141 ss.

As éticas estudam como os homens realmente são. As morais, múltiplas e conflitantes no nosso mundo cada vez mais agônico, e plural em cada sociedade concreta (pelo menos no “ocidente” multicultural), pretendem ditar como, pelas regras dos seus respectivos grupos, os indivíduos deverão comportar-se, deverão ser. E este carácter grupal e de pertença (*belonging*) é fundamental para se compreender a radicação de todas as morais: pois é cada vez mais difícil crer-se que possa haver uma vasta moral universal. Difícil, mas possível, de forma minimalista: sem dúvida apenas algumas regras de convivência racional entre a multiplicidade de pontos de vista, legados e vivências. Obviamente que não se pode tirar a bissetriz entre o fariseu rigorista e o libertino laxista. Não é de média ou de composição que se trata, mas de bom senso superior e superador de exageros, que jamais se encontrarão a meio caminho, porque tal será renegarem-se.

Se os indivíduos arregimentados em sociedades fechadas gerais (países totalitários, teocráticos, etc.) ou em grupos sociais, económicos, políticos, religiosos, culturais ou outros igualmente fechados podem ter uma moral muito claramente definida *a priori*, porque imposta ou passivamente aceite, já os pensadores livres, mesmo quando inseridos, pelas circunstâncias, em grupos mais ou menos rígidos, têm a irremediável tendência para problematizarem os elementos não racionais dos comportamentos do seu grupo. E neles se encontram frequentemente os dogmas morais.

Blaise Pascal não deixou de ser espírito profundamente piedoso e rigorista moral, mas, enquanto filósofo, teve de se escandalizar com essa realidade ao mesmo tempo desconcertante e libertadora que é o de algo ser verdade para lá dos Pirenéus e mentira do lado de cá, ou vice versa. E com uma justiça que é contida ou dividida por um riacho... Pode ser que Pascal se tivesse até chocado com essa mutabilidade da moral e do direito. Mas o reconheceu-la é já um princípio muito relevante.

#### 4 A CIRCUNSTÂNCIA DOS INTELLECTUAIS

Grande parte dos pensadores livres, sabêmo-lo, não o são, normalmente, senão até um certo ponto. Voltaire ainda não se insurgia contra o tráfico de escravos, e, ao mesmo tempo, muitos ainda condenam asperamente Aristóteles, tantos séculos antes dele, por admitir uma escravatura natural (de alma, de espírito, de natureza afinal), posto que tenha por testamento libertado os seus escravos, e, segundo alguns, até casado para evitar a servidão da futura esposa... Nem esqueçamos, a este propósito, a evocação de Agostinho da Silva: [...] Quantos homens terão passado na vida, com as almas preparadas para as mais belas aventuras, e não tiveram quem os despertasse, quem fizesse ressoar, nos peitos vagamente ansiosos, as primeiras notas dos cantos celestes e divinos. Como o justificam os deuses? Diotima, Diotima, porque há homens que são escravos na alma? [...]<sup>12</sup>

<sup>12</sup> SILVA, Agostinho da. *Conversação com Diotima, Famalicão, s.e., 1944, pp. 16-1.*



Cada um pouco pode ultrapassar as luzes do seu tempo. Por isso é que Montesquieu aconselhava a não seguirmos muito a moda (ou os ares do nosso tempo, mormente em matéria de preconceitos), nem a totalmente nos afastarmos dela<sup>13</sup>... O corte radical com o *statu quo* é totalmente incompreendido pelos nossos contemporâneos. Mesmo quem segue na excelência os clássicos, e se conforma com as normas, na sua recta interpretação, experimenta não raro malefícios da sua virtude, e incompreensão. A massa exige uma incoerência total, e chega a louvar como coerência o que de forma alguma o é – típico comportamento do carácter desmemoriado do nosso tempo. Desmemoriado face ao passado digno de memória, e ao passado recente. Vivendo num eterno presente, de fruição e sensação, sem perspectiva. Nisso se aproximando muito da animalidade.

Mas provavelmente tal será um severo julgamento dos contemporâneos. É muito plausível que sempre tenha assim ocorrido. O que sucede, certamente, é que um conjunto de progressos exteriores, tanto de civilização material, como de escolaridade, como de expansão de direitos, nos faz presumir que o alargamento democrático e demofílico do nosso tempo corresponde a liberdade interior e a responsabilidade concomitante. Mas é uma enorme ilusão de óptica.

Por exemplo, entre os que afirmam que os livros vão desaparecer, e os que optimisticamente crêem na sua expansão, em progressão análoga à da escolaridade (e ao aumento do seu número de anos obrigatórios), estamos no meio. Certamente os livros não irão desaparecer. Mas os dados dos últimos séculos não nos permitem afirmar um crescimento tão forte do consumo efectivo (leitura e assimilação) de livros (falamos de livros de ideias e de arte, não de subprodutos) como o esforço enormíssimo de escolaridade. Assim como, infelizmente, a escolaridade se tem traduzido cada vez mais por degradação e depreciação do valor dos diplomas. Coisa que o senso comum já verifica. E deprecia até o trabalho abnegado de tantos professores, que tentam tapar o dique com débeis dedos, os quais não merecem ser metidos no grande saco da improdutividade, desperdício e até fraude na educação, em vários países.

Além de haver uma tendência para a negação sem complexos da sociedade do saber, jamais posta em causa, antes, nem pelos mais extremistas dos revolucionários, também sem complexos se apresentam estratégias de defraudar ou, pelo menos, contornar os cânones dessa sociedade. Sempre houve resumos e fraudes em exames. Mas eram formas envergonhadas. Agora, perdeu-se a vergonha. Aliás, a afirmação dos anti-valores ou dos vícios é muito comum: na verdade, o que se passa para alguém que se afirme seu possuidor ou praticante? Alguns até não o tomarão ainda a sério, tomando-o apenas por um *épatéur*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> “Il faut bien connaître les préjugés de son siècle, afin de ne les choquer pas trop, ni trop les suivre” (MONTESQUIEU. *Mes Pensées*).

<sup>14</sup> Interessantes obras, logo pelos títulos provocadores, são, v.g.: BAYARD, Pierre. *Comment parler des livres que l'on n'a pas lus?* Paris: Minuit, 2007, trad. port. de Rejane Janowitz, *Como Falar dos Livros que Não Lemos?* Rio de Janeiro: Objetiva, 2007; PRACONTAL, Michel de. *L'Imposture Scientifique en dix Leçons*. Paris: La Découverte, 1986; ANDRESKI, Stanislaw. *Social sciences as sorcery*. Londres: André Deutsch, 1972.

Se no futuro não houver perseguição inquisitorial ao saber em larga escala (o que não está nada garantido que não venha a ocorrer, tantos e tão diligentes se revelam esses “filhos das trevas” da ignorância e da sufocação do saber, que sempre se cuidam “filhos da luz”, iluminados), e se os poderes económicos não asfixiarem totalmente a publicação de livros interessantes, cedendo à ganância de publicar apenas o consumível pela “mulher inculca de menos de 50 anos” (para recordar um título de Bernard Pivot<sup>15</sup>), e se a escola não imbecilizar totalmente os estudantes, ocupando-os, como já os ocupa, em coisas desinteressantes e nada culturais (nunca vimos, como hoje, tantos estudantes detestarem a escola nos seus diversos níveis), é de prever que continue a subsistir um núcleo de leitores proporcional ao que existiu no máximo de expansão da imprensa, não proporcional ao número de habitantes do planeta, ou sequer de habitantes teoricamente alfabetizados (muitos deles sofrendo da mais profunda iletracia).

Ser letrado, intelectual, será ainda por muito tempo uma categoria à parte, e sempre uma responsabilidade. Não de pastoreio ou paternalismo, mas de inquietação, de testemunho do que se pensa ser verdade. E se vier a ocorrer um significativo aumento da “massa crítica” intelectual, tanto melhor. Infelizmente, a massificação tem produzido, e cada vez mais produz, pseudo-intelectuais, com formações muito deficientes. Alguns, com verdadeiros pés de barro: na ortografia, na pontuação, na redacção, na cosmovisão, e com lacunas de cultura geral gritantes, que os levam a não poder compreender o enquadramento e o sentido sequer das minudências que estudam, mesmo quando (e isso é mais grave ainda) se dedicam à Filosofia, às Humanidades, às Ciências Sociais, e ao Direito. Conhecendo as coisas por metades (e menos que isso), educados na competitividade imediatista, sem tempo e sem prazer no que fazem, são um perigo em acção. Desde logo, pela falta de compreensão das regras do jogo intelectual: incapazes de saber interpretar, citar, agradecer, ou detectar uma ironia ou fazer ou reconhecer o humor. Estas faltas num jurista são então fatais. E não é toda esta questão alheia à moralidade contemporânea. Porque quando a intelectualidade fica privada ou diminuída nos seus instrumentos próprios – como os *supra* referidos, *inter alia* – deixa de ter sentido crítico para dialogar sobre a Moral. E fica refém de moralidades sem razão, ditadas por dogmatismos.

Há anos, falavam os veros intelectuais do *stupid scientist*. Mas essa categoria expandiu-se... Um grande cientista das ciências exactas ou naturais, que não tenha tido tempo nem vocação para indagações filosóficas mais profundas, já é indesculpável. Quando ganhar o seu Nobel e lhe perguntarem algo sobre política, poderá admitir-se-lhe uma ignorância ingénua? Imagine-se o que dizer de um cientista social ou de um jurista que apenas pensem no estreito e escuro umbigo da sua especialidade respectiva. Que moral poderão ter? Naturalmente, serão tentados ou a um relativismo total, resolvendo quiçá os seus problemas morais concretos em navegação de cabotagem, numa casuística sempre complexa e

<sup>15</sup> PIVOT, Bernard. *Remontrance à la ménagère de moins de 50 ans*. Paris: Plon, 1998.

muitas vezes contraditória, ou então – e suspeitamos que seja esta a situação mais corrente – limitar-se-ão, por atavismo e comodidade a aderir àquela moral que lhes estiver mais perto, ou que houver sido junto de si mais persuasiva ou militante. Prescindindo do sentido crítico, que seria a sua obrigação enquanto trabalhadores da cultura que o devem ser igualmente do espírito.

## 5 PARA UMA MORAL CONTEMPORÂNEA

### 5.1 Problemas de um moral taxativa, escrupulosa e rigorista

Ora perguntar-se-nos qual, *hic et nunc*, a Moral correcta, conveniente, útil, ou sábia, justa, certa... A questão é muito complexa, se ainda faz sentido face ao constatado pluralismo e guerra de morais.

As respostas a esta questão, que atira para o terreno do absoluto (escorregadio e etéreo a um tempo), fogem-lhe, enredam, facilitam ou complicam, mas acertam ao lado. Caem no vago ou no prospectivo (há um livro de *Ensaio de Moral Prospectiva* de Fourastié<sup>16</sup>, mas essa é outra questão: porque se trata, no caso, de uma moral claramente inspirada confessionalmente), ou então – pelo menos no nosso quadrante civilizacional-cultural – em variantes, actualizações ou recuperações da dita moral “judaico-cristã”, por uns tida como fruto de todos os nossos traumas, totens e tabus, e para outros único caminho de salvação.

E estamos cientes de que o importante nesta questão não é inovar, mas encontrar a resposta menos inadequada.

Também nós não iremos responder positivamente. Tal como o Direito Natural se torna em sua caricatura quando se vê transformado num novo decálogo (e até o romanista Álvaro D’Ors parece ter pretendido uma identificação entre este e aquele, numa hipostasiação do papel dos deveres<sup>17</sup>), assim também a moral rigidifica e se dogmatiza quando se positiva em demasia – ao ponto de se contradizer no seu objectivo axiológico, valorativo. Ora os valores apontam para o alto, para a superação, não para a rotina e o envilecimento. Por isso é que um código de conduta, de “ética”, de moral, de deontologia, etc. é, em grande medida, o que se diz proverbialmente do próprio Código Penal: uma “magna carta do criminoso”, neste caso da moral, do infractor imoral. Diziam os antigos, recordemo-lo sempre: “Pensada lei, pensada malícia”.

E a taxatividade ou *numerus clausus* de um código, jurídico ou moral, é ao mesmo tempo uma fundamental e irrecusável e irreversível (assim o esperemos,

<sup>16</sup> FOURASTIÉ, Jean. *Essais de Morale Prospective. Vers une Nouvelle Morale*. Paris: Editions Gonthier, 1967, trad port. *Para uma Moral Prospectiva*. Lisboa: Moraes, 1968.

<sup>17</sup> D’ORS, Álvaro. *Nueva Introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas, p. 29 ss., et passim; Idem – *Derecho y Sentido Común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Madrid: Civitas, 1995.

pelo menos) garantia do cidadão comum contra os abusos de poderes sempre a um passo de os cometer (“todo o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente”). Este *numerus clausus*, que no domínio penal se especifica pelos princípios do *nullum crimen... nulla poena... etc.*, é um bastião de defesa de um nível de civilização de que não podemos prescindir sem nos envilecermos. Se, ao mesmo tempo, evidentemente, ele é também uma pista clara e distinta para o potencial inimigo do bom e do equo, do correcto, arquitectar como poderá agir mal sem pisar o risco, isso deve preocupar-nos apenas até um certo ponto. Quem se preocupa muito com as malhar largas da lei e vive obecegado com os criminosos à solta (embora eles agora comecem a ser preocupantes, em alguns países) esquece que ela as tem também muito apertadas, noutros casos, e que mesmo um Al Capone pôde ser apanhado por questões fiscais, e não por crimes de sangue... A diferença, que é também moral, está aqui: é preferível, na leva do rigorismo e do *law and order*, condenar inocentes e apanhar mais culpados, ou deixar passar pelas malhas da lei um ou outro culpado, mas com a garantia de que dificilmente se condenará um inocente? Pertencemos ao segundo grupo.

Porém não se trata, aqui, de propor uma moral intuitiva, impressionista, aproximativa, e, no limite, naturalmente laxista. O que visamos é advertir para que a taxatividade de um rigorismo excessivo, de *dura lex, sed lex*, na codificação moral, é perigosa, e presta-se a subversões. E a sua projecção jurídica pode tornar uma sociedade numa imensa prisão.

O exemplo do mordomo que subtraía todo o oiro, e nada mais que o oiro depois da morte do seu amo, deixando até de lado pedras preciosas (presente num conto do padre Brown, de Chesterton<sup>18</sup>) é a acabada ilustração da chamada consciência escrupulosa, que perverte o sentido das prescrições (e dos juramentos, contratos, etc.). Que sucedera para o mordomo assim se comportar? O senhor tinha-lhe prometido deixar *post mortem* todo o oiro. E assim, *ubi rem mea invenio, ibi vindico*, o servidor cuidou de buscar o que cuidou ser seu, com total rigor.

## 5.2 Uma moral convivente, e seus limites

Um exemplo de ambiente muçulmano nos sirva agora de ilustração.

Vários representantes de diferentes comunidades sob jurisdição muçulmana teriam miticamente ido procurar um juiz (*cadí*) acusando-se reciprocamente de imoralidade, por desrespeito pelos mortos. Os que os inumavam consideravam repugante os que os expunham no alto das montanhas ou nos desertos, pasto dos animais, e vice-versa. Os que os

<sup>18</sup> CHESTERTON, G. K. – *The Honour of Israel Gow*.

cremavam, consideravam os outros bárbaros e desumanos, acreditando apenas na purificação pelo fogo. Os outros dois tremiam de pavor e repulsa por anteverem a possibilidade dos seus entes queridos serem reduzidos a cinzas. Cada grupo se considerava chocado e chocado de preconceito, claro, como vimos no início deste estudo.

O *cadi*, condescendente e multiculturalista já, escutou-os com atenção, e perguntou-lhes dos seus sentimentos para com os mortos. Todos os grupos protestaram eloquente e sinceramente a sua veneração pelos antepassados e pelos familiares passados, e de tal maneira, que, ao passo que cada um falava, os outros iam reconhecendo no outro elementos da sua própria sensibilidade. Por fim, quando todos se maravilhavam positivamente pelos sentimentos (afinal partilhados) dos seus inimigos da véspera, o juiz sintetizaria, afirmando que há muitas vias para honrar os mortos (várias “moradas” na Casa do Pai, como diz Santa Teresa de Ávila<sup>19</sup>), e que todos se deveriam respeitar nessas vias. E a repulsa que cada grupo sentia pela forma de proceder dos outros, deveria ser medida e advertência para se ajuizar de como a sua própria forma de agir poderia, por seu turno, por outros ser julgada.

Este mito é eloquente e transporta uma “moral da estória” de grande valia, que deveríamos aplicar em vários aspectos da nossa reflexão moral. Antes de atirmos a primeira pedra<sup>20</sup>, deveríamos indagar a razão deste ou daquele grupo, desta ou daquela pessoa se comportar assim. E hoje já não se trata de folclorismos ou etnografias morais. A diferença está ao nosso lado, na nossa vizinhança. Quem sabe se na nossa própria família, na nossa própria casa. Mais e mais se impõe primeiro a tolerância, e, depois, mais além, mais profundamente, um esforço e uma vivência da coexistência colaborante, da con-vivência.

Claro que, de novo, aqui se colocam os problemas da medida e limite da liberdade. A minha tolerância e a minha con-vivência não dependerão mecanicamente da do meu vizinho, mas ele também as modela. Um tolerante tolerará um intolerante, sem dúvida. Mas o seu grau de tolerância terá, humanamente, limites. Até pelo facto de que um intolerante tolerado é germe de intolerância geral. Tolerar ataques a valores essenciais da República, por exemplo, tolerar calúnia a figuras históricas fundantes (não, evidentemente, como veremos, simplesmente discordar de uma entronização oficial), tolerar ultraje gratuito a símbolos nacionais ou europeus (no nosso caso), tolerar propaganda fascista, nazi, racista, xenófoba, obscurantista em geral, homofóbica, pedófila, pela violência, pelo ódio, etc., tem um pano de fundo de liberdade de expressão, mas a própria Constituição da República Portuguesa traça limites a essa tolerância. Se Lenine restringia muito, Rosa Luxemburgo abria demais estes limites. Aquele advogava nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade. E viu-se a escassa ou nula liberdade que os seus seguidores, a começar

<sup>19</sup> ÁVILA, Santa Teresa de. *Moradas*. trad., introd. e notas de Manuel de Lucena. Lisboa: Assírio & Alvim, 1988.

<sup>20</sup> Jo. VIII, 7.

por Estaline, implantaram na URSS. Esta, mártir da revolução spartaquista, defendia que a liberdade é sempre a liberdade de dissentir. Mas dissentir até que ponto? Não há na necessidade de respeitar as regras do jogo democrático um necessário limite implícito? Também a liberdade de expressão não pode permitir a calúnia, e também a pretexto da calúnia se não pode matar (até pela dissuasão) a liberdade de expressão. Basta que um grupo ou uma pessoa com posses se proponha litigar sentindo-se atacado (ainda que o não seja) para um jornalista, um escritor, um artista, sucessivamente processado, se não tiver meios financeiros e uma grande presença de espírito, desista de um certo tipo de actuação, que desagrada... Não é necessária a condenação. Basta a ameaça da mesma, que constitui o simples processo. Sobretudo para as pessoas de bem, o mero processo é já uma desonra, uma calamidade, um infortúnio, e uma fonte interminável de sobressalto. Sobretudo quando a comunicação social faz eco de sentenças ou decisões judiciais que podem não ser consideradas céleres ou justas pela opinião comum. Quer dizer, quanto mais há desconfiância na expectativa de obter a absolvição, mais o justo processado é já punido antes de o ser. E a absolvição virá tarde, e quando já danos, nomeadamente psicológicos, irreparáveis ocorreram. Pelo contrário, os processos não perturbam nada os que vivem na contramão da Lei. Em certa medida parece até deleitarem-se com a sua demora e com os requisitos de garantias que lhes são tributados.

### 5.3 Moral subtil e profunda, essencial

Haveria de traduzir-se a moralidade em fórmulas que fossem ao fundo (ou essência) comum dos Homens (a uma moralidade natural comum...), sem cuidar da superfície das coisas, das características adquiridas, transitórias e contextuais.

Só com fórmulas muito subtis e com cláusulas gerais, conceitos indeterminados, ficções, presunções e afins se poderia admitir uma “codificação” moral, e, assim mesmo, temos a tentação de uma taxatividade de *nullum crimen sine legge*. Porque a insocialibilidade impositiva dos rigoristas é capaz de sempre deduzir as mais incríveis e imprudentes proibições e imposições. Em religião, há já o conceito de *religião insaciável*<sup>21</sup>, que é perfeitamente transponível para o

<sup>21</sup> Cf. o artigo do pensador católico LAUAND, Jean. *Religião e Liberdade – a “Revanche de Deus”, Neo-Maniqueísmo e Fanatismo Religioso*, in “Mirandum”, vol. XIV, [http://www.hottopos.com/mirand14/jean.htm#\\_ftn1](http://www.hottopos.com/mirand14/jean.htm#_ftn1). O conceito de “catolicismo insaciável” (cunhado pelo também filósofo católico MARIAS, Julian. «Dios y el César», escrito em 1952 e censurado pelo franquismo, hoje in *Sobre el Cristianismo*: Barcelona: Planeta, 1998, p. 51 ss. fica assim consideravelmente enriquecido. Qualquer religião (como qualquer “-ismo”) pode resvalar para a insaciabilidade... E o pior é que os seus adeptos crêem que essa insaciabilidade é que é a comunhão directa com o “Divino” (o “Bem”, a “História”, a “Verdade”, conforme o tipo de crença)... E, por vezes, que tal unção justifica uma militância desabrida, e nem sempre ética, aos olhos de um observador razoável. Pudera! Pois se é uma ética de “santos”, escolhidos, “militantes”, etc.? A aproximação do fenómeno religioso com o fenómeno político também sectário, extremista e fanatizado, de qualquer dos extremos do espectro político, é, assim, muito evidente. E não é raro a implícita e até explícita associação de credo ideológico-político e credo religioso, ao longo dos tempos, e mesmo no nosso. O referido

domínio da moral, e, com efeito, é-o na prática, pela via da enorme influência que certos credos religiosos têm sobre a moral dos seus devotos.

Como se viu, quase esgotamos as principais fórmulas e técnicas normativas modernas como formas de moderar os ímpetus taxativistas – e é interessante notar que precisamente tais fórmulas e técnicas se opõem, no plano jurídico, à taxatividade dos velhos códigos, como o Código da Prússia, esse que enunciava a longa lista dos pertences de uma quinta, desde a cerca e o os cadeados, às alfaias, animais e edificações.

E contudo fica-se com a sensação de que esta mesma não taxatividade também é perigosa, porque ao não determinar concretamente o que é moral, e, sobretudo, o que é imoral, abre caminho a interpretações extensivas, que restrinjam a liberdade, e criem absurdos tabus. Há uma história tradicional indiana que bem espelha o tabu. É de origem religiosa, mas também há tabus éticos, e até de convivência social corrente. Assim a expusemos já:

“Tendo-se ausentado da sua modesta cabana por trinta anos, mas consentido que nela ficasse seu discípulo, Chelababa, o guru está de volta. Ninguém o reconhece e já não reconhece o local. Em torno do eremitério, uma feira quinzenal de gatos. Porquê? Naquelas paragens, a meditação tem de fazer-se com um gato amarrado a um pilar: tal teria sido o “seu” ensinamento. Visitando o seu discípulo, tudo se faz claro: o pobre ingénuo, vendo que em tempos ele tivera um gato, e o prendera a um pilar (apenas para ficar sossegado), concluíra tolamente que o requisito prévio da meditação seria ter um gato, amarrado a um pilar. Apesar de não saber interpretar os sinais, Chelababa era sincero. E quando pediu para partir com o mestre, este assentiu, com uma condição: a de revelar aos crentes que a era da meditação com gato, e amarrado, tinha passado. Doravante bastava o Homem só consigo mesmo.”<sup>22</sup>

A linguagem dos símbolos, dos mitos, da lenda, da literatura, é ainda mais complexa e pode mais ainda enfermar da falta de objectividade. Embora seja uma enorme tentação, desde logo no plano estético, enveredar por uma moral simbólica, explicada com símbolos. Seja plasmada em símbolos plásticos (à imagem, mas superando, as bíblias de pedra medievais), seja em símbolos literários e afins (cinematográficos ou teatrais, desde logo).

---

estudo de Jean Lauand cita, significativamente, o bispo tradicionalista D. Marcel Lefebvre na sua discordância com a liberdade do Vaticano II: “É possível aceitar o Concílio, quando em nome do concílio dizeis que é preciso destruir todos os Estados católicos? Que não precisamos mais do Estado católico, logo não mais Estados onde reine Nosso Senhor Jesus Cristo? Não, não é mais possível (...). Vede a imagem da República Argentina. Em que estado se encontrava, ainda há dois meses, uma anarquia completa... Agora [após o golpe do ditador Gal. Videla, nota nossa], tem um governo de ordem que possui princípios, autoridade (...) Eis o reino de Nosso Senhor Jesus Cristo que nós queremos”. Mons. Lefebvre “Homilia em Lille, 29-8-76” in CHALET, Jean-Anne *Monseigneur Lefebvre, o Bispo Rebelde*. São Paulo: 1977, p. 161 ss.

<sup>22</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Comunicação & Direito. Semiótica, Literatura e Norma*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 99.

Há sempre a tentação de positivar as coisas normativas.

Como, então, proceder, para salvaguardar alguma flexibilidade, e salvar o essencial, *rectius*: ir directamente ao essencial, ao mais profundo?

5.4 Princípios e normas morais, de novo...

As grandes regras podem estar contidas em algumas fórmulas conhecidas:

Desde logo, a fórmula cristã: “Não faças aos outros o que não querias que te fizessem a ti”, e a sua inversa, mais positiva, “Faz aos outros o que gostarias que te fizessem”. Ou as máximas kantianas: “Age de tal modo que a máxima de tua acção possa sempre valer como princípio universal de conduta (...) age sempre de tal modo que trates a Humanidade, tanto na tua pessoa como na do outro, como fim e não apenas como meio”<sup>23</sup>.

É claro que qualquer das fórmulas pode suscitar muitas objecções, porque a capacidade individual de encontrar o bem para si (e consequentemente para os outros) é muito falível e escassa, e dado que a capacidade de considerar máximas universais de conduta é também muito fruste. Como se poderá certamente aquilatar desde logo pela dificuldade deste mesmo ensaio...

Num e noutro dos casos se pressupõe e exige um espírito informado, esclarecido, e bem formado. É esse o problema principal do *homo moralis*: tem-se concebido o homem moral (a pessoa moral, se quisermos uma expressão menos antiga, se bem que, por estas paragens da *theoria*, ninguém se deva chocar pelo uso de Homem pela Humanidade das Pessoas de ambos os géneros) como uma criatura bem comportada, que cumpre o que lhe mandam os que podem. Quando, pelo contrário, o homem moral é o que tem suficiente liberdade de espírito e rasgo de carácter para questionar, e para, por si próprio, procurar o Bem e fazê-lo. Sem imposições, e sem subserviência.

Para o homem moral pré-humanista e pré-iluminista (e ainda para esse outro que derivou das Luzes de néon e não de fogo puro ñ homem ofuscado), o catálogo ou decálogo de prescrições e proibições chega. E ainda se cumprisse alguns desses regulamentos já poderia ser um começo. Curioso é que parece não conceber moralidade senão dentro desses parâmetros, e, ao mesmo tempo, não os cumpre efectivamente. Resta saber, contudo, se algumas dessas prescrições são efectivamente cumpríveis pelo comum dos mortais (não se fala em ascetas ou heróis, mártires ou santos, sábios ou místicos), ou se existem para causar eterno e amaríssimo sentimento de culpa nos necessariamente infractores... E a culpa é potenciadora de tensão, de morbidez, mas também de auto-flagelação, e, no limite, potencia a submissão institucional e política. Porque será que em alguns países, como os EUA, há tanta preocupação com a moralidade (designadamente de costumes) dos políticos, e em especial dos governantes? Será pelo facto de

<sup>23</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*, p. XVI.



uma sua hipotética (ou hipócrita) isuperioridade moral (e relembremos um título de Álvaro Cunhal) lhes dar legitimidade para pedir obediência? Ou será que se trata sobretudo de uma actualização da morte ritual do rei?

A restrição do homem moral na sua grelha apertada de fazer e não fazer, pensar e não pensar, dizer e não dizer, não podendo ficar aquém nem além dessa letra que mata, porque sem espírito na sua literalidade, corresponde, evidentemente, a uma menoridade moral. E a um positivismo normativista, também.

Para o novo Homem do *Was ist Aufklärung?*, de Kant (infelizmente não para muitos dos seus seguidores, ou pretensos seguidores, desde logo alguns positivistas jurídicos, dogmáticos e afins) trata-se de sair da menoridade e de pensar pela própria cabeça.

Não basta ter regras. Tem que se compreender que há uma regra de ouro acima das regras positivas e circunstanciais, tantas vezes ditadas por uma subjectividade feita pretensa objectividade, tantas vezes determinadas por circunstâncias concretas que se pretende elevar formal ou artificialmente a constantes, etc. E essa regra de ouro implica o dever de quebrar a norma positiva se a isso o obrigar uma convicção ou sentimento moral não subjectivo, mas que encarne valor ou virtude mais altos.

Mas é óbvio que esta ruptura é perigosa, e só pode permitir-se com todos os cuidados, porque pode resvalar para o mais lato subjectivismo.

## 6 MORAL, LIBERDADE, E JUSTIÇA

### 6.1 Direito e “mínimo ético”

O que sucede com a moral ocorre muito analogamente com o Direito. O Direito não é, de modo algum, uma moral armada, mas acaba por ser, no seu mais profundo ser, uma “secularização” de um mínimo denominador moral comum. Jamais faria sentido, no nosso estágio civilizacional, um Direito moralista, assim como um Direito religioso. Seria um regredir com consequências inimagináveis. Lembremo-nos sempre da máxima dos Romanos: *non omne quod licet honestum est*. O Direito não é polícia moral. Mas é inconcebível um Direito imoral, no sentido de contrário não à moral “dominante”, mas à moral natural ou comum, ao “mínimo ético”, se preferirmos.

O domínio penal é então uma sensitiva fulcral desta questão da autonomia e do não moralismo do Direito, a par da sua necessária eticidade consensual, dentro de um consenso progressivo. Na verdade, não podemos escamotear, ao nosso nível de abordagem, que quando se fala em consenso e em normatividade concorde com o consenso, não se está a falar em consenso conciliador com franjas sociais retrógradas, sejam elas pseudo-elitistas

(normalmente sectárias ideológica e/ou religiosamente), sejam elas massas não aculturadas pela civilização contemporânea (normalmente em zonas mais periféricas ou recônditas, ou, de algum modo, vítimas de isolamento ou enquistamento, resistindo assim às mudanças).

No direito penal se vê como numa linha praticamente recta, a evolução das ideias morais dominantes: desde quando a superstição dominava, como no crime medieval de “benzer cães” a um sem número de crimes de lesa-majestade e de lesa-religião, até à humanização das penas, à sua dependência da culpa, à modificação dos conceitos de crimes “sexuais”, etc.<sup>24</sup>

Mas o direito penal vê essas matérias em panorâmica e na perspectiva da ultima ratio, no limite do sancionatório, pela mira da mais grave violação do “contrato social”. É óbvio que outros ramos, e desde logo, por exemplo, o direito constitucional, macroscopicamente, sobretudo, e o direito da família, microscopicamente, estariam aptos a prestar esclarecedores depoimentos sobre a evolução das mentalidades, com suas consequências jurídicas.

## 6.2 Justiça e lei natural

Voltemos à analogia estrutural entre moral e Direito.

O direito positivo, posto, criado pelos homens, não está imune ao trunfo anulador de um Direito mais alto: chame-se este natural, vital, racional, natureza das coisas, ou simplesmente Justiça.

Do mesmo modo que a Justiça arbitra (e julga a validade d’) as leis humanas, falíveis, contextuais, assim também uma lei moral essencial, tecnicamente conhecida nos domínios jurídicos e até teológicos, como “lei natural” (que habita no coração dos homens, de todos os homens, quer um São Paulo, quer um Jean-Jacques Rousseau<sup>25</sup>) está acima das pequenas regras (tantas vezes mesquinhas e ridículas, fora do seu contexto) de bom comportamento em cada aqui e agora.

<sup>24</sup> Sobre a contextualização e evolução histórica do direito penal, cf., entre nós, por todos, TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal. Análise Histórica. Sentido e Limites*, Separata do Número Especial do “Boletim da Faculdade de Direito”, Universidade de Coimbra, Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1983.

<sup>25</sup> Rom. II, 13-15: “(...) non enim auditores legis iusti sunt apud Deum sed factores legis iustificabuntur cum enim gentes quae legem non habent naturaliter quae legis sunt faciunt eiusmodi legem non habentes ipsi sibi sunt lex qui ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis testimonium reddente illis conscientia ipsorum et inter se invicem cogitationum accusantium aut etiam defendentium (...)”, *sublinhado nosso*; ROUSSEAU, Jean-Jacques — *Ecrits sur l’Abbé de Saint-Pierre*: “Si la loi naturelle n’était écrite que dans la raison humaine elle serait peu capable de diriger la plupart de nos actions, mais elle est encore gravée dans le cœur de l’homme en caractères ineffaçable et c’est là qu’elle lui parle plus fortement que tous les préceptes des Philosophes ; c’est là qu’elle lui crie qu’il ne lui est permis de sacrifier la vie de son semblable qu’à la conservation de la sienne, et qu’elle lui fait horreur de verser le sang humain sans colère, même quand il s’y voit obligé”. Também, em sentido idêntico, mas sem a metáfora do coração, v.g. já SENECA — *Cartas a Lucílio*: “Em nós habita um espírito santo que observa o bem e o mal”.

É impossível traduzir por palavras o que seja, em si mesma, a Justiça. Bem andaram os Romanos, grandes organizadores e criadores do Direito epistemologicamente autónomo, ao dela darem uma noção ao mesmo tempo formal, instrumental e dinâmica: como *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. Essa constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu não diz, desde logo, o que é o Direito, que vem a ser o *suum*, o seu, de cada qual.

Tratando-se de uma vontade, e para mais constante e perpétua, a Justiça não se materializa, e esse dinamismo e intangibilidade só lhe aproveitam. Qualquer definição dogmática de Justiça, não relacional e não insatisfeita (como é o caso: rementendo para o trans- e inter-temporal e para o infinito) estaria votada a esboroar o estado de graça da Justiça. Provavelmente uma das razões por que ainda todos almejamos Justiça será pelo facto de cada um colocar nela a coloração própria do seu sentimento a seu respeito, cada um projectar sobre ela o anelo das suas esperanças. Símbolo e ambiguidade são aqui essenciais para preservação do mito da Justiça. Um mito positivo, e essencial. Sem o qual, como diz Luis Alberto Warat para o Estado de Direito (que dela, hoje em dia, é componente), ele também considerado um mito, a barbárie seria ainda muito maior, o desrespeito pelas pessoas e os seus direitos muito mais abertamente perpetrado e quiçá até teoricamente defendido. Não esqueçamos que pseudo-intelectuais há dispostos a vender a alma e a mente, e sem dúvida alguma a pena, por um prato de lentilhas, ou até por um vão elogio.

### 6.3 Erupção do sentimento de justiça. acção justa compulsiva

Voltemos ainda às analogias. Como se poderia também delimitar a regra geral da moral senão de uma forma muito nebulosa, como, aliás, as fórmulas cristã e kantiana, já referidas?

E contudo há epifanias da Justiça. Uma delas é a erupção do sentimento de Justiça (ou de amor à Liberdade, etc.).

Sem ser definível por palavras, há um iniludível sentimento de Justiça, que brota nos momentos de injustiça como indignação e vontade de repor *o seu de seu dono*. Vontade por vezes indómita, força poderosíssima que parece arrastar o próprio protagonista. Por vezes para além de si mesmo, e até contra parte de si mesmo.

Há casos em que heróis da Liberdade, da Igualdade, da Fraternidade, ou da Solidariedade ou da Justiça confessam essa compulsão para agir. Muitos deles não se consideram heróis, nem sequer acreditam numa efectiva voluntariedade dos seus actos. Falam de uma inevitabilidade. E há ficções em que assistimos a pessoas que são espectros de si mesmos por não terem feito o que deviam ter feito no momento exacto. A ficção de *happy ending* normalmente propicia-lhes uma nova oportunidade para a si mesmos se excederem, normalmente morrendo como mártires. É o caso típico do protagonista do livro de Joseph Conrad, *Lord Jim* (adaptado em 1925 para o cinema por Victor Flemming, e em

1965 por Richard Brooks).

As míticas palavras de Martinho Lutero na Dieta de Worms (*v.g.* recordadas pelo épico filme de Eric Till, de 2003, interessante apesar das suas pontuais imprecisões históricas<sup>26</sup>) são também significativas: “*Hier stehe ich. Ich kann nicht anders. Gott helfe mir. Amen.*”. Parece haver imperativos morais que não podem ser afastados, e que aí o livre-arbítrio como que se comprime ao que alguns podem considerar “um destino”, ou “uma missão”. É um aspecto a ponderar. Talvez a psicologia possa vir a contribuir para a dilucidação deste mistério.

#### 6.4 A Revolta contra a injustiça sofrida

Analogamente ao referido, há um irreprimível escândalo (sensação de choque, a que se segue uma *santa ira* – como a de Jesus explusando os vendilhões do templo<sup>27</sup>) quando somos vítimas ou assistimos participadamente (quando nos toca e sensibiliza) a imoralidade realmente escandalosa: que pode ser injustiça, desigualdade, opressão, etc.

O sentimento mais naturalmente correspondente à visão da injustiça, iniquidade, sufocar da liberdade, etc., será talvez o mais forte, e é sem dúvida activo nas pessoas não acomodadas, não embotadas, não calculistas.

Já a consequência da visão da imoralidade que se não traduza imediatamente em injustiça, opressão e desigualdade sociais gerais (uma imoralidade mais “privada”, digamos) pode ser a repugnância, mesmo a fuga, o retiro, a busca de recolhimento e a necessidade de purificação, a inclinação compulsiva de escapar ao contágio do mal da imoralidade que, profundamente corruptor, parece por vezes pandémico. O Cardeal Richelieu, que bem conhecia (a começar por si) as fraquezas humanas, terá dito que “não pode haver inocentes onde quer que haja culpados”. E, efectivamente, em alguns casos em tribunal, de crime, sem dúvida, mas também muito de direito da família, parece assistirmos à comprovação de que ali não há inocentes, e que o processo é mais um instrumento para que cada um faça dos outros o seu inferno, e todos a cada um façam a vida num inferno, para retomar o *Huis Clos* de Sartre (1944).

Perante um pai que perde ao jogo o salário que deveria servir para sustento da família (e podemos adensar as cores falando em filhos menores e com fome), ou ante, de outro lado, os vencimentos chorudos e mordomias astronómicas dos detentores de algumas sinecuras ou chorudos ganhos sem causa ou com escasso mérito (fortunas mais privadas que públicas, diga-se, mas também, e à sua escala, algumas públicas, em certos países), enquanto outros, muito mais úteis socialmente, muito mais operosos e até inteligentes pessoalmente, e até eventualmente mais letrados e cultos (o desemprego dos professores, a começar pelos

<sup>26</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Luther\\_%282003\\_film%29](http://en.wikipedia.org/wiki/Luther_%282003_film%29)

<sup>27</sup> Mt. XXI, 12-13: “*et intravit Iesus in templum Dei et eiciebat omnes vendentes et ementes in templo et mensas nummulariorum et cathedras vendentium columbas evertit et dicit eis scriptum est domus mea domus orationis vocabitur vos autem fecistis eam speluncam latronum*”.

universitários, não o provará cabalmente, mas atesta-o tendencialmente), mal se levantam (ou nem se erguem mesmo) do liminar de sobrevivência, a primeira atitude é, certamente, de choque, de repulsa, de retiro. De nojo, que é luto. Luto em tristeza por uma sociedade escandalosa. Que provoca escândalo.

#### 6.5 Imoralidade distante e imoralidade próxima

Podemos relativamente bem com o conhecimento das desgraças imorais que nos estão longe. Os cataclismos na Birmânia e os tufões nas Caraíbas em si não são imorais, são naturais. A falta de assistência, o défice de solidariedade é que o podem ser.

Mas a nossa insensibilidade real manifesta-se em realidades distantes que se devem ora à mão do homem, ora à sua abstenção criminosa: a fome na África subsahariana (enquanto se não efectiva a ameaça de fome mais generalizada e sobretudo mais próxima), ou a guerra no Médio Oriente doem-nos pouco, apesar de tudo. Mas com as desventuras domésticas da nossa queirosiana Luisinha Carneiro, com essas damo-nos muito mal, essas perturbam-nos deveras. Que peso têm quase duzentos milhões de esfomeados na África negra comparados com a indigestão do primo do Pacheco?

Do mesmo modo, a nossa solidariedade teórica para com os povos oprimidos e explorados de todo o Mundo é por definição conformada, retórica no pior sentido do termo. Ela chega a confortar-nos e a lisonjear o nosso ego. Tal como parece haver uma cumplicidade tácita e inconsciente entre o polícia de choque que bate em nome de um governo que se contesta e o manifestante que é agredido e assim ganha a sua heroicidade num mundo conformista, como parece denunciar Slajov Zizik.

#### 6.6 O perigo da parificação (i)moral

E há, assim, perigos paradoxais, e perturbadores, como o perigo de que o Mundo político seja afinal um imenso logro e uma fenomenal anedota, com os que não querem que o inimigo morra porque de lhe dar luta se alimentam (como lembrava já Nietzsche), ou – no limite – com o chefe da polícia a acumular as funções de secreto chefe dos anarquistas, como em *O Homem que era Quinta-Feira*, de Chesterton. Alguma ficção alimenta essa teoria da conspiração, a que o quotidiano desinteressante das massas pode dar algum crédito, à falta de excitação da imaginação por meios mais construtivos.

A parificação de tudo e de todos é desertificadora da cidadania e da acção política moral, na medida em que, se são todos iguais, não há esperança, e apenas o oportunismo e a submissão pessoais podem ser formas de sobrevivência ou esperança de subida. O discurso conspirativo, assim como o discurso da calamidade da corrupção, vão assim levar água ao moinho do conformismo, do alheamento. Da imoralidade surda do cidadão que se pretende moral, mas nada faz contra os que, abertamente, pisam o risco. E, mais ainda, que nada

faz contra os que estão na política não por razões morais, mas meramente para dela tirarem benefício pessoal.

O problema é mais complexo ainda: será que o homem da rua que se queixa dos políticos seria, sendo político, muito melhor? E a necessidade de criar um escol de competência e de moralidade vem, assim, ainda mais ao de cima. E teria que ser as duas coisas – não bastando nem conhecimento profundo e culto das coisas da política (e seus instrumentos subsidiários, como a economia, que lhe é ancilar), nem sendo suficiente a verticalidade moral. Só conhecimento e moral unidos poderiam mudar as coisas.

#### 6.7 Pluralidade da realidade e da investigação moral

Sabe-se que há não só muitas hipocrisias e muitos embustes que nos levam a erros de juízo (sobretudo se acreditarmos em muitos dos *opinion makers* de vários tipos, esses que se votam à nobre tarefa de dizerem aos outros o que é bom e o que é mau: *ortodoxy is my doxy!*<sup>28</sup>) como ainda uma vasta gama de meios-tons morais.

A ética é precisamente uma vasta paleta de tipos. E as acções humanas também se podem dividir num imenso arco-íris.

E educação moral também deve passar pelos meios tons, e deter-se neles. Conhecer o que são atenuantes e agravantes, e umas que passam e parecem outras.

Exemplo elementatíssimos, mas filosoficamente não fáceis: Agir criminosamente ou imoralmente sob o efeito do álcool pode beneficiar de atenuante ou de agravante? E em que circunstâncias? A ingestão de álcool foi fortuita, sob pressão alheia (por exemplo, nas praxes a caloiros e queima das fitas, diz-se que é muito corrente esse tipo de práticas), ou por vontade própria, e até como forma de conseguir, pelo próprio, alguma libertação de peias morais (*in vino veritas*)?

Outros exemplos, muitos deles com similitude jurídica evidente: é preciso destrinçar o carácter objectivo da acção (a acção em si) e a sua fundamental dimensão subjectiva (determinante), desvalor da acção e desvalor do resultado, responsabilidade e culpa, culpa dolosa e simples negligência, etc. Aqui muito tem o moralista a ganhar com o estudo do Direito, e muito em especial com o estudo dessa filigrana mental, esse bordado conceitual de crime e castigo que é o Direito Penal. E vice-versa. Mas não é só a satisfação dada pela argúcia forma e intrínseca<sup>29</sup>, mas também a problemática substancial, intrínseca, que é,

<sup>28</sup> A expressão é atribuída a William Warburton (1698-1779), bispo de Gloucester, em resposta a Lord Sandwich, que o questionava sobre o sentido de “ortodoxia” e “heterodoxia”. E assim explicou, com rara sinceridade: “Orthodoxy, my Lord, is my doxy; heterodoxy is another man’s doxy.” Cf. PRIESTLEY, *Memoirs*, I, p. 572, *apud* BARTLETT, John (1820–1905). *Familiar Quotations*, 10. ed. 1919 (<http://209.10.134.179/100/pages/page1050.html>).

<sup>29</sup> Criticando essa formalidade, e visão do Direito Penal “para dentro”, *v.g.*, SCHMID, Richard – Prefácio a NEDELMANN, Carl/ THOSS, Peter/ BACIA, Hubert, *Kritik der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, p. 8 ss.

bviamente ético-jurídica<sup>30</sup> e criminológica<sup>31</sup>.

Ao abrir, em dedicatória, a sua *Minima Moralia*, Adorno teceu as seguintes considerações que acertam alvos como velozes e agudas setas:

“A melancólica ciência (...) refere-se a um domínio que, desde tempos imemoriais, se considerou peculiar à filosofia, mas que a partir da transformação desta em método caiu no desrespeito intelectual, na arbitrariedade sentenciosa e, por fim, no esquecimento: a doutrina da vida recta”<sup>32</sup>.

E seria interessante e instrutivo continuar a citação. Interessa-nos, porém, sublinhar um diagnóstico a muitos títulos certo, mas que se deveria alterar.

Algumas interrogações assomam, de imediato: Porquê chamar à Moral “melancólica”, e a que título a considerar “ciência”? Mas se ciência pode bem passar por sinónima de “estudo”, “disciplina”, ou *episteme*, sobretudo há que perguntar: porquê “melancólica”? A doutrina da vida recta terá, necessariamente, que ser melancólica, quicá pela nostalgia de um éden sem interditos? Mas onde existiu tal paraíso? Não será essa melancolia precisamente uma terrível maldição a que dar fim?

Desrespeito intelectual (e desonestidade intelectual) e arbitrariedade sentenciosa (e profecia professoral) são alguns dos grandes males das velhas teorizações, dos velhos sistemas morais. Na sua pompa (que esquece a sua circunstância) por vezes desfazem-se nos ares ao contacto com a mais leve brisa de ar fresco. Por isso tanto se clama por lufadas de ar fresco nos ambientes de bafio... E se algumas morais puderam ser identificadas com bolor ou mofo, outras não passam de bolas de sabão colorido. Por isso um pensamento mais crítico as levaria ao descrédito ou ao olvido.

#### 6.8 Da injustiça aos valores juspolíticos

Certamente que estaremos agora em condições para reflectir melhor sobre a constatação da injustiça. A imoralidade captamo-la talvez mais à flor do sentimento, na pele da emoção. A injustiça é indignação de coração e cabeça. Estas duas imoralidades são, ambas, injustiças. Pode até discutir-se se, numa moral limpa e moderna, não puritana e não laxista, haverá imoralidades em estado “puro”, sem injustiça ou sem mentira ou sem fealdade à mistura. Duvidamos muito que tal aconteça frequentemente.

Algum outro elemento se lhes acrescentará e, de entre todos, o mais normal será certamente a injustiça, seguido, a considerável distância, porém, da fealdade, do desvalor estético.

<sup>30</sup> Foram para nós um extraordinário rasgar de horizontes particularmente as obras de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1995; Idem *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Que lemos ainda na Licenciatura.

<sup>31</sup> Outro livro iluminador foi, para nós, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

<sup>32</sup> ADORNO, Theodor W. *Minima Moralia*. trad. port. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 7.

Então, se começámos por nos enojar (e vestir de luto e recolher), numa atitude de repúdio moral, logo depois de passado o choque e cumprido o distanciamento (espécie de quarentena), o correcto moralmente será apreciar o desvalor de justiça dos actos (positivos ou negativos, por acção ou omissão). Não olvidemos que a Justiça não é só um valor jurídico e político da maior relevância, verdadeiro “valor superior”, como é explicitamente encarada pela Constituição de Espanha, e implicitamente por várias outras. É também uma virtude moral, e disputa entre os filósofos com a *prudentia* a primazia entre todas as chamadas virtudes cardeais.

A injustiça também julga moralmente.

Se não artilhamos um catálogo de regras morais, que são na moral o que as pequeninas leis (de mera *legislação*, não de Justiça: de nível mais chão, talvez simplesmente “regulamentar” *lato sensu*) são no âmbito do Direito, é contudo possível traçar as grandes linhas do mundo moral possível, pelas suas mais determinantes categorias, apenas.

Assim, no plano objectivo brilham na moral os valores. Eles são múltiplos, mas, para o nosso presente estudo, importam os que se referem em especial ao Direito e à Política, ou seja, momentos (digamos assim, *brevitatis causa*: pois são mais que isso) em que Direito e Política cumprem uma função axiológica, quando se colocam ao serviço de entidades do espírito plenas. E temos vindo a sublinhar, na esteira da Constituição espanhola, já referida de passagem, que os valores políticos (com assento jurídico, constitucional: portanto magnamente jurídicos também) superiores são, aqui e agora, a Liberdade, a Igualdade e a Justiça. Não ainda a Fraternidade polarizada no programa mítico atribuído à Revolução Francesa, porque ainda não nos encontramos amadurecidos, enquanto civilização, para a tanto chegarmos. Posto que a Fraternidade já comece a ser até anelo jurídico, e até constitucional, com os estudos de Eligio Resta, e Carlos Ayres de Brito, por exemplo. E dela se aproxime o Direito altruísta, de Michele Carducci<sup>33</sup>.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. *Minima Moralia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

ANDRESKI, Stanislav. *Social sciences as sorcery*. Londres: André Deutsch, 1972.

Aristóteles: *Filosofia do Homem – Ética e Política*. in “*Revista Internacional d’Humanitats*”. ano VIII, n.º 8, Barcelona: 2005.

ÁVILA, Santa Teresa de. *Moradas*. Lisboa: Assírio & Alvim, 1988.

AYRES DE BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>33</sup> RESTA, Eligio — *Il Diritto Fraternal*, Roma / Bari, Laterza, 2002; AYRES DE BRITO, Carlos *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 216 ss.; CARDUCCI, Michele *Por um Direito Constitucional Altruísta*. trad. port. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.



- BAYARD, Pierre. *Comment parler des livres que l'on n'a pas lus?* Paris: Minuit, 2007.
- CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- CHALET, Jean-Anne. *Monseigneur Lefebvre, o Bispo Rebelde*. São Paulo: 1977.
- D'ORS, Álvaro. *Nueva Introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas, 1995.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Comunicação & Direito. Semiótica, Literatura e Norma*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. "As Duas Justiças – Justiça Moral e Política vs. Justiça Jurídica (A partir do Comentário de Tomás de Aquino ao Livro V da Ética a Nicômaco de Aristóteles)", in *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FERRY, Luc. *Apprendre à vivre. Traité de philosophie à l'usage des jeunes générations*. trad. port. de Vera Lucia dos Reis, Aprender a Viver: Filosofia para os Novos Tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FOURASTIÉ, Jean. *Essais de Morale Prospective: Vers une Nouvelle Morale*. Paris: Editions Gonthier, 1967.
- HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. A Segurança Pública no Estado de Direito*. trad. port. Lisboa: AAFDL, 1995.
- KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1962.
- LAUAND, Jean. *Filosofia, Linguagem, Arte e Educação*. São Paulo: ESDC / CEMOROC – EDF – FEUSOP / Factash Editora, 2007.
- MARÍAS, Julian. *Sobre el Cristianismo*. Barcelona: Planeta, 1998.
- Mysteria Ivris. *Raízes Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português*. Porto: Legis, 1999.
- PRACONTAL, Michel de. *L'Imposture Scientifique en dix Leçons*. Paris: La Découverte, 1986.
- Repensar a Política. Ciência & Ideologia. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal. Análise Histórica*. Separata do Número Especial do "Boletim da Faculdade

de Direito". Universidade de Coimbra: Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz. Coimbra: 1983.

VON MISES, Ludwig. *Human Action: A Treatise on Economics*. trad. fr. *L'Action Humaine: Traité D'Economie*. Paris: P.U.F, 1985.



# A RESPONSABILIDADE DO GESTOR DE EMPRESAS NA LEI GERAL TRIBUTÁRIA PORTUGUESA

---

*Sérgio Vasques<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Com o presente texto busca-se dar conhecimento da evolução da legislação portuguesa em matéria de responsabilidade dos gestores pelas dívidas tributárias das empresas. Para o efeito, faz-se uma recapitulação da legislação que primeiro fixou semelhante regra de responsabilidade, ainda nos anos sessenta, acompanhando toda a sua evolução até à Lei Geral Tributária aprovada em 1999 e com a redação que possui desde 2005. Sendo esta matéria de grande delicadeza na disciplina das relações entre o Estado e os contribuintes, mostra-se de imensa importância o trabalho da jurisprudência, razão pela qual ilustramos o presente texto com decisões variadas dos tribunais portugueses, umas mais acertadas do que outras.

## **Palavras-chaves**

Responsabilidades do gestor de empresas. Lei geral tributária portuguesa

## **ABSTRACT**

This article focuses on the portuguese rules on business manager's liability for tax debts. The author explores the portuguese legislation from the 1960's up to the General Tax Law of 1999 and discusses some of the rulings produced by the portuguese courts.

## **Key-word**

Business manager's liability. General tax law

## 1 O CÓDIGO DE PROCESSO DAS CONTRIBUIÇÕES E IMPOSTOS

O Código de Processo das Contribuições e Impostos, de 1963, estabelecia que por todas as contribuições, impostos, multas e quaisquer outras dívidas ao Estado, que fossem liquidadas ou impostas a empresas ou sociedades de responsabilidade limitada, seriam pessoal e solidariamente responsáveis, pelo período da sua gerência, os respectivos administradores ou gerentes.

A lei, simples na redação, era aplicada pelos tribunais através de um raciocínio mais simples ainda, que se resumia no seguinte silogismo: (i) o pagamento de impostos constitui um dever legal; (ii) o acatamento deste dever constitui, assim,

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

obrigação de todo o gestor; (iii) logo, o não cumprimento dos débitos tributários traduz a inobservância de comandos legais de gestão; (iv) enfim, por estes constituírem vínculos específicos, a inobservância presume-se culposa.<sup>2</sup>

Concebida nestes termos a responsabilidade dos gestores dizia-se ainda uma responsabilidade pela culpa, isto é, com fundamento numa conduta censurável — mas porque a censura se pressupunha co-natural ao incumprimento das obrigações tributárias, a tese tinha um alcance limitado.<sup>3</sup>

Na prática, se um credor privado pretendesse fazer reverter contra o gestor a dívida que tivesse sobre a empresa, cabia-lhe, nos termos da lei comercial, provar que aquele havia contribuído culposamente para a diminuição do respectivo património. Já se a Fazenda Pública pretendesse fazer reverter contra o gestor a dívida fiscal que tivesse sobre a empresa, bastava-lhe, nos termos do CPCI, demonstrar que o gestor tinha essa qualidade e que o património da empresa não bastava para a satisfação da dívida fiscal — tudo o mais se presumia.

Se bem virmos, o regime, severo, do Código de Processo das Contribuições e Impostos acusava a concepção que, há trinta ou quarenta anos atrás, o Poder fazia do papel do Estado e dos agentes económicos. Ao Estado cabia uma posição elevada, acima do jogo económico, pois que ele era o garante do interesse coletivo — e o interesse coletivo não se confundia com a soma dos interesses particulares, sobrepunha-se-lhes.

A mensagem que o Código dirigia aos gestores de empresas era, portanto, clara: no exercício das suas funções, os gestores deveriam comportar-se como *bonus pater familias*, cuidando dos seus negócios com cautela e bom-senso, e com especiais cautela e bom-senso quando lidassem com o Estado — lesar o Estado era mais grave que lesar o próximo.

A solução do Código surgia como uma solução romba, mas não tanto que não restassem subtilidades de interpretação com que a temperar. Uma primeira estaria na conexão, no tempo, entre o exercício da gestão da empresa e o ilícito do não pagamento. A doutrina corrente nesta matéria era a de que a responsabilidade pelo pagamento do imposto tanto cabia àquele que fosse gerente ao tempo da verificação do fato tributário, como àquele que o fosse ao tempo da respectiva cobrança.

Isto, porque “por um lado, são os gerentes quem atua em nome da sociedade como órgãos, estando assim organicamente ligados à prática dos atos de que deriva a obrigação do tributo e à apresentação das respectivas declarações, através das quais, por via de regra, a Administração Fiscal toma conhecimento dos elementos necessários à liquidação; e, por outro, e na mesma qualidade, devem providenciar no sentido de os impostos serem pagos atempadamente, isto é, no período da cobrança voluntária”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Veja-se Rui Barreira, “A Responsabilidade dos Gestores de Sociedades por Dívidas Fiscais”, in *Fisco*, nº16, 5.

<sup>3</sup> Ruben de Carvalho/Rodrigues Pardal (1969) *Código de Processo das Contribuições e Impostos Comentado Anotado*, 134.

<sup>4</sup> Caso Adelino Da Fonseca, Lda (Acordão do STA de 11 de Outubro de 1995, recurso nº19.421) in

O argumento suscitava especial reserva naqueles casos em que a gestão fosse exercida apenas em parte do período de formação do fato tributário — quando, por exemplo, o gestor havia cessado as suas funções a meio de ano relativamente ao qual a Contribuição Industrial não viria, mais tarde, a ser paga. Nestas circunstâncias a solução mais evidente para temperar o rigor da lei estaria em responsabilizá-lo *pro rata temporis*, i.e., tão só na proporção do imposto correspondente ao período do exercício de funções.

Mas, aventada aqui e acolá, essa solução nunca viria a fazer vencimento entre a jurisprudência. Predominaria antes o entendimento de que sendo o fato tributário de formação complexa e sucessiva, “essencialmente uno”, a responsabilidade haveria de ser feita pelo todo. Isto, ainda que o indivisível se dividisse para outros efeitos que não o da responsabilização dos gestores — como sucedia para efeitos de fracionamento de rendimentos.<sup>5</sup>

Um outro remédio para a lei, esse experimentado com maior sucesso, estava na contenção do objeto da responsabilidade dos gestores. O art.16º do CPCI referia-se indiscriminadamente a contribuições, impostos, multas e quaisquer outras dívidas ao Estado — a largueza da redação sugeria, portanto, que o regime do CPCI se aplicava a quaisquer dívidas, que não apenas às de natureza tributária. Mas, aqui, a jurisprudência procuraria distinguir onde o legislador não o havia feito.

**Caso Cooperfoto, 1996:** <sup>6</sup> Estava em causa o reembolso de quantias emprestadas à empresa pelo Fundo de Desemprego, empréstimo vencido no ano de 1983. O tribunal recusou a reversão contra o gerente sustentando que o art.16º do CPCI se refere a dívidas de contribuições, impostos, multas e outras que sejam “liquidadas ou impostas” às empresas. Ora, estes termos tê-los-ia empregue o legislador com a intenção de reservar o regime de responsabilidade do CPCI às dívidas que comungassem das características da unilateralidade e coercividade típicas dos impostos mas que a jurisprudência entendesse não caberem, no rigor doutrinal dos conceitos, na designação de imposto. Como sucedia com as dívidas para fiscais.

Por este modo limitava-se, e em medida importante, o alcance objetivo do art.16º do CPCI. E isto fazendo-se uso de argumento puramente formal, sem que se avançassem quaisquer razões de substância para a distinção. O tribunal refugiava-se na letra da lei, esquecendo o fato de muitos impostos e contribuições dispensarem, de há muito tempo àquela parte, o “ato de autoridade” da liquidação.

Argumentos de substância, esses, encontrávamo-los noutras decisões do tribunal — de sentido contrário, porém — em que se fazia notar que o intuito do

---

*Ciência e Técnica Fiscal*, nº381, 311. Sobre este mesmo problema se debruça o STA no caso JEBERSAVE, em acórdão anotado por Ana Paula Dourado, em *Fisco*, nº57, 36.

<sup>5</sup> Vejam-se os casos Rolim Comercial (Acórdão do STA de 8 de Maio de 1996, recurso nº19.916) e Fritaço (Acórdão do STA de 15 de Maio de 1996, recurso nº19.784).

<sup>6</sup> Acórdão de 27 de Novembro de 1996, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº385, 374.

legislador ao estabelecer o regime especial do art.16º fora o de “conferir meios de garantia mais eficazes na cobrança coerciva dos seus créditos contra sociedades de responsabilidade limitada”. E essa garantia justificar-se-ia igualmente em relação a dívidas tributárias e às que não revestem essa natureza, “não havendo razões para interpretar restritivamente o preceito em causa”.<sup>7</sup>

O formalismo tinha as suas virtudes, porém, e por isso veríamos o alcance do art.16º limitado por via interpretativa às dívidas de imposto ou, noutros casos, às dívidas da Administração Direta do Estado, pois que no contexto da lei também a expressão “Estado” se prestava a discussão.

O principal meio encontrado pela jurisprudência para temperar o regime do CPCI esteve, contudo, na exigência do exercício “real e efetivo” da gestão da empresa. Não bastava uma gerência nominal ou de direito para que se produzisse a reversão, era necessário que gerência de direito e gerência de fato se cumulassem no período da verificação do fato tributário ou do pagamento voluntário.

Mas esta cumulação, que à primeira vista surgia como um “requisito óbvio” de justiça, suscitaria tantos problemas quantos veio resolver. Em certos casos suscitava-os porque, demonstrada a gestão de direito os tribunais presumiam a gestão de fato, ilação admitida como “inferência natural ou judicial fundamentada nas regras práticas da experiência ou nos ensinamentos da observação empírica dos fatos”.<sup>8</sup> Ao gestor caberia, em sede de oposição, o ônus de provar que, apesar da gerência de direito, não exercera a gerência de fato<sup>9</sup> — o que redundava, freqüentes vezes, numa prova diabólica.

Noutros casos sucedia o inverso, sucedia resultar desresponsabilizado o gestor que efetivamente geria a empresa, pela razão singular de formalmente não ter sido investido na qualidade de gerente ou administrador.

**Caso Luam, 1996:**<sup>10</sup> Estavam em causa quotizações para Fundo do Desemprego relativas aos anos de 1977 e 1981. A gerente, Petronella, nunca havia participado na vida da empresa, nem era sequer consultada sobre as decisões relativas à mesma, tendo-se limitado a assinar um pequeno número de cheques, letras e livranças, estas últimas na qualidade de avalista. Quem, de fato, geria no dia-a-dia a sociedade era o outro sócio-gerente. Ainda assim, o tribunal viria a responsabilizá-la pelas dívidas ao Fundo do Desemprego, sustentando que esta não fora capaz de elidir cabalmente a presunção juris tantum da gerência de fato. Na verdade, ainda que tivesse permanecido alheia aos negócios da empresa, Petronella tinha assinado letras e cheques avulsos — e em nada relevava o tê-lo feito raramente, pois “não é a menor quantidade ou

<sup>7</sup> Caso Empresa Portuguesa de Espectáculos (Acórdão do STA de 26 de Julho de 1972, in Acórdão Doutriniais nº131, 1599). Veja-se ainda o caso Garcia e Oliveira Lda (Acórdão do STA de 1 de Abril de 1981), in Acórdãos Doutriniais, nº239, 1308.

<sup>8</sup> Caso Nicolito Lda, (Acórdão do STA de 14 de Maio de 1997, processo nº21.468, não publicado).

<sup>9</sup> Alfredo José de Sousa/José da Silva Paixão (1986) CPCI Anotado, 90.

<sup>10</sup> Acórdão do STA de 26 de Junho de 1996, recurso nº20.633.

raridade desses atos que lhes degrada a qualidade”.

Os resultados produzidos pela doutrina do duplo requisito revelavam-se, pois, absurdos, e isto não apenas nos casos em que o gestor era incapaz de elidir a presunção da gerência de fato. Assim, naqueles casos em que se conseguia elidir essa presunção, acabava por premiar-se o alheamento do gestor em relação aos negócios da empresa.<sup>11</sup> Mas resultado mais absurdo ainda era o que se produzia quando o gestor, exercendo embora de fato as suas funções, não havia sido formalmente investido no seu cargo, faltando em consequência um dos pressupostos necessários à sua responsabilização.

**Caso Pimparel & Gonçalves, Lda, 1997:**<sup>12</sup> Estavam em causa dívidas da Contribuição Industrial relativas ao ano de 1982. José Augusto tinha adquirido quota na sociedade e geria desde então a empresa juntamente com outro sócio. Embora durante o período em causa residisse em Arcozelo, deslocava-se diariamente para a empresa, sediada em Bragança, estando nela assiduamente, só à noite regressando à sua terra natal. O tribunal entendeu que, apesar de José Augusto gerir efetivamente a empresa, ele não podia ser responsabilizado pelos impostos em dívida. Isto porque, nos termos da lei comercial, “a gerência atribuída na escritura social a todos os sócios não se entende conferida aos que só posteriormente adquiram essa qualidade”. Ora, na seqüência da aquisição da quota, a gerência não tinha sido, de direito, atribuída a José Augusto, nem pelo pacto social nem por designação em assembléia. Dado que sem a gerência de direito se entendia não poder operar, “em caso algum”, o mecanismo do art.16º do CPCI, tanto bastava para excluir a sua responsabilidade pelas dívidas fiscais da empresa.<sup>13</sup>

## 2 O REGIME DO DECRETO-LEI Nº68/87

Se o Código de Processo das Contribuições e Impostos correspondia ao espírito dos seus tempos, esses tempos viriam a esgotar-se em 1987. O Decreto-Lei nº68/87, de 9 de Fevereiro, propunha-se um objetivo único, o de pôr termo à posição de privilégio de que, nesta matéria, o Estado gozava sobre os demais credores sociais.

Disponha-se simplesmente que, na responsabilização dos gestores por dívidas fiscais, se passasse a aplicar também o disposto no art.78º Código das Sociedades Comerciais: os gerentes, administradores ou diretores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o patrimônio social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.

<sup>11</sup> Bom exemplo disto está no Caso Ferbele (Acórdão do STA de 28 de Fevereiro de 1996, recurso nº20.011).

<sup>12</sup> Acórdão STA de 16 de Abril de 1997, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº387, p. 325.

<sup>13</sup> Com voto de vencido de Rodrigues Pardal que observava que o recorrente era sócio e exercia a gerência de facto, o que “de acordo com as regras da experiência”, bastaria para considerá-lo como responsável nos termos do art.16º do CPCI.

Significava isto que, doravante, sempre que a Fazenda Pública pretendesse operar a reversão contra o gestor de uma dívida fiscal da empresa, caber-lhe ia, como a qualquer credor privado, o ônus de provar que fora por força de um comportamento censurável do gestor que o patrimônio da empresa se tornara insuficiente para a respectiva satisfação.<sup>14</sup>

O diploma fazia o Estado descer ao nível dos credores privados, era esse o seu exato propósito: no tocante à responsabilidade civil dos gerentes e administradores das sociedades — lia-se no Preâmbulo — não deverá a solução divergir, no fundamental, da genericamente adotada. Dá-se, para mais, o caso de o novo Código das Sociedades Comerciais delinear em termos conceitualmente mais corretos os quadros gerais dessa responsabilidade. Daí que perca cada vez mais sentido dotar o Estado, enquanto credor social, de um estatuto desproporcionalmente privilegiado.

Talvez porque o diploma pretendesse “normalizar a vida económica” equiparando o Estado aos credores privados, a sua vida seria breve — logo em 1991 o Código de Processo Tributário volta a alterar as regras do jogo, substituindo a normalidade pela exceção necessária.

Mas ainda que assim fosse, foi o Decreto-Lei nº68/87 que marcou o ponto de viragem na discussão do tema da responsabilidade dos gestores por dívidas fiscais. Com efeito, é a partir deste momento que os tribunais começam a recentrar a discussão do tema na questão fundamental da culpa, no saber o que constitui e o que não constitui uma conduta censurável na gestão de uma empresa, e qual a sua consequência.

E o que é censurável no dia-a-dia de um gestor de empresas depende de mil e um factores: da dimensão da empresa, do sector económico no qual opera, das condições de mercado, do imposto que está em causa... E de mil e um factores depende também a capacidade de um comportamento censurável de gestão em produzir um resultado danoso para o patrimônio da empresa.

Vejamos dois casos tratados pelos nossos tribunais, um primeiro evidenciando ainda a resistência à inovação da lei, outro apontando já novas pistas no tratamento da questão.

**Caso Confeções Vouguinha, 1995.**<sup>15</sup> Estavam em causa dívidas ao Estado relativas a incentivos financeiros. Pretendendo o Estado a reversão da execução contra o gerente, o Tribunal Tributário de 2ª Instância reconhece que, à luz do Decreto-Lei nº68/87, a responsabilidade dos gerentes “implica a existência de culpa”. Mas já não seria do mesmo modo líquido que essa culpa tivesse que se provar, isto é, que se não presuma. Na verdade, a jurisprudência sempre tinha

<sup>14</sup> Cf. Raul Ventura/Brito Correia, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº195, 66. Veja-se ainda Pinto Furtado, *Código Comercial Anotado*, II, tomo 1º, 411.

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal Tributário de 2ª Instância, de 4 de Abril de 1995, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº378, 349.



entendido que a culpa do artigo 16º do Código de Processo de Contribuições e Impostos se presumia, e presumindo-se a culpa, teria o recorrente que arrear essa presunção para afastar de si a responsabilidade subsidiária — o que não tinha feito. E assim sendo, logo se seguia o silogismo: é de presumir, de acordo com a normalidade das coisas, que a sociedade devedora poderia ter pago oportunamente a dívida, “considerando até o seu montante relativamente reduzido”. Assim, face às circunstâncias conhecidas, um bom pai de família — ou seja, um homem médio colocado na posição do recorrente, o que vale dizer um gerente diligente — teria providenciado o pagamento tempestivo da dívida exequenda. O recorrente, porém, não o fizera e com isso omitira a diligência que lhe era exigível, faltando ao cumprimento de uma obrigação — agira, portanto, com culpa.

**Caso Leite & Companhia, 1997:**<sup>16</sup> Estavam em jogo dívidas de IVA, Segurança Social e Fundo do Desemprego relativas aos anos de 1987 a 1990, em valor total de cerca de 30 mil contos. À data em que as dívidas haviam nascido, bem como à data em que haviam sido postas à cobrança, marido e mulher eram os únicos gerentes da sociedade. O marido começou a ter problemas de saúde graves a partir de 1985, sendo submetido a mais que uma intervenção cirúrgica logo em 1986. A mulher acompanhou-o nos seus momentos de doença, ficando a empresa entregue a si própria por períodos relativamente prolongados.

O tribunal admitiu que os gerentes “agiram com culpa e que desleixaram de modo grave a gerência da executada”. Mas, apesar disso, reconhecia não se ter provado a existência de nexo de causalidade entre aquela atuação e a insuficiência do patrimônio social para o pagamento das dívidas exequendas, pois que era possível que, mesmo com uma atuação mais diligente, tal insuficiência viesse a ocorrer. Ora, não se tendo demonstrado, neste caso, a existência do nexo de causalidade, o tribunal reconhecia como forçoso conceder razão aos recorrentes, negando a pretensão do Fisco.

Duas decisões muito distintas, portanto. A primeira revela ainda insistência no raciocínio maquinal que norteou, por longos anos, a aplicação do Código de Processo das Contribuições e Impostos. A segunda, atacando já frontalmente as questões da culpa e da causalidade — revelando como, com estes dados, se podem produzir decisões mais justas e certas.

### 3 O CÓDIGO DE PROCESSO TRIBUTÁRIO

Em face disto, bem se pode dizer que foi pouco significativo o que o Código de Processo Tributário, de 1991, trouxe de novo à discussão do tema. Bem entendido, o Código inverte agora o ônus da prova contra o gestor, fazendo o regime girar volta-completa: não é já a Fazenda Pública que tem o encargo de demonstrar o comportamento ilícito e culposo do gestor, é o gestor que tem o encargo de demonstrar a sua falta. Uma prova diabólica, a prova do que não se fez ou não se

<sup>16</sup> Acórdão do STA de 22 de Janeiro de 1997, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº386, p. 379.

quis. Mas se o regime gira, gira em volta do mesmo eixo, porque o *thema probandum* é já, inquestionavelmente, a culpa e consequência na gestão da empresa.

Dissemos “inquestionavelmente”, mas talvez o advérbio seja generoso em demasia. De fato, nem com o Decreto-Lei nº68/87, nem tão pouco com o Código de Processo Tributário, se pôs termo definitivo ao simplismo de raciocínio que até aqui predominava no tratamento desta matéria.

Assim, constata-se que ainda hoje a Administração Fiscal hesita em rever os seus esquemas de pensamento, ou que ao menos não os revê tão rapidamente quanto é revista a lei. Veja-se, por exemplo, o disposto no Ofício-Circulado nº1.675, de Abril de 1995: “a responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores das pessoas coletivas de responsabilidade limitada afere-se em função de uma interpretação pessoal dos atos sociais e fundamenta-se numa culpa orgânica e funcional, porquanto são eles os elementos representativos das sociedades, os quais exteriorizam a vontade das mesmas nos mais diversos negócios jurídicos realizados”. E também no Ofício-Circulado nº4.673, de Outubro de 1995 se chama a atenção para as “grandes dificuldades sentidas, pela Fazenda Pública, em demonstrar inequivocamente a gerência de fato, dos administradores e gerentes de direito das sociedades comerciais.

Mais grave do que isso, os tribunais tributários só a custo abandonam a tradição maquinal do CPCI, continuando a aplicar os mesmos argumentos a um regime legal agora diverso.

**Caso Construções S.Tiago Lobão, 1996:**<sup>17</sup> Estavam em causa dívidas de IVA relativas a 1992 e 1993. Tinha-se provado que o oponente era gerente de direito e que o pacto social lhe atribuía funções específicas e remuneração para o efeito, mas não conseguia o oponente provar “que ele não fosse efetivamente gerente da sociedade executada originariamente”. Ora, sustenta o tribunal, a lei não exige que o gerente, para ser responsável pelas dívidas da sociedade ao Estado, exerça uma administração continuada, o que exige é que ele pratique, durante o período a que as dívidas de impostos respeitam, atos vinculantes da sociedade. É gerente efetivo ou de fato o sócio da sociedade que atua no exercício das suas atividades, tomando decisões exteriorizando a vontade da sociedade perante os empregados e os clientes, fazendo uso efetivo dos poderes de administração. Acrescia que a função do oponente era remunerada e que tais remunerações “cabem aos cargos efetivamente exercidos pelos gerentes”. Cumprir as obrigações fiscais, incluindo o pagamento dos impostos — aduzia o tribunal — cabe no âmbito das funções de expediente. Ora, uma vez que o gestor não havia evidenciado qualquer fato revelador do não exercício da gerência de fato, deveria assim resultar responsabilizado pelas dívidas da sociedade.

Pesasse embora o peso da tradição, a facultar ainda a responsabilização por silogismo, fato é que, seguindo as pistas já lançadas à luz do Decreto-Lei

<sup>17</sup> Acórdão de 13 de Março de 1996, recurso nº20.142.

nº68/87, os tribunais vieram a produzir decisões de interesse e precisão nesta matéria. O Caso Comec fixa os termos da questão com a clareza necessária.

**Caso Comec, 1993:**<sup>18</sup> O tribunal considerava que o gestor exercera a administração “como faria um administrador prudente e interessado, e dedicou à gestão da empresa os seus melhores esforços” tendo a ruína desta ficado a dever-se a factores externos à mesma, que nem a sua dedicação exclusiva teria podido superar, tais como “a crise do sector, a falta de mercado para os seus produtos, as restrições ao crédito, o não pagamento por falta de clientes, etc”. Assim sendo, não seria por culpa do gestor que o património da sociedade se havia tornado insuficiente para a satisfação das dívidas fiscais. Certamente que um dos deveres dos gestores, “aliás subsumido ao seu dever geral de diligência na boa administração da empresa, resultante dos arts.64º e 78º do CSC, é o do atempado cumprimento das obrigações fiscais desta, entre os quais se conta indubitavelmente o do pagamento dos respectivos impostos. Só que tal não basta para afirmar a responsabilidade do gestor. “É preciso bem mais: (...) é ainda necessário que o não pagamento, derivado da insuficiência do património para a satisfação dos créditos sociais se deva à inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores”. Ora era isso que tinha faltado no caso concreto — não só a ruína da empresa se devera a factores alheios à vontade do gestor como ele próprio tinha chegado a “entrar com dinheiro” para tentar salvá-la.

É evidente o contraste com a jurisprudência tradicionalmente produzida ao abrigo do Código de Processo das Contribuições e Impostos — o novo quadro legal obriga os tribunais a uma busca e discussão diferentes, a quem quer que caiba o ónus da prova.

## 4 A LEI GERAL TRIBUTÁRIA

### 4.1. Responsável, sujeito passivo, contribuinte e devedor

No Código de Processo Tributário o legislador mostrara grande hesitação ao enquadrar o responsável tributário na tipologia subjetiva da relação jurídica de imposto. O Código reconhecia ao responsável a qualidade de sujeito passivo, parecendo acolher a costumeira contraposição doutrinária entre sujeito passivo originário e não-originário. Mas logo se contradizia, contrapondo-o, juntamente com o substituto, ao contribuinte (art.10º) e tomando-o como responsável por dívida de outrem (art.11º).<sup>19</sup>

A Lei Geral Tributária teria constituído uma boa oportunidade para se mostrarem idéias claras na matéria e ordenar com algum sentido as figuras em

<sup>18</sup> Acórdão do STA de 22 de Setembro de 1993, publicado em *Ciência e Técnica Fiscal*, nº376, 211.

<sup>19</sup> Muito naturalmente, aí onde hesita o legislador, hesita também a doutrina. Vejam-se Alfredo de Sousa/Silva Paixão (1994) *Código de Processo Tributário Comentado e Anotado*, art.10º; e Lima Guerreiro/Silvério Mateus (1991) *Código de Processo Tributário Comentado*, art.10º.

jogo. Em vez disso, mantiveram-se as contradições do Código - ou agravaram-se estas ainda, pois que o legislador arriscou juntar à tipologia tradicional alguma inovação própria.

Vejamos então. A definição de sujeito passivo encontramos-la no art.18º nº 3 da Lei Geral Tributária. Aí, firma o legislador que sujeito passivo é a pessoa singular ou coletiva, o património ou a organização de fato ou de direito que, nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte direto, substituto ou responsável. Fica-se, portanto, na convicção de que, nos termos da Lei Geral Tributária, o responsável constitui uma espécie de contribuinte indireto, contrapondo-se, juntamente com o substituto, ao contribuinte direto, aquele que preenche a *fattispecie* da lei de imposto.

A inovação seria inócua não fora o estabelecer-se, no art. 22º nº 2, que para além dos sujeitos passivos originários, a responsabilidade pode abranger solidária ou subsidiariamente outras pessoas. O responsável tributário que, nos termos do art. 18º, surgia como contribuinte indireto, surge agora nas vestes de sujeito passivo não-originário, retomando a velha tipologia da nossa doutrina.

A hesitação agrava-se logo em seguida no nº 3 do próprio art.22º. Com efeito, lê-se aí que a responsabilidade por dívidas de outrem é, salvo determinação em contrário, apenas subsidiária. Parece, portanto, que o responsável que no art.18º se tomava como contribuinte indireto e no art.22º nº 2 como sujeito passivo não-originário, não é, no art.22º nº 3, uma coisa nem outra pois que a dívida tributária é de outrem. E não fosse isto o bastante, logo se acrescenta no nº 4 do art.22º que os responsáveis podem reclamar ou impugnar a dívida “nos mesmos termos do devedor principal”.

Temos, portanto, que na Lei Geral Tributária o responsável surge, alternativa ou cumulativamente, como contribuinte indireto, sujeito passivo não-originário, sujeito alheio à relação jurídica de imposto e devedor acessório. Se a Lei não inovar em mais coisa alguma, nisto inova certamente.

E a este há que acrescentar outro reparo. Tendo prescindido de definir a responsabilidade tributária, o legislador não se coibiu de definir a substituição (art.20º). Fá-lo, contudo, de modo errôneo, fixando que a substituição se verifica quando, por imposição da lei, “a prestação for exigida a pessoa diferente do contribuinte” - definição de tal modo ampla e imprecisa que a ela se reconduziria a própria responsabilidade tributária. E feito isto, acrescenta ainda o legislador - erro mais grosseiro, este - que “a substituição é efetivada através do mecanismo da retenção na fonte do imposto devido”. Quando, como é sabido, só a inversa seria verdadeira.<sup>20</sup>

Em última análise, dir-se-á, os equívocos conceituais e terminológicos do legislador, supri-los-á o aplicador. É assim efetivamente, tem-no sido até

<sup>20</sup> Aliás, podemos mesmo dizer que com a tendência moderna para a privatização das relações tributárias, a substituição sem retenção tem vindo pouco a pouco a recuperar interesse, muito em particular no domínio parafiscal.

agora. Mas, em qualquer caso, sempre se esperaria mais de um diploma que pretende “contribuir poderosamente para uma maior segurança das relações entre a Administração Tributária e os contribuintes”.

#### 4.2. Tema e ônus da prova

A leitura do art.24º da Lei Geral tributária deixa perceber que a inovação principal da lei no tocante à responsabilidade dos gestores está numa distribuição mais cuidada do ônus da prova. É incontestável que o que se discute na lei, tal como no Código de Processo Tributário, é uma responsabilidade pela culpa, aquela que exige do gestor um comportamento não só conseqüente mas censurável. A inovação está tão só no saber a quem cabe a respectiva demonstração.

O Código de Processo Tributário invertia por inteiro o ônus da prova contra o gestor, sendo sempre a este que cabia demonstrar o fato negativo da ausência de culpa ou da ausência de conseqüência do seu comportamento. A Lei Geral Tributária trata o problema com maior delicadeza, distinguindo para o efeito duas situações.

Nos termos da alínea a) art.24º, o gestor é subsidiariamente responsável pelas dívidas tributárias cujo fato constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o patrimônio da sociedade se tornou insuficiente para a sua satisfação.

Pretendem-se assim isolar aquelas situações em que o gestor exerce as suas funções e é no decurso desse exercício que se forma o fato tributário ou se entra mesmo no prazo para o pagamento, mas antes que se esgote o prazo para o pagamento, o gestor cessa as suas funções. Nestes casos o ônus da prova corre por conta da Fazenda Pública — é ela quem deve demonstrar que foi por ato culposo do gestor que o patrimônio da sociedade se tornou insuficiente para a satisfação da dívida.

A solução representa um retorno ao regime do Decreto-Lei nº68/87 e, portanto, de reaproximação à lei comercial. Sem excepcionalidade, impõe-se àquele que invoca um direito o ônus de o comprovar.

A excepcionalidade do regime fica toda ela depositada na alínea b) do art.24º. Dispõe-se aqui que os gestores são subsidiariamente responsáveis pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período de exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

Se, portanto, é no decurso do próprio exercício de funções que se esgota o prazo para o pagamento do imposto — e não vindo ele, naturalmente, a suceder — o ônus da prova inverte-se já contra o gestor: é ele quem tem que provar que não lhe foi imputável a falta de pagamento. Nestas circunstâncias, portanto, e só nestas, prolonga-se a solução do Código de Processo Tributário:

o gestor continua obrigado a fazer prova de um fato negativo, poupando-se a Fazenda Pública a qualquer esforço probatório.

Aqui, note-se bem: o legislador impõe ao gestor o ônus de provar que “não lhe foi imputável a falta de pagamento”. A expressão é ambígua e há de ler-se com a habilidade que os valores em jogo impõem. O que ao gestor se haverá de exigir é que prove que não foi por culpa sua que o patrimônio da sociedade se tornou insuficiente para sua satisfação da dívida tributária. Se o objeto da prova fosse diverso nas duas alíneas do nº1 do art.24º, se não houvesse entre elas absoluta simetria, todo o dispositivo falharia em coerência. A ilicitude está, numa e outra disposições, não na mera falta de pagamento, mas na violação das normas dirigidas à proteção dos credores da empresa. E, numa e noutra disposições, essa violação haverá de ser culposa também. Só assim faz sentido o conjunto do art.24º.

Se bem vimos, pois, todo o regime da Lei Geral Tributária gira em volta de um momento fundamental, o momento do pagamento do imposto ou, dir-se-á com propriedade, o momento em que se esgota o prazo para o pagamento do imposto. Se a gestão se interrompe antes de verificado esse momento, o ônus da prova corre por conta da Fazenda Pública, se a gestão coincide com ele, o ônus volta-se já contra o gestor.

As razões do legislador compreendem-se com facilidade e são de natureza essencialmente dissuasória: pretende-se prevenir que, chegado o momento crucial de pagar o imposto, o gestor, em dificuldades, opte por sacrificar os interesses do Estado aos interesses dos credores privados.

Não se trata de uma reedição do preconceito político que subjazia ao Código de Processo das Contribuições e Impostos. O que justifica esta solução é a constatação mais mundana de que, quando em dificuldades, as empresas preferem falhar nos pagamentos ao Estado do que falhar no pagamento aos credores privados. Por razões evidentes: à falta de pagamento aos fornecedores pode seguir-se a interrupção dos fornecimentos; à falta de pagamento aos trabalhadores pode seguir-se a greve e o protesto. Já o Estado não dispõe de nenhum meio rápido e eficaz de reagir contra o incumprimento das obrigações fiscais, porque estas são obrigações sem contrapartida. O Estado padece, pois, neste capítulo, de uma fragilidade estrutural que o diminui no confronto com os credores privados. É, portanto, uma debilidade especial que justifica o regime probatório especial que a Lei Geral Tributária ainda reserva ao Estado na alínea b) do art.24º.<sup>21</sup>

Tomemos agora alguns casos apreciados pelos nossos tribunais à luz do Código de Processo Tributário e vejamos se a Lei Geral traz algo de novo ao seu tratamento. No Caso Barata & Lopes, Lda é uma vez mais abordado o problema da interrupção da gestão antes do incumprimento da dívida de imposto.

**Caso Barata & Lopes, Lda, 1997:**<sup>22</sup> Discutiam-se dívidas de IVA relativas a fatos verificados em 1988 mas cujo prazo para liquidação se esgotara apenas em

<sup>21</sup> Cf. Saldanha Sanches (1998) *Manual de Direito Fiscal*, 136.

1992. O gestor havia cessado as suas funções em 1989, sustentando por isso que não lhe podia ser imputada qualquer responsabilidade pela falta de pagamento. O tribunal de 1ª instância havia decidido que a culpa relevante seria só a culpa pelo incumprimento da prestação tributária no momento da sua liquidação e pagamento. O STA contesta, sustentando que quer o Decreto-Lei nº68/87, quer o CPT não aferem a culpa em função deste evento, “mas antes em função do incumprimento das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos credores e, ainda assim, só quando de tal incumprimento resulte que o patrimônio social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos”. Ora, assim sendo, não teria que existir forçosamente qualquer contemporaneidade entre o momento da inobservância das disposições destinadas à proteção dos credores e o resultado que seja seu efeito, da insuficiência do patrimônio para pagamento dos créditos, à luz dos princípios da causalidade adequada.

A primeira teria de ocorrer durante o período da gerência na medida em que tem de traduzir-se, forçosamente, num ação ou omissão referível à atividade do gerente. Já a segunda, porém, poderá bem ocorrer num momento em que o gerente já não está em exercício de funções: o nexa de causalidade adequada entre a ação ou omissão e o seu resultado admite, por definição ou natureza, que possa haver um espaço ou hiato de tempo entre ambos, um espaço de tempo de gestação do dano conseqüente da conduta do agente.

E exemplifica o Tribunal: bem pode acontecer que o gerente dissipe ou disponha hoje do patrimônio em favor próprio ou de certos terceiros de modo que amanhã ele seja insuficiente para o pagamento dos créditos então já existentes, e assim viole culposamente as normas legais que conferem a esse patrimônio a natureza de garantia comum ou especial dos credores, e que a obrigação, nomeadamente de imposto, apenas seja exigível ou se vença amanhã.

O gerente tanto poderá, pois, ser responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento das dívidas emergentes de impostos cujos fatos tributários ocorram durante a sua gerência e cuja cobrança voluntária ocorra num momento em que ele já não é gerente, como de impostos em que apenas a sua cobrança voluntária se verifique durante o período da gerência. Ponto necessário é que concorram, além dos demais requisitos legais que estão fora de discussão, o acabado de analisar relativo à culpa.

E essa, haver-se-á de medir pelo padrão do *bonus pater familias* — o do homem normal que o Direito visa — padrão, porém, que não é rígido, devendo ter em conta a atividade desenvolvida segundo o sector a que respeita a relação obrigacional em causa e as circunstâncias concretas do caso.<sup>23</sup>

A argumentação do tribunal parece-nos aqui inatacável — o afastamento do gestor no momento do pagamento não basta para excluir a sua culpa e responsabilidade.<sup>24</sup> Se o que releva na responsabilização do gestor é a prática de um

<sup>23</sup> Cf. Acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1992, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº421, 400.

<sup>24</sup> E, neste ponto, não conseguimos acompanhar Saldanha Sanches e Rui Barreira (1995), “Culpa

comportamento que culposamente diminui o patrimônio da empresa, a dilação no tempo é admissível, natural mesmo. E por este modo pode, com precisão e justiça, pôr-se termo ao dilema que assaltava os tribunais sempre que se tratava de aplicar o CPCI a estas situações, hesitando-se entre o inevitável da responsabilização pelo todo e o razoável da responsabilização pro rata temporis.

O tratamento reservado a este problema à luz do Código de Processo Tributário não se mantém inalterado à luz da Lei Geral, ainda que se mantenham os seus dados essenciais. Sabemos, simplesmente, que verificado já o afastamento do gestor no momento do pagamento voluntário, o ônus da prova corre agora por conta da Fazenda Pública. O tema da prova mantém-se, portanto, mas altera-se a distribuição do ônus.

No Caso Gomes de Almeida, vemos discutido um outro problema para o qual a doutrina tem chamado já a atenção: o saber qual a liberdade a reconhecer ao gestor na administração do imposto já liquidado aos clientes — IVA ou Imposto de Transações — mas ainda não entregue nos cofres do Estado.<sup>25</sup>

**Caso Gomes de Almeida, Lda, 1996:**<sup>26</sup> Estavam em causa dívidas de Imposto de Transações dos anos de 1981 e 1982. O gerente alegava que “na gestão corrente, não se pode separar o dinheiro destinado ao Estado do destinado aos demais credores”, podendo haver necessidade de “circunstancialmente, lançar mão das quantias recebidas de clientes para pagamento de impostos, a fim de garantir a viabilidade da empresa”.<sup>27</sup> Mais, a insuficiência do patrimônio da empresa dever-se-ia ao fato de ter sido expropriado o edifício onde esta tinha o seu estabelecimento, tendo tal fato motivado uma diminuição de vendas e perda de clientes. Lançando mão do art.13º do CPT, aduz o tribunal que o Imposto de Transações, uma vez liquidado, devia ser entregue à Fazenda Pública nos três meses seguintes àquele em que as transações se tivessem efetuado. O produtor ou o grossista seria responsável pela liquidação do imposto e posterior entrega nos cofres do Estado, “sendo entretanto como que um fiel depositário das respectivas quantias, que em nenhuma circunstância podia fazer suas”.

Ora o gerente havia, no caso concreto, determinado que quantias recebidas pela empresa como pagamento do imposto de transações fossem utilizadas para outros fins que não aqueles para os quais foram coletadas. O comportamento em virtude do qual não foram satisfeitas ao Estado as dívidas do Imposto de Transações entendeu-o o tribunal culposo e inadmissível, pois que “mesmo em épocas de crise e em empresas descapitalizadas, não se justifica a apropriação e uso de capitais do Estado à revelia e contra a vontade deste. O gestor em causa seria, portanto, culpado pela insuficiência patrimonial da empresa — ou ao menos não conseguira ilidir cabalmente a presunção do art.13º do CPT. Tanto mais que

no Incumprimento e Responsabilidade dos Gerentes”, in *Fisco*, nº70/71, 107.

<sup>25</sup> Veja-se Saldanha Sanches/Rui Barreira (1995) 98.

<sup>26</sup> Acórdão de 6 de Março de 1996, recurso nº19.657.

<sup>27</sup> Supomos existir aqui lapso, pretendendo dizer-se precisamente o inverso.



a expropriação que alegava como justificação para o incumprimento havia afinal ocorrido em momento posterior à própria execução fiscal.

Também neste caso o tribunal nos parece ter sabido dar à questão em jogo o tratamento devido. Se na gestão corrente da empresa é impraticável distinguir o produto do IVA da demais receita, certo é que, pressupondo o IVA um efetivo ingresso monetário, se intensificam os deveres de diligência em que fica constituído o gestor. A sua posição de então em diante é como que - como que - a de um fiel depositário. O tratamento que o caso mereceu à luz do Código de Processo Tributário manter-se-ia intocado. Uma vez que o gerente exercia as suas funções ao momento em que se esgotou o prazo para pagamento, é contra ele que se inverte o ônus da prova.

#### 4.3. Impostos, taxas e tributos

Para além do problema do ônus da prova, a leitura do art.24<sup>o</sup> da Lei Geral Tributária deixa perceber uma outra inovação. Ao disciplinar a responsabilidade dos gestores pelas dívidas das empresas, é pelas “dívidas tributárias” destas que o legislador os faz responder. É quanto às dívidas tributárias, e só quanto a estas, que vale o regime especial de responsabilização que aqui se prevê. E sucede que a expressão dívidas tributárias ganha, no contexto da Lei, um significado muito preciso. Vejamos qual:

##### Art.3<sup>o</sup>

##### Classificação dos tributos

##### 1. Os tributos podem ser:

- a) Fiscais e parafiscais;
- b) Estaduais, regionais e locais.

2. Os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas.

3. O regime geral das taxas e das contribuições financeiras referidas no número anterior consta de lei especial.

O legislador, fazendo uso de técnica invulgar, começa por classificar o que não definiu ainda, distinguindo entre tributos fiscais e parafiscais; estaduais, regionais e locais. Quanto ao n<sup>o</sup>1 deste art.3<sup>o</sup>, pode dizer-se que qualquer outra classificação teria servido o propósito vazio que a disposição parece ter: tributos diretos e indiretos, pessoais e reais, periódicos e de prestação única — muito se encontra nos manuais da especialidade que aqui pudesse figurar sem diferença.

Já o n<sup>o</sup>2 do art.3<sup>o</sup> parece menos inconseqüente, pois que ao delimitar-se o conceito de tributo se delimita o campo de aplicação da própria Lei Geral. Fixa-se aqui que os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e

especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas.

Vê-se que o legislador não define agora os tributos que primeiro quis classificar — os tributos, enfim, que constituem a razão de ser e objeto de aplicação da Lei Geral. Limita-se, em vez disso, a enunciar — e a título exemplificativo apenas, pois que usa advérbio de modo — algumas das espécies que concretizam o conceito, algumas das figuras que nele se “compreendem”. E fá-lo de forma verdadeiramente insólita.

Antes do mais, a prevenção relativa aos “impostos aduaneiros e especiais”. Em momento algum se contestou entre a doutrina e jurisprudência portuguesas que os impostos aduaneiros fossem genuínos impostos, em momento algum se sugeriu que merecessem tratamento dogmático autônomo. E bem, pois não se entrevêem facilmente razões para tal. Mas logo havia o legislador que introduzir a dúvida aí onde reinava a tranqüilidade acertada. Nos tempos da *Schutzzollpolitik* de Bismark a doutrina alemã discutia se, atenta a finalidade protecionista dos direitos alfandegários, estes se poderiam dizer verdadeiros impostos. E por entre grande controvérsia, a *Reichsabgabenordnung*, primeiro, a *Abgabenordnung*, depois, viriam a conter disposições certificando que os direitos alfandegários constituem impostos para efeitos da sua própria aplicação.<sup>28</sup> São essas disposições que a Lei Geral Tributária reproduz, de modo inteiramente acrítico, replicando uma polémica não apenas alheia, mas velha de cem anos.

O mesmo sucede com a referência aos “impostos especiais” e às “demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”.<sup>29</sup> Não basta já dividir o universo dos tributos entre os impostos e as taxas, como tem feito com segurança a doutrina portuguesa. O legislador vai mais longe e acolhe sem qualquer juízo crítico as figuras comuns da tipologia germânica — *Steuern, Gebühren, Beiträge, Sonderabgaben*. Todas elas se fazem compreender no conceito de tributo que fica por definir, todas elas e outras “espécies tributárias” ainda que sejam “criadas por lei”.<sup>30</sup>

Uma vez mais caberá ao aplicador o ônus de abrogar o irrazoável que se

<sup>28</sup> Com alguma inutilidade, como é sabido, pois que largo sector da doutrina sempre exigiria, para tal qualificação, o fim principal ou acessório da angariação de receita. Cf. H-W. Kruse (1991) *Steuerrecht*, vol.1, 33-38; Dieter Birk (1994) *Steuerrecht*, I, 29-37. No Caso BEIRA-FRIO (Acórdão do Tribunal Tributário de 2ª Instância de 19 de Outubro de 1993, publicado em *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º377) o tribunal veio a entender que os direitos niveladores, correspondendo a um tributo extra-fiscal, não se enquadravam no conceito jurídico-constitucional de imposto do art.106ºnº2 da Constituição de 1976. A tese parece-nos infundada, mas tem o mérito atacar frontalmente o problema. É evidente que uma disposição semelhante à da Lei Geral ou da *Abgabenordnung* não tem a capacidade de resolver, pela força da lei, uma questão que só pela doutrina se pode decidir.

<sup>29</sup> No que toca às contribuições especiais, a referência fundamental é o trabalho de Paul Henseler (1984) *Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben*, muito em especial, 27-87.

<sup>30</sup> Podemos, de resto, dizer que se alguma hesitação se sente na matéria ela se deve à jurisprudência frágil do Tribunal Constitucional. Alguma ilustração desta jurisprudência pode ser encontrada em Cardoso da Costa “O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal: a Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in Jorge Miranda (org.) *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, II, 397-428.

legisla. E feito isso ficar-se-á, no pouco que aqui nos importa considerar, com uma idéia-chave: para efeitos da Lei Geral Tributária, o conceito de tributo compreende os impostos, por um lado, e as taxas, por outro — tudo o mais se lhes reconduz.

Ora, assim sendo, a Lei Geral Tributária traz consigo um alargamento importante da responsabilidade dos gestores. É que o regime excepcional de responsabilização dos gestores previsto pelo Código de Processo Tributário valia apenas para as “dívidas de contribuições e impostos”. Era na reversão das dívidas de contribuições e impostos que se admitia a solução, excepcionalmente violenta, da inversão do ônus da prova contra o gestor.

Nos termos da Lei Geral Tributária, contudo, o regime excepcional de responsabilização dos gestores e a inversão do ônus da prova contra os mesmos, admite-se não só para as dívidas de contribuições e impostos, como também para as dívidas de taxas. E não julgamos que reste, no contexto dos arts.3º e 24º da Lei, qualquer margem para expedientes de interpretação como os que marcavam o Código de Processo das Contribuições e Impostos ou mesmo o Código de Processo Tributário.

É certo que, logo no art.3º, o legislador aduz que o regime geral das taxas consta de lei especial. Mas na falta deste regime, ou na insuficiência das suas disposições, é a Lei Geral Tributária que se lhes aplica, pois que a relação entre um e outro textos é de especialidade.<sup>31</sup>

Compreende-se facilmente como se veio a produzir este alargamento na responsabilidade dos gestores. Quis-se construir a Lei com base no conceito compreensivo de tributo e depois faltou o cuidado necessário no seu manuseamento, criando-se soluções comuns para impostos e taxas, aí onde se deveria distinguir.

E no que toca à responsabilidade dos gestores, dever-se-ia distinguir por uma razão evidente: porque o que justifica o regime gravoso da alínea b) do art.24º, o que justifica a inversão do ônus da prova, é a impossibilidade de o Estado reagir eficaz e atempadamente contra o incumprimento das dívidas fiscais.

Mas isto que vale para as dívidas fiscais — para as dívidas de imposto — não vale para as dívidas de taxas. É que se o pagamento de imposto constitui uma obrigação unilateral, sem contrapartida que o Estado possa suspender, o mesmo não se pode dizer do pagamento das taxas. Ao pagamento da taxa corresponde sempre uma contrapartida, consistente na prestação de um serviço ou na utilização de um bem do domínio público — serviço ou bem que o Estado pode, querendo, passar a recusar à empresa verificada a falta de pagamento. Como qualquer credor privado.

A solução da Lei Geral Tributária, ao fazer compreender as taxas no âmbito objetivo do art.24º afigura-se, por isso, uma solução inteiramente carente de

<sup>31</sup> O legislador admite a criação, a par da Lei Geral Tributária, de “leis gerais” para as taxas e para os tributos parafiscais. Com isto, a Lei que ora se aprova não será nem geral nem tributária - aplicar-se-á simplesmente aos impostos. Uma idéia acertada, posto que nela se tivesse acertado de início.

justificação. E o que de mais grave há nisto é que tudo indica que este alargamento da responsabilidade dos gestores constitui mero descuido técnico.

De fato, se no art.24º o legislador se serve da expressão “dívidas tributárias”, logo em seguida, ao disciplinar, no art.25º, a responsabilidade do titular de estabelecimento individual de responsabilidade limitada — note-se o paralelismo da situação — a Lei admite a reversão contra o mesmo das dívidas fiscais que impendam sobre o estabelecimento. De dívidas fiscais apenas, isto é, de dívidas de imposto.

## 5 CONCLUSÃO

O mesmo sucede quanto aos liquidatários de sociedades a que se reporta o art.26º — é pelas dívidas fiscais que estes ficam pessoal e solidariamente responsáveis. E a confirmar que se trata de uma inovação involuntária, acrescenta o legislador, no art.27º nº1, que os gestores de bens ou direitos de não residentes sem estabelecimento estável em território português são solidariamente responsáveis em relação a estes e entre si por todas as contribuições e impostos do não residente relativos ao exercício do seu cargo. O legislador dispõe, pois, da terminologia com inteira liberdade, sem lhe ponderar de todo as conseqüências.

Em jeito de conclusão, podemos talvez dizer que a Lei Geral Tributária será talvez capaz de cumprir as suas funções com maior justiça e precisão que o Código de Processo Tributário o fez, prevenindo execuções difíceis ou dirigidas contra gestores que só então se apercebem das obrigações associadas ao seu cargo.

A par disto, a Lei Geral Tributária poderá trazer consigo um outro efeito útil: o de fazer repensar as demais situações de responsabilidade que encontramos na lei portuguesa. É que, se parece um dado adquirido que a responsabilidade dos gestores de empresas é uma responsabilidade pela culpa, exigindo a demonstração de um comportamento censurável, o mesmo não é certo quanto a outras situações de responsabilidade tributária. E a insistência da Lei no tema da culpa, a compressão ao indispensável da inversão do ônus probatório, as medidas complementares propostas pela Comissão — tudo isso poderá levar a um estudo e discussão mais aprofundado dessas situações de responsabilidade, a uma interpretação e aplicação da lei que vedem, também nesses casos, uma responsabilização puramente objetiva.

Em suma: o que a Lei Geral Tributária traz de novo à responsabilidade dos gestores talvez tenha sobretudo importância pelo que não lhes diz respeito.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARREIRA, Rui. *A Responsabilidade dos Gestores de Sociedades por Dívidas Fiscais*, in Fisco, nº16, 5.
- CARVALHO, Ruben de. e PARDAL, Rodrigues. *Código de Processo das Contribuições e Impostos Comentado Anotado*, 1969.
- VENTURA, Raul e CORREIA Brito. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*. In Boletim do Ministério da Justiça, nº195, 66.
- PINTO, Furtado. *Código Comercial Anotado II*. tomo 1º, 411.
- ALFREDO de Sousa e SILVA Paixão. *Código de Processo Tributário Comentado e Anotado*.
- Lima Guerreiro e Silvério Mateus. *Código de Processo Tributário Comentado*.
- SALDANHA Sanches. *Manual de Direito Fiscal*, 1998.
- COSTA, Cardoso da. O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal: a Jusrisprudência do Tribunal Constitucional, in Jorge Miranda (org.) *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 Anos da Constituição de 1976*.



---

PARTE ESPECIAL  
CONFERÊNCIAS DO CONGRESSO FRANCO BRASILEIRO DE  
DIREITO CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA SOCIAL NO SÉC XXI

---







# DESAFIOS E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO SÉCULO XXI

---

*Ana Maria D'Ávila Lopes\**

## 1 INTRODUÇÃO

No atual mundo globalizado, onde a diversidade cultural se revela na sua plenitude, levantam-se interrogações sobre como garantir o respeito e a convivência pacífica entre os diversos grupos culturais dos que a humanidade está composta.

Perante essa realidade, o multiculturalismo e a interculturalidade surgem, não para apontar a diversidade cultural como uma nova tendência da sociedade globalizada, mas com o intuito de oferecer respostas aos questionamentos que a sociedade do século XXI faz perante a sua crescente complexidade.

Buscando contribuir na elucidação de alguns desses interrogantes, é que neste trabalho serão inicialmente diferenciados os conceitos multiculturalismo e interculturalidade, salientando as vantagens teóricas e práticas deste último na consolidação de uma sociedade pacífica, na qual as culturas não apenas se respeitem ou se tolerem, mas possam interagir e aprender umas das outras. Seguidamente, os direitos culturais serão definidos para posteriormente defender sua natureza de direitos fundamentais. Finalmente, no marco da Constituição Federal brasileira de 1988, serão analisadas as normas relativas à proteção dos direitos culturais evidenciando a necessidade de uma maior atuação do estado e da sociedade civil para sua real implementação.

## 2 DEFININDO AS MINORIAS

Remillard<sup>2</sup> ensina que a história moderna da proteção internacional dos

---

\* Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

<sup>2</sup> REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: *Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional*. Quebec, 5 – 8 de março de 1986, p. 14.

direitos das minorias começou nos séculos XVI e XVII, em relação à proteção das minorias religiosas. Desse modo, o Tratado de Westphalia de 1648, que declarou o princípio da igualdade entre católicos e protestantes, pode ser mencionado como o primeiro documento que garantiu direitos a um grupo minoritário.

Nos anos seguintes, outros tratados garantindo, especialmente a liberdade religiosa, foram surgindo. Contudo, é importante assinalar que em todos esses casos o principal objetivo dos tratados era a celebração da paz e não exatamente a proteção direta de uma determinada minoria.

Talvez o primeiro momento mais específico de proteção das minorias possa ser considerado a Conferência da Paz (Paris 1919), que expressamente declarou a igualdade de todas as pessoas perante a lei, a igualdade dos direitos civis e políticos, a igualdade de trato e a segurança das minorias. Cabe, sem dúvida, à Sociedade das Nações o mérito de ter sido a primeira organização internacional que buscou proteger universalmente os direitos de todas as pessoas.

A partir daí, o grande salto foi dado apenas em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, onde no art. 27 estabeleceu-se a proteção das minorias étnicas, lingüísticas e religiosas. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não continha nenhuma menção expressa sobre esse tipo de direitos.

A demora na regulação de tão essenciais direitos pode ter sido conseqüência da dificuldade em definir o termo minoria. Capotorti<sup>3</sup> membro especial da sub-comissão da ONU, destaca a existência de dois tipos de critérios para definir as minorias:

a) critérios objetivos, que compreendem:

- a existência, no interior da população de um Estado, de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes ou distintas do resto da população;
- a diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população;
- a posição não dominante desse grupo minoritário.

b) critério subjetivo, que abrange:

- o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que os caracterizam, ou seja, a vontade comum de todo o grupo de conservar seus rasgos distintivos.

Em função desses critérios, Capotorti<sup>4</sup> define as minorias como:

*“un groupe numériquement inférieur au resto de la population d’un Etat, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de*

<sup>3</sup> Apud REMILLARD, op. cit. p. 13.

<sup>4</sup> Idem ibidem.

*L'Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui différent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effect de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue"*

No entanto, devemos chamar a atenção para o fato de que certas minorias são maiorias numéricas, como sucedia na África do Sul no tempo do *apartheid*, em relação à população negra. Nesse sentido, o critério objetivo numérico pode ser insuficiente para determinar o conceito de minoria, sendo a exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas dos grupos minoritários, o melhor critério objetivo de definição<sup>5</sup>.

De qualquer forma, o tradicional conceito de minoria tem se limitado a considerar apenas as características lingüísticas, religiosas ou étnicas de um grupo para sua definição como minoritário. Enfoque que hoje está sendo praticamente superado. Assim, Semprini<sup>6</sup>, além de criticar esse conceito restritivo de minorias, assinala a importância de considerar outras características passíveis de serem aplicadas na definição, levando-se em consideração a cultura e a realidade de cada sociedade. Desse modo, para o autor italiano, todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado um grupo minoritário.

### 3 DESAFIOS

Além das controvérsias na doutrina a respeito da própria definição de minorias, pouco tem sido feito para estabelecer um elenco especial de direitos visando garantir o pleno exercício da cidadania e a inclusão na sociedade dos grupos minoritários. Nesse contexto, a contribuição do Multiculturalismo tem sido notável.

O Multiculturalismo – também chamado de pluralismo cultural ou cosmopolitismo – busca conciliar o reconhecimento e respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades.

A expressão multiculturalismo designa, originariamente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas (...). Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas no sentido "emancipatório". O termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de "cultura", um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou terreno explícito de lutas políticas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção Internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

<sup>6</sup> Cf. SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/intromulti.html>. Acesso em 01 out 2004.

Ensina Miguel Carbonell<sup>8</sup> que a discussão sobre o Multiculturalismo tem se expandido a diferentes áreas do conhecimento social, abrangendo temas relativos às diferentes culturas que convivem no interior de um Estado.

Nesse panorama, Will Kymlicka, um dos principais expoentes do Multiculturalismo, distingue dois modelos de Estados multiculturais<sup>9</sup>:

a) o Estado multiétnico: correspondente ao Estado onde convivem várias nações devido a um processo de imigração como, por exemplo, os Estados Unidos, Canadá e Austrália. No obstante, os imigrantes não ocuparem terras natais podem ser considerados grupos minoritários, com a condição de que se estabeleçam conjuntamente e obtenham competências de auto-governo.

O grande desafio dos estados chamados multiétnicos é garantir que os imigrantes possam ter acesso aos direitos de participação política, visto que o maior problema existente em muitos estados é que o exercício da cidadania depende da nacionalidade. As formas tradicionais de aquisição da nacionalidade são duas: a) nascer no território do Estado (*ius soli*); b) ser descendente de um nacional (*ius sanguinis*). O primeiro critério é basicamente utilizado pelos Estados de imigração (como os Estados do continente americano), enquanto que o segundo critério é utilizado pelos Estados de emigração (estados europeus na sua maioria). De qualquer forma, esses critérios são hoje inadequados levando-se em consideração o alto grau de mobilidade das pessoas no mundo globalizado. Assim, os estados europeus não são mais estados exclusivamente de emigração, pois muitos deles apresentam um significativo número de imigrantes, enquanto que os estados americanos apresentam uma expressiva população que imigra a outros estados em busca de novas oportunidades de vida. A impossibilidade do acesso à condição de nacional desses imigrantes é extremamente grave na medida em que esse fato provoca sua exclusão do exercício da cidadania, o que, pela sua vez, decorre na limitação e, até negação, de muitos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

b) o Estado multinacional: no qual co-existem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias deste tipo de estados são basicamente nações que existiam originariamente no território do estado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos aborígenes canadenses, dos índios americanos ou dos indígenas brasileiros.

Durante muito tempo os estados americanos, e outros tradicionalmente considerados estados de imigração como a Austrália ou o Brasil, ignoraram os direitos das suas nações originárias, fundados na errônea e lamentável

<sup>8</sup> CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y multiculturalismo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/13/ens/ens3.pdf>. Acesso em: 23 .06.2008.

<sup>9</sup> KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 14.

<sup>10</sup> Cf. ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.

concepção de que essas nações “não tinham cultura” ou “eram de cultura inferior”, em relação à cultura ocidental.

Kymlicka dirige sua atenção, precisamente, a esses grupos minoritários, as nações originárias, consoante com a definição tradicional de minoria da ONU, que apenas reconhece os grupos com especiais características étnicas, lingüísticas ou religiosas como minorias. Dessa maneira, Kymlicka dedica sua Teoria do Multiculturalismo a analisar as culturas minoritárias entendidas essas apenas como nações ou povos. Não obstante, o autor canadense afirma não desconhecer a existência ou a importância de outros grupos minoritários, como as mulheres, homossexuais, idosos, etc. ele tem dirigido sua teoria aos estudos das minorias entendidas como nações<sup>11</sup>. Limitação que não prejudica a importância da repercussão das suas propostas na defesa das minorias em geral.

Nesse contexto, Kymlicka propõe o reconhecimento dos seguintes três tipos de direitos especialmente destinados a garantir a proteção das minorias e sua inclusão na sociedade:

a) Direitos de autogoverno: a maioria das nações minoritárias têm recorrentemente reivindicado o direito a alguma forma de autonomia política ou de jurisdição territorial. Direito esse que está previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, no artigo 1º, onde se estabelece o direito de autodeterminação dos povos. O grande problema tem sido a delimitação do significado do termo “povos”, visto que tradicionalmente esse direito não tem sido aplicado às minorias nacionais internas (as minorias originárias, como os indígenas), mas apenas às colônias de ultramar (“tese da água salgada”). Essa limitação mencionada por Kymlicka tem provocado a negação de qualquer direito de autogoverno às nações originárias dos estados multinacionais.

Para superar essa barreira, o autor canadense tem proposto a adoção da forma federal para os Estados multinacionais, como forma de facilitar a distribuição de competências governamentais capazes de conferir uma margem de atuação ou autonomia às minorias nacionais;

b) Direitos especiais de representação: são os direitos que visam compensar as insuficiências dos processos de representação política presentes nos Estados democráticos contemporâneos, garantido-se a participação das minorias no processo político, por meio de, por exemplo, as ações afirmativas. A principal crítica contra este tipo de direito se centra na impossibilidade de abranger a todos os grupos minoritários presentes nas sociedades;

c) Direitos poliétnicos: dirigidos a eliminar os preconceitos existentes

<sup>11</sup> Kymlicka reconhece a extrema abrangência do termo *cultura*, podendo este aludir tanto a um grupo com diferentes costumes (“cultura gay”), a um tipo de civilização (“civilização ocidental”), ou remeter à idéia de nação ou povo, sendo justamente esta última acepção a utilizada pelo autor canadense, seguindo a corrente instaurada pelo Pacto de Direitos Individuais e Políticos de 1996, que apenas reconhece como minoria os grupos lingüísticos, étnicos ou religiosos minoritários, sem que isso signifique desconhecer a importância das outras acepções. KYMLICKA, W. op. cit. (1996), p. 35.

contra as minorias culturais, denominados assim porque *“tienen como objetivo ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante”*<sup>12</sup>. Este tipo de direito é concretizado por meio de subvenções públicas para a preservação das diferentes práticas culturais das comunidades, assim como para garantir o acesso aos mercados de intercambio e serviços.

A previsão de direitos diferenciados a serem garantidos às minorias é defendida por Kymlicka<sup>13</sup> com base nos seguintes argumentos:

a) o argumento da igualdade: os direitos culturalmente diferenciados não necessariamente visam criar desigualdades, mas buscam eliminá-las. A atuação estatal não pode ser culturalmente neutral, devendo assegurar direitos especiais para concretizar uma igualdade no seu sentido material, superando a limitada concepção da igualdade formal, cega às desigualdades sociais;

b) o argumento dos pactos e acordos históricos: o direito à autodeterminação dos povos, previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, fundamenta o direito de todo povo de se auto-governar, segundo sua própria realidade e necessidades;

c) o argumento do valor da diversidade cultural: a diversidade cultural enriquece a vida das pessoas, na medida em que as experiências de outros povos contribuem fornecendo modelos alternativos de atuação, contribuindo, dessa forma, para o aperfeiçoamento das diferentes organizações sociais.

Não obstante, o argumento do respeito à diversidade cultural não deve ser utilizado para justificar práticas culturais que violem a dignidade humana, conforme o estabelecido no art. 4º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>14</sup>.

A defesa da previsão de direitos diferenciados para as minorias objetiva garantir o real exercício dos direitos fundamentais por todos os seres humanos, sem nenhuma discriminação, pressuposto *sine qua non* de todo Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>.

#### 4 PERSPECTIVAS

Buscando superar algumas das deficiências do Multiculturalismo, acusado de fomentar a criação de guetos na sociedade, surge a Interculturalidade.

<sup>12</sup> KYMLICKA, W. op.cit. (1996), p. 53.

<sup>13</sup> KYMLICKA, W, op. cit. (1996), p. 126 e ss.

<sup>14</sup> UNESCO. *Declaración Universal sobre a diversidad cultural*. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acceso en: 27 nov 2007.

<sup>15</sup> Cf. LOPES, Ana Maria D´Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. *Revista de Informação Legislativa*. ano 45, n. 177. jan/mar 2008. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19-29.

A Interculturalidade é um conceito que, embora tenha também surgido como reação dos estados nacionais ao processo de uniformização cultural decorrente da globalização, difere substancialmente do Multiculturalismo. Virgílio Alvarado<sup>16</sup> distingue claramente os dois conceitos ao afirmar que, enquanto o Multiculturalismo propugna a convivência num mesmo espaço social de culturas diferentes sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a Interculturalidade, ao pressupor como inevitável a interação entre essas culturas, propõe um projeto político que permita estabelecer um diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica<sup>17</sup>.

Nessa linha de pensamento, pronuncia-se também Fidel Tubino:

*Mientras que en el multiculturalismo la palabra clave es tolerancia, en la interculturalidad "la palabra clave es diálogo. La interculturalidad resume en parte el multiculturalismo, en el sentido de que para dialogar hay que presuponer respeto mutuo y condiciones de igualdad entre los que dialogan" (Etxeberria 2001:18)<sup>18</sup>.*

Em favor do conceito "Interculturalidade", Alvarado aponta algumas das suas principais características:

- a. É um conceito dinâmico que supera o multiculturalismo ao reconhecer a sociedade como um espaço de permanente interação;
- b. Propugna não apenas o respeito à diversidade cultural, mas a necessidade da convivência e troca de experiências;
- c. Procura re-criar as culturas existentes, reconhecendo que se encontram em permanente transformação;
- d. Propõe uma nova síntese cultural, o que implica a re-elaboração dos modelos culturais preconcebidos;
- e. Pressupõe a interação entre as culturas, que embora muitas vezes tensa, pode ser regulada.

Nesse contexto, Alvarado afirma que o estado não está apenas obrigado a criar e fortalecer mecanismos de resgate e respeito da identidade cultural dos diferentes grupos que o compõem, como assim o propõe o multiculturalismo, mas deve também o estado adotar sistemática e gradualmente espaços e processos de interação positiva entre as diferentes culturas, com a finalidade de abrir e gerar relações de confiança, de reconhecimento mútuo, de comunicação, diálogo e debate, aprendizagem e intercâmbio, cooperação e convivência.

<sup>16</sup> ALVARADO, Virgílio. Políticas públicas e interculturalidade. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 33 e ss.

<sup>17</sup> FULLER, Norma. Introducción. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 15.

<sup>18</sup> TUBINO, Fidel. Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 74.

No entanto, ainda não existem respostas definitivas

*A pesar de la creciente envergadura de la bibliografía sobre los derechos de las minorías aún no disponemos de una explicación sistemática sobre qué tipos de exigencias de las minorías son apropiados y en qué contextos y para qué grupos – por ejemplos, sobre cómo difieren las reclamaciones de los grupos indígenas de las reclamaciones de otros grupos nacionales.<sup>19</sup>*

O certo é que as democracias modernas, conforme o apontado por Carbonell, não podem continuar tratando as minorias como se não existissem<sup>20</sup>. Todo Estado auto-proclamado democrático deve garantir os direitos fundamentais de todos seus habitantes, sob pena da sua condição democrática ser criticamente questionada.

## 5 CONCLUSÃO

A construção e o fortalecimento de um estado democrático exigem não apenas o reconhecimento da sua diversidade cultural, mas a implementação de políticas públicas especiais que possam garantir a pacífica convivência e interação dos diversos grupos culturais que o compõem, haja vista que a defesa da diversidade cultural torna-se um imperativo ético indissociável do respeito à dignidade humana, conforme o disposto na “Declaração Universal sobre a diversidade cultural” da UNESCO e na Constituição Federal de 1988.

No século XXI, a humanidade ainda tem a chance de superar os erros do passado. É com essa preocupação que a interculturalidade propõe não apenas o reconhecimento/respeito do Outro, mas a necessidade de promover a interação pacífica entre as diversas culturas, pressuposto do próprio engrandecimento da humanidade.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO, Virgilio. Políticas públicas e interculturalidade. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y multiculturalismo*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/13/ens/ens3.pdf>. Acesso em: 23 .06.2008.

ELBAZ, Mikhaël. HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.

FULLER, Norma. Introducción. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003.

<sup>19</sup> KYMLICKA, Will. *La política vernácula*. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona: Paidós, 2003, p. 30.

<sup>20</sup> CARBONELL, M. op. cit. (on line).



KYMLICKA, Will. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. In *Revista de Informação Legislativa*. ano 45, n. 177. jan/mar 2008, Brasília: Senado Federal, 2008, p. 19-29.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: *Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional*. Quebec, 5 – 8 de março de 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/intromulti.html>. Acesso em: 01.10. 2004.

SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

TUBINO, Fidel. Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva. In: FULLER, Norma (ed.) *Interculturalidade y política*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003.

UNESCO. *Declaración Universal sobre a diversidade cultural*. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso en: 27.10. 2007.

WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção Internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.





# LA CONCEPTION DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES PAR L'UNION EUROPÉENNE

---

*Armelle Renault-Couteau*

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes tel qu'il résulte de l'article 119 du traité de Rome avait pour objectif, sur une demande de la France d'égaliser les conditions de concurrence<sup>1</sup>. Il n'avait alors qu'une portée économique et ne s'exprimait que sous la seule forme de l'égalité de rémunération.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a permis une évolution de cette conception initiale. Ainsi, l'arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976 affirme que l'article 119 n'a pas seulement une finalité économique mais également sociale<sup>2</sup>. La Cour ajoute dans ce même arrêt que le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes fait partie des fondements de la Communauté<sup>3</sup>. Dans l'arrêt *Defrenne III* du 15 juin 1978, la Cour reconnaît que l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine dont elle est tenue d'assurer le respect et que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux<sup>4</sup>.

D'abord exprimé sous la forme de l'égalité de rémunération, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes va prendre la forme de l'égalité de traitement et s'exprimera ensuite sous la forme de l'égalité des chances.

« Toutes personnes sont égales en droit » affirme l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice en décembre 2000. Tel peut être défini le credo de l'Union européenne en matière d'égalité, et notamment en matière d'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle

---

<sup>1</sup> La France a souhaité l'adoption de l'article 119 car elle craignait que ses entreprises soient mises dans une position défavorable au regard de la concurrence, du fait de l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes en France et dans les autres pays de la Communauté.

<sup>2</sup> CJCE, 8 avril 1976, *G. Defrenne c/ Sabena (Defrenne II)*, aff. 43/75, *Rec.*, p.455.

<sup>3</sup> Motifs 11 et 12 de l'arrêt *Defrenne II* précité.

<sup>4</sup> CJCE, 15 juin 1978, *G. Defrenne c/ Sabena (Defrenne III)*, aff. 149/77, *Rec.*, p.1365, points 26 et 27.

et les conditions de travail<sup>5</sup>. Toutefois, l'égalité en droit qui consiste à traiter de façon uniforme tous les individus en interdisant les discriminations dont ils pourraient faire l'objet peut cacher des inégalités ou des exclusions qui ne satisfont pas l'aspiration de la société à une justice plus égale donc plus juste. C'est pourquoi, « l'égalité en droit n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » ainsi que le proclame la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son article 23.

Ces mesures positives qui consistent à instaurer des inégalités pour restaurer l'égalité, s'analysent comme des dérogations à l'égalité de traitement (I) dont le seul objectif est de créer les conditions de l'égalité des chances, sans jamais atteindre l'égalité de résultat qui se situe au delà de la conception de l'Union européenne (II).

## 1 LES MESURES POSITIVES, DES DÉROGATIONS À L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

L'origine libérale de la construction communautaire explique la conception de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et dans le droit dérivé<sup>6</sup>. Jusqu'à l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, l'égalité est strictement conçue comme une égalité des droits<sup>7</sup>.

Les actions positives qui introduisent une différenciation des droits pour corriger les inégalités de fait existant dans une société, sont le moyen de tendre vers l'égalité des chances. Toutefois afin de préserver un équilibre entre liberté et égalité, les actions positives sont interprétées par le juge communautaire de façon stricte.

### L'égalité de traitement

La directive 76/207 du 9 février 1976 a pour objectif la mise en œuvre dans les États membres du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail<sup>8</sup>. Ce texte consacre le principe de

<sup>5</sup> L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes n'est pas visée dans cette étude.

<sup>6</sup> Voir, R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE, Paris, LGDJ, 2003, p.288 et svtes.

<sup>7</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.

<sup>8</sup> Directive 76/207 du 9 février 1976, *JOCE* n°L-39 du 14 février 1976, p.40. Cette directive a été modifiée par la directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *JOCE* n°L-269, 3 octobre 2002, p.15. La directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (dite directive de refonte) rassemble dans un document unique les passages pertinents des sept directives concernées par ce thème qui seront abrogées au 15 août 2009 parmi lesquelles la directive 76/207 modifiée par la directive 2002/73. La mise en œuvre de la directive de refonte sera effectuée au plus tard le 15 février 2013 une fois que les États auront remis à la Commission les informations nécessaires à l'établissement de ce rapport

l'égalité de traitement et introduit dans la législation communautaire le principe de l'égalité des chances avec l'article 2§4.

Selon l'article 2§1 de la directive 76/207, « le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe<sup>9</sup>, soit directement, soit indirectement par référence, notamment à l'état matrimonial ou familial ». La directive 76/207 ne définit pas les concepts de discrimination directe ou indirecte, la jurisprudence de la CJCE et le droit dérivé, ont comblé cette lacune<sup>10</sup>.

### 1) Les discriminations directes

La discrimination directe ou ouverte suppose un traitement différent entre deux individus uniquement du fait du sexe. En d'autres termes, elle utilise de manière « ostensible » le critère du sexe pour justifier une différence de traitement.

Cette définition donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* du 12 février 1974 a été précisée par la jurisprudence<sup>11</sup> puis par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 qui modifie la directive 76/207. Désormais, la discrimination directe est « la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »<sup>12</sup>. La discrimination directe est fondée sur la notion de traitement moins favorable dans une situation comparable. Ainsi la Cour de justice a invariablement affirmé à titre d'exemple, que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe<sup>13</sup>.

Avec pour objectif la volonté de progresser dans le sens du renforcement

---

au plus tard le 15 février 2011, JO L-204 du 26 juillet 2006, p.23-36.

<sup>9</sup> La définition de l'égalité de traitement donnée par l'article 2§1 de la directive 76/207 s'applique à tous les autres motifs de discrimination énoncés à l'article 13 TCE : le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Voir, E. Dubout, *L'article 13, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Université de Rouen, 18 décembre 2004, 739p. p.58-75.

<sup>10</sup> Voir, D. Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. Soc.*, 1987, n°11, pp.778-790. ; S. Leclerc, L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, l'ascension d'un droit social fondamental, in, J.F. Akandji-Kombé, M.J. Rodor et S. Leclerc (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.197-222.

<sup>11</sup> Voir notamment, CJCE, 8 novembre 1980, EJP *Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Tony Vol Wassenen Plus*, aff. 177/88, *Rec.*, p.I-3441, pt.13. ; CJCE, 7 Décembre 2000, *J. Schnorbus c/ Land Hessen*, aff. C-79/99, *Rec.*, p.I-10-927.

<sup>12</sup> Directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 du 9 février 1976 précitée. La directive 2006/54 du 5 juillet 2006 dite de refonte reprend le même texte dans son article 2.

<sup>13</sup> CJCE, 30 avril 1998, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs c/ Évelyne Thibault*, *Rec.*, 1998, p.2011. Dans cet arrêt, la Cour affirme que constitue une discrimination directe en raison du sexe, une réglementation nationale qui prive une femme en congé de maternité du droit d'être notée et donc d'avoir les mêmes chances que d'autres d'accéder à une promotion professionnelle.

de l'égalité de traitement, la Cour de justice a identifié dans l'arrêt *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* de 1974 précité un concept distinct de celui de discrimination directe : la discrimination indirecte.

## 2) Les discriminations indirectes

« Les règles de l'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles, mais encore toutes formes dissimulées de discriminations qui, par application d'autres critères aboutissent en fait au même résultat »<sup>14</sup>. Ainsi que l'affirme le juge communautaire, il existe à côté des discriminations directes, ouvertes, des discriminations indirectes, c'est-à-dire déguisées, dissimulées derrière une mesure en apparence neutre, inoffensive mais qui en réalité désavantagent les personnes concernées. Le travail à temps partiel<sup>15</sup>, l'ancienneté, la force, l'état matrimonial ou familial, ou encore l'allongement de la durée de cotisation pour bénéficier des droits à la retraite<sup>16</sup>, sont des critères dont il est impossible à priori de soupçonner les conséquences discriminatoires mais dont l'utilisation vise indirectement à défavoriser une personne par rapport à une autre.

La discrimination indirecte est plus difficilement décelable que la discrimination directe et de surcroît la preuve de son existence n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre. Conscient de cette difficulté et avec l'objectif de se doter de moyens de plus en plus performants pour protéger l'égalité de traitement, le législateur a introduit dans la législation communautaire la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve<sup>17</sup> qui codifie la jurisprudence antérieure de la Cour<sup>18</sup>. L'article 19 de cette directive prévoit que les États membres, conformément à leur système juridique<sup>19</sup>, prendront les

<sup>14</sup> CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, *Rec.*, p.153, pt.11. Cet arrêt concerne les discriminations fondées sur la nationalité. Il a été étendu à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et notamment dans l'arrêt du 31 novembre 1981, *J.P. Jenkins c/ Kingsgate Ltd*, aff. 96/80, *Rec.*, p.911.

<sup>15</sup> Le travail à temps partiel a donné lieu à une importante jurisprudence dans laquelle la Cour a précisé la portée du concept de discrimination indirecte délibérée (Affaire *Jenkins c/ Kingsgate* précitée) et celle de discrimination indirecte non délibérée, CJCE, 13 mai 1986 *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Weber von Hartz*, aff. 170/84, *Rec.*, p.1607. ; CJCE 13 juillet 1989, *Rinnen-Kühn c/ FWW Spezialgebaudereinigung GmbH & Co*, aff. KG-171/88, *Rec.*, p.2743. Voir en ce sens C. Barnard, « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », in *l'Union européenne et les droits de l'Homme*, dir. Philip Alston, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.243-244.

<sup>16</sup> « Retraites : les femmes paient le prix fort ! Les réformes de 1993 et 2003 renforcent les inégalités d'emploi et de salaire », *Le Monde*, 12 avril 2008, p.19. ; Voir, C. Weisse-Marchal, « La réforme du régime des retraites des fonctionnaires et l'égalité de traitement entre hommes et femmes », *AJDA*, 8 mars 2004, p.476-480.

<sup>17</sup> Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE* L14 du 20 janvier 1998, p.6, modifiée par la directive 98/52, *JOCE* L20J du 22 juillet 1998, p.66, abrogée par la directive de refonte en 2019, 2006/54/CE du 5 juillet 2006 précitée.

<sup>18</sup> Voir notamment, CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, aff. 127/92, *Rec.*, p.I-5535 ; CJCE, 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk industries* (ex post Royal Copenhagen), aff. C-400/93, *Rec.*, p.I-1275.

<sup>19</sup> L'article 6 de la directive 76/207 prévoit que les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne des mesures nécessaires pour permettre à toute personne lésée par la non application à

mesures nécessaires pour lutter contre les discriminations directes ou indirectes et dégage un principe selon lequel l'employeur doit prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement dès lors qu'une personne (l'employé(e)) a établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte<sup>20</sup>.

Le concept de discrimination indirecte est défini dans la directive 200/73 du 23 septembre 1973 comme « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour y parvenir soient appropriés et nécessaires ». Cette définition met en évidence la nécessité du contrôle de proportionnalité d'ailleurs quasiment systématique en matière de discrimination indirecte, qui amène le juge à s'interroger sur la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure en cause, sur sa nécessité pour atteindre l'objectif poursuivi ainsi que sur son interchangeabilité<sup>21</sup>.

A travers le contrôle de proportionnalité, le juge est amené à se poser la question de la limite acceptable d'une différenciation juridique dont l'objectif est de tenir compte de l'existence de situations différentes et de la nécessité de les corriger. En d'autres termes, quelle est la limite de l'objectif de réduction des inégalités que le juge est prêt à accepter? Jusqu'où peuvent aller les justes et légales inégalités? Comment le juge communautaire conçoit-il l'égalité des chances?

### Vers l'égalité des chances

La directive 76/207 confère aux femmes des droits particuliers dans l'article 2§3 et 2§4 qui constituent des dérogations à un droit individuel, le droit de chaque individu de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, droit d'ailleurs reconnu par la Cour elle-même comme un droit fondamental dont elle assure le respect. Dès lors, les mesures positives visées dans l'article 2§4 sont interprétées de façon très stricte, pour ne pas dire restrictive<sup>22</sup> par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt

---

son égard du principe de l'égalité de traitement, de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après le recours éventuel à d'autres instances compétentes. Sur la question des voies de recours, voir, C. Barnard, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p.263-266.

<sup>20</sup> Ce principe est d'ailleurs réaffirmé à l'article 19 du titre III de la directive de refonte 2006/54 précitée. ; Sur la preuve de la discrimination, voir, M.T Lanquetin, « Un tournant en matière de preuves des discriminations », *Dr. Soc.*, 2000, n°6, pp.589-593. ; Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, *Le recours en droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n°2 du Conseil d'orientation, octobre 2000, 80 p

<sup>21</sup> Voir en ce sens, M.F. Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, 1987, n°82, p.102. ; Sur les liens étroits entre principe d'égalité et principe de proportionnalité, voir, E. Dubout. L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations, *op. cit.*, p.481-488. ; Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2003, p.180-182. ; J.Ziller, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, juin 1996, n° spécial, *Droit administratif et droit communautaire*, p.187. Voir *infra* p.16-17.

<sup>22</sup> En ce sens, Marie-France Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *op. cit.*, p.93.

*Kalanke* du 17 octobre 1995<sup>23</sup>.

### 1) Les dérogations à un droit individuel

Les dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité énoncées dans l'article 2§3 de la directive 76/207 sont des exceptions au principe de l'égalité de traitement<sup>24</sup>, puisqu'une action en faveur des femmes constitue une discrimination contre les hommes au sens du paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 76/207.

Dérogation au principe d'égalité de traitement, mais dérogation légitime qui ne constitue pas un obstacle ou un handicap freinant l'égalité de traitement. En effet, la Cour de justice, dans une jurisprudence constante a reconnu qu'il est légitime, au regard du principe de l'égalité de traitement de protéger une femme en raison de sa condition biologique pendant et après la grossesse<sup>25</sup>. Le droit dérivé a ensuite pris acte de cette évolution<sup>26</sup>. Il en va différemment des actions positives de l'article 2 paragraphe 4.

L'article 2§4 introduit la notion d'égalité des chances dans le droit dérivé en affirmant : « la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1§1 ». Selon la Cour, l'article 2§4 a pour objectif d'autoriser des mesures discriminatoires en apparence mais qui visent à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la vie sociale<sup>27</sup>. Il s'agit bien d'instaurer des inégalités pour restaurer l'égalité et par conséquent d'introduire une différenciation des droits qui consiste à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans une situation initiale différente<sup>28</sup>.

L'article 2§4 tout comme l'article 2§3 étant des dérogations à l'égalité de traitement doivent donc être interprétés de façon stricte. L'article 2§4 a fait l'objet de remarques d'ordre général dans l'arrêt *Commission des Communautés européennes c/ République française* du 25 octobre 1988 suivi de nombreuses années de silence jusqu'à l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.

<sup>24</sup> L'article 2§3 est ainsi libellé : « La présente directive ne fait pas d'obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

<sup>25</sup> Voir CJCE, 12 juillet 1984, *Hoffman c/ Barnen-Ersatzkasse*, aff. 184/83, *Rec.*, p.3047, point 25. ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/ Chief of Constable of Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, 1986, p.1651.; CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. 318/86, *Rec.*, p.6315, point 13.; CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec.*, p.I-69, pt. 30.

<sup>26</sup> La directive 76/207 a été modifiée par la directive 2002/73 qui reproduit l'article 2§3 et le précise en ce qui concerne le retour de congé de maternité et de reprise de l'activité salariée (article 2 al. 7§1 et 7§2).

<sup>27</sup> CJCE, 25 octobre 1988, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, précité, point 15.

<sup>28</sup> Voir, G. Koubi, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » in G.Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, p.69-89.

<sup>29</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, *Rec.*, p.I-3051.



## 2) Les actions positives doivent être interprétées de façon stricte

L'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995 ouvre le débat sur les actions positives en matière d'égalité des sexes.

Dans cet arrêt, la CJCE a été saisie d'un renvoi préjudiciel par la Cour fédérale allemande du travail sur la question de savoir si la réglementation du Land de Brême en matière de priorité d'embauche des femmes était conforme aux traités communautaires. La loi allemande du 20 septembre 1990 prévoyait qu'à qualification égale, une femme devait être préférée en priorité à un homme quand les femmes sont sous-représentées dans une catégorie de personnel donnée, étant entendu qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie du personnel concerné.

La Cour a censuré l'automatisme de la dérogation accordée aux femmes sous la forme de quotas rigides (point 16), en affirmant qu'une priorité absolue et inconditionnelle accordée aux femmes par une législation nationale va au-delà de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2§4 (point 22) uniquement destinée à promouvoir et à réaliser l'égalité des chances, sans y substituer une égalité de résultat (point 23).

L'arrêt *Kalanke* a fait l'objet de nombreuses critiques qui ont amené la Commission à adopter une communication au Conseil et au Parlement européen sur l'interprétation de l'arrêt *Kalanke*<sup>30</sup>. Celle-ci estime qu'il est nécessaire de modifier la directive 76/207 de façon à préciser clairement que les discriminations positives autres que les quotas rigides sont autorisées par le droit communautaire. S'agirait-il ici d'une ouverture vers une approche faisant place à une conception plus souple des actions positives ?

## 2 L'OUVERTURE VERS L'ÉGALITÉ SUBSTANTIELLE

L'égalité en droit se transforme progressivement en une égalité substantielle sous l'impulsion du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 qui consacre juridiquement les actions positives dans le droit primaire à l'article 141 paragraphe 4. La Cour de Justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence a révélé la portée et les limites de cet article précisant en cela sa conception de l'égalité substantielle.

### La consécration juridique des actions positives

L'article 2§4 de la directive 76/207 a longtemps servi de fondement juridique à la politique communautaire en matière d'égalité des chances entre les hommes et les femmes. Afin de tendre vers une égalité plus réelle, certaines initiatives ont contribué à déterminer la portée de l'actuel article 141§4.

<sup>30</sup> COM (96) 88 final.

### 1) *Les incitations à l'ouverture*

La reconnaissance des actions positives comme moyen de promouvoir l'égalité des chances s'est opérée progressivement dans les textes souvent dépourvus de valeur juridique contraignante mais qui ont contribué à faire évoluer l'approche communautaire de l'égalité.

La recommandation 84/635 du Conseil du 13 décembre 1984 incitait les États membres « à adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité de l'emploi »<sup>31</sup>. Cette recommandation d'ailleurs citée par l'arrêt Kalanke qui en a ignoré la portée (point 28) va même jusqu'à la différenciation des divers types d'actions positives en distinguant actions positives de moyens et actions positives de résultat<sup>32</sup>.

L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux des travailleurs adoptée le 9 décembre 1989 affirmait la nécessité d'assurer l'égalité de traitement et de développer l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. L'action positive qui relève de l'égalité des chances revêt un caractère programmatique<sup>33</sup> précisé au deuxième paragraphe de l'article 16 selon lequel « il convient d'intensifier, partout où cela est nécessaire, les actions pour garantir la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes »<sup>34</sup>.

L'accord sur la politique sociale annexé au protocole n°14 au traité de Maastricht de février 1982 énonce à l'article 6§3 la possibilité pour les États membres « de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle »<sup>35</sup>.

L'article 6§3 admet la possibilité pour les États de mettre en œuvre un traitement différencié, c'est à dire « des mesures prévoyant des avantages spécifiques » à l'égard des femmes pour compenser une situation au départ moins favorable ou désavantageuse. Il s'agit bien dans ce cas d'accepter un traitement juridique différent à des situations différentes au moyen de mesures

<sup>31</sup> Recommandation du Conseil 84/635 du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCE, L331 du 19 décembre 1984.

<sup>32</sup> En ce sens, M.F. Christophe-Tchakaloff, « Égalité et action positive en droit européen », *op. cit.*, p.95. ; L'auteur cite également la résolution 855 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1986 qui va dans le même sens que la recommandation 84/635

<sup>33</sup> En ce sens, J.Y. Carlier, « La condition des personnes dans l'Union européenne », *op. cit.*, p.237.

<sup>34</sup> Le texte énumère les domaines concernés par ce programme d'action positive : l'accès à l'emploi, la rémunération, les conditions de travail, la protection sociale, l'éducation, la formation professionnelle et l'évolution des carrières.

<sup>35</sup> L'accord sur la politique sociale ne s'applique pas au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord. Voir, Ch. Tobler, « Positive action under the revised second equal treatment directive », in, *L'égalité entre les hommes et les femmes et la vie professionnelle - Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Dalloz, 2003, p.61. La seule décision de la CJCE sur l'article 6§3 est l'arrêt *Joseph Griesmar c/ Ministre de l'Economie et Ministre de la Fonction publique*, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Rec.*, p.I-9383, points 60 à 67.

spécifiques, dont les États ont le pouvoir d'apprécier l'opportunité.

Exprimant une forme de consensus, le paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord sur la politique sociale a été repris à l'identique par l'article 141§4 du traité d'Amsterdam d'octobre 1997.

## 2) La portée de l'article 141§4

Le traité d'Amsterdam insère expressément l'établissement de l'égalité entre les hommes et les femmes, principe fondamental du droit communautaire, dans les missions de la Communauté à l'article 2 TCE et intègre, au paragraphe 4 de l'article 3 TCE la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes comme préoccupation devant guider toutes les actions énoncées à ce même article<sup>36</sup>. Cette volonté de faire avancer la cause de l'égalité s'est également traduite par la rédaction de l'article 13 TCE, clause d'habilitation dont dispose désormais la Communauté pour combattre les discriminations, y compris les discriminations fondées sur le sexe.

L'article 141 TCE quant à lui reprend l'article 119 sur l'égalité de rémunération et confirme au paragraphe 3 l'engagement de la Communauté à « adopter des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement... »<sup>37</sup>.

Distinct de l'article 141 paragraphe 3, l'article 141 paragraphe 4 confère une base juridique solide aux actions positives dans le traité : « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser les désavantages dans la carrière professionnelle* ».

La notion de sexe sous-représenté évoquée à l'article 141§4 a le mérite de ne pas impliquer de discrimination à l'encontre d'un sexe particulier, en basant l'action positive sur la personne concernée par l'inégalité<sup>38</sup>. De plus, cette notion évite de catégoriser un sexe plus que l'autre, de constituer des groupes ciblés de personnes dont l'effet est d'éclater la société au lieu de l'unifier, de balkaniser le

<sup>36</sup> Voir la communication de la Commission « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires », COM (96) final du 31 septembre 1996 (point 6). Cette stratégie d'intégration dite du « mainstreaming » a été mise en place lors du quatrième programme d'action pour l'égalité des chances (1996-2000), JOCE L335 du 17 octobre 1995.

<sup>37</sup> Sur cet aspect, voir notamment, C. Barnard, *L'égalité des sexes dans l'Union européenne* : un bilan, *op. cit.*, p.253-259.

<sup>38</sup> Cette précision sur le sexe sous-représenté n'empêche d'ailleurs pas le législateur communautaire à inciter les États membres qui souhaiteraient adopter des mesures positives à le faire en priorité envers les femmes afin d'améliorer leur situation dans la vie professionnelle. Voir Déclaration n°28 relative à l'article 141 (ex article 119), §4, du traité instituant la Communauté européenne.

corps social<sup>39</sup> sur le modèle américain d'ailleurs fortement remis en cause<sup>40</sup>.

L'article 2§4 de la directive 76/207 évoquait les actions positives comme moyen pour rétablir une situation inégalitaire et se limitait clairement dans son énoncé à l'égalité des chances. L'article 141§4 abandonne toute référence à l'égalité des chances. Dès lors, en isolant l'article 141§4 ainsi réservé aux actions positives de l'article 141§3 consacrant le principe de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances, il semble que le législateur franchisse le pas vers une autre forme d'égalité, la « pleine » égalité, l'égalité réelle, l'égalité de résultat<sup>41</sup>.

Toutefois, il est vrai que les expressions « faciliter l'exercice », « prévenir ou compenser des désavantages » ne concernent que l'égalité des chances même si parfois la limite entre l'égalité des chances et l'égalité de résultat est difficile à déterminer<sup>42</sup>. De plus, la jurisprudence postérieure au traité d'Amsterdam et les modifications apportées à la directive 76/207 vont aussi dans le sens d'une interprétation restreinte de la portée de l'article 141§4<sup>43</sup>. En vérité, l'article 2§8 de la directive 2002/73 qui remplace l'article 2§4 de la directive 76/207 ne fait que reprendre les termes de l'article 141§4 eux-mêmes repris par l'article 3 de la directive 2006/54 du 5 juillet 2006<sup>44</sup>.

Toutefois, pas plus l'article 141§4, que l'article 2§8 de la directive 2002/73 ne définissent les mesures positives. Cette forme d'incertitude qui est aussi une forme de prudence de la part du législateur laisse au juge le soin d'en déterminer la portée et les limites.

## B) La portée et les limites des actions positives

A partir de l'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997, la Cour va devoir aligner sa jurisprudence sur le traité et, notamment sur l'article 141§4<sup>45</sup>. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît la légalité de la législation nationale mettant en œuvre des actions positives car elle comporte une « clause d'ouverture » qui

<sup>39</sup> En ce sens, G. Soulier, « Discrimination », in A.J. Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p.185.

<sup>40</sup> La constitution de groupes pouvant bénéficier de mesures discriminatoires contribue à éclater la société au lieu de l'unifier. L'individu est alors situé : noir, blanc, asiatique, indien. Il convient de préciser qu'aux États-unis, c'est chaque individu qui détermine volontairement son appartenance à un groupe au moment du recensement. De même, au Royaume-Uni, il est possible d'appartenir à cinq groupes et au Canada, en plus de l'appartenance à un groupe minoritaire, il est possible de réclamer aussi son appartenance à un sexe. Voir, J. Bougrab, *Les discriminations positives*, Dalloz, 2007, p.27.

<sup>41</sup> En ce sens, S. Koukoulis-Spiliotopoulos, *From formal to substantive gender equality; The proposed amendment of directive 76/207. Comments and suggestions*, Athènes/Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers and Brussels: Bruylant 2001 : S.58.; C. Barnard, B. Hepple, « Substantive Equality », *Cambridge Law Review*, 2000, p.576.; Ch. Tobler, *Positive action under the revised second equal treatment directive*, *op. cit.*, p.82.

<sup>42</sup> En ce sens, R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union européenne*, in *Pouvoirs et liberté - Études offertes à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.47-48.

<sup>43</sup> Directive 2002/73 CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 précitée note 8.

<sup>44</sup> Directive 2006/54 CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 précitée note 8.

<sup>45</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, p.I-6383.

en conditionne la légalité. Plus tard, dans l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002<sup>46</sup> la Cour va introduire le principe de proportionnalité qui, à l'instar de la clause d'ouverture s'analyse comme un modérateur des actions positives dont l'objectif reste limité au cadre restreint de l'égalité des chances.

### 1) L'introduction de la clause d'ouverture

La législation du Land Nordrhein Westfalen oblige, à qualifications égales à promouvoir prioritairement le candidat féminin dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau du poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne du candidat masculin ne fasse pencher la balance en sa faveur<sup>47</sup>. En application de cette législation, une femme dont les qualifications étaient égales à celles de Mr. Marschall lui a été préférée lors d'une promotion dans l'enseignement.

À la différence de l'arrêt *Kalanke*, le droit de préférence accordé en l'espèce n'est ni absolu ni inconditionnel car il comporte « une clause d'ouverture » qui en relativise les effets. Dans la mesure où une telle clause est prévue, « dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsque un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». Il ne faut pas, par contre que de tels critères soient utilisés à des fins discriminatoires envers les candidats féminins<sup>48</sup>.

Si dans l'arrêt *Marschall* le juge se refuse à apprécier les critères d'ouverture et en attribue la compétence aux juridictions nationales (point 34 de l'arrêt), dans l'arrêt *Badeck* du 28 mars 2000 il donne une liste des critères d'ouverture dont peuvent d'ailleurs aussi bénéficier les hommes et en rappelle les objectifs<sup>49</sup>. Selon le juge, ces critères visent « à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale » et ainsi à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141§4 des

<sup>46</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/95, *Rec.*, p.1-289.

<sup>47</sup> Ce membre de phrase : «... à moins que des motifs tenant à la personne du candidat ... » est l'énoncé de ce que la Cour a appelé « la clause d'ouverture ».

<sup>48</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, précité, note 47, point 33.

<sup>49</sup> CJCE, 28 mars 2000, *G. Badeck et autres c/ Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, aff. C-158/97, *Rec.*, p.1-1875, point 31. Il s'agit de critères positifs et négatifs qui, bien que formulés en des termes neutres quant au sexe et dont peuvent donc bénéficier les hommes, favorisent en général les femmes : L'ancienneté, l'âge, la date de la dernière promotion ne seront pris en compte que dans la mesure où ils présentent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats. De même, il peut être prévu que la situation familiale ou le revenu du ou de la partenaire sont sans incidence et que les emplois partiels, les congés et les retards pour l'obtention du diplôme de formation liés à la nécessité de s'occuper d'enfants ou de parents qui requièrent des soins ne doivent avoir aucun effet négatif. Par contre, les capacités et l'expérience acquises dans l'exercice des tâches familiales, dès lors qu'elles révèlent une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats et candidates peuvent être prises en considération (point 31 de l'arrêt *Badeck* du 28 mars 2000 précité).

désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté<sup>50</sup>.

L'arrêt *Abrahamsson* du 6 juillet 2000 précise que l'application de ces critères doit répondre à l'obligation de transparence et pouvoir être contrôlés afin d'exclure toute appréciation arbitraire de la qualification des candidats<sup>51</sup>. Dès lors, les critères en cause sont encadrés et doivent être appliqués de telle sorte qu'ils ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi : l'égalité des chances qui passe maintenant à un autre stade avec la prise en compte du principe de proportionnalité.

## 2) L'introduction du principe de proportionnalité

L'autorisation de recourir aux actions positives en faveur du sexe sous-représenté est soumise à l'examen de la proportionnalité ainsi que la Cour l'a exigé dans l'arrêt *Abrahamsson* précité, d'ailleurs confirmé par l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002<sup>52</sup>.

La législation, suédoise à l'origine de l'affaire *Abrahamsson* permet à l'administration de donner la priorité au sexe sous-représenté même lorsque les qualifications et les mérites de la candidate en cause s'avèrent inférieurs à ceux du candidat en tête de classement<sup>53</sup>. De toute évidence, la législation suédoise était contraire à la directive 76/207 (article 2§4) et à l'article 141§4 du traité CE car l'obligation de préférence exige une équivalence réelle des qualifications et une objectivité dans la sélection des candidats<sup>54</sup>. Dès lors, privilégier une femme dont les compétences sont inégales à celles du candidat masculin constitue une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Selon l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002 « il y a lieu en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »<sup>55</sup>.

N'est donc pas contraire au principe de proportionnalité la réglementation du ministère de l'agriculture des Pays-Bas qui réserve aux seuls fonctionnaires féminins les places de garderies subventionnées en nombre limité alors que les fonctionnaires masculins ne peuvent y avoir accès que dans des cas d'urgence

<sup>50</sup> CJCE, 28 mars 2000, *G. Badeck* précité, point 32.

<sup>51</sup> En ce sens, CJCE, 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson et autres c/ F. Fogelqvist*, aff. C-407/98, *Rec.*, p.I-5539, point 49.

<sup>52</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-289.

<sup>53</sup> En l'espèce, Madame Fogelqvist a été nommée de préférence à Monsieur Anderson à un concours destiné à pourvoir une chaire de professeur à l'Université de Göteborg, alors que ses qualifications et services étaient inférieurs. De plus la législation en cause dans cette affaire ne permettait pas de tenir compte des circonstances et situations personnelles du candidat qui ne bénéficie pas de l'action positive.

<sup>54</sup> CJCE, *Abrahamsson* précité, point 56.

<sup>55</sup> CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-289, point 39.

relevant de l'appréciation de l'employeur. Cette décision s'explique par le contexte, caractérisé par une insuffisance avérée des structures d'accueil et par l'objectif de la réglementation instaurée afin de lutter contre une sous-représentation importante de femmes<sup>56</sup>. Par contre, une mesure qui excluerait les fonctionnaires masculins qui assument seuls la garde de leurs enfants de la possibilité d'accéder à un système de garderie subventionné par leur employeur irait à l'encontre du principe de proportionnalité et serait dès lors, contraire à l'article 2 paragraphe 4 de la directive, en portant une atteinte excessive au droit individuel à l'égalité de traitement garanti par la directive.

S'inspirant de ses décisions dans les affaires *Lommers* et *Badeck*<sup>57</sup> la Cour a affirmé dans l'arrêt *Briheche* du 30 septembre 2004 que la législation française accorde une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes, contraire à la directive 76/207 (article 2§4) et à l'article 141§4 CE en réservant l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics en cause aux seules veuves non remariées qui se trouvent alors dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés qui sont dans la même situation<sup>58</sup>. La mesure en cause conduit à une discrimination disproportionnée par rapport au but poursuivi et méconnaît la nécessité d'une appréciation objective qui tienne compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

Le droit communautaire depuis l'arrêt *Kalanke* consacre une protection individuelle de l'égalité qui centre l'analyse sur la personne. C'est pourquoi, les actions positives sont conçues comme une dérogation à un droit individuel, le droit de chaque individu de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, droit d'ailleurs reconnu par la Cour elle-même comme un droit fondamental dont elle assure le respect. Toutefois, pour répondre aux besoins de justice sociale qui s'inscrit dans ses missions, l'Union européenne s'est engagée à promouvoir l'égalité des chances. C'est l'objectif de l'article 2§4 de la directive 76/207 et de l'article 141§4 qui ont pour « but précis et limité d'autoriser des mesures qui visent à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »<sup>59</sup>. Les mesures positives qui sont des mesures correctrices pour l'avenir<sup>60</sup> ont donc pour mission de créer les conditions de l'égalité substantielle ; elles n'ont pas vocation à aller au-delà, c'est-à-dire vers l'égalité de résultat. Ce n'est d'ailleurs pas souhaitable et ce n'est pas non plus l'objectif de la directive de refonte 2006/54 dont la mise en œuvre est prévue pour février 2013 de changer cette philosophie.

<sup>56</sup> CJCE, *Lommers* précité, point 50.

<sup>57</sup> Point 23 de l'arrêt *Badeck*, CJCE 28 mars 2000, aff. C-158/97, *Rec.*, p.I-1875 et point 39 de l'arrêt *Lommers* du 19 mars 2002, aff. C-476/99, *Rec.*, p.I-285 point 39.

<sup>58</sup> CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, aff. C-319/03, *Rec.*, p.I-08807.

<sup>59</sup> CJCE, 11 novembre 1997, *H. Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-409/95, *Rec.*, p.I-6363, point 26.; CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche* précité, point 22.

<sup>60</sup> Une mesure réservant un quota de 50% des places disponibles de formation aux femmes est conforme à la légalité communautaire, car ce ne sont pas des postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation qui permettront peut être d'accéder à un emploi. CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, précité, point 53.







## LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

---

*Diane de Bellescize<sup>1</sup>*

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été élaborée au sein du Conseil de l'Europe. Ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, à Rome le 4 novembre 1950, elle est entrée en vigueur en septembre 1953. S'inspirant de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les auteurs de la Convention souhaitaient poursuivre les objectifs du Conseil de l'Europe par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

D'une part, la Convention consacre une série de droits et libertés civils et politiques. Elle énonce une liste de droits et libertés fondamentaux (droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et du travail forcé, droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable, pas de peine sans loi, droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, liberté de réunion et d'association, droit au mariage, droit à un recours effectif, interdiction de discrimination). D'autres droits ont été ajoutés par des protocoles additionnels à la Convention : Protocoles 1 (protection des biens, droit à l'instruction et droit à des élections libres), 4 (Liberté de circulation), 6 (abolition de la peine de mort), 7 (Droit d'appel dans les affaires pénales ; indemnisation pour condamnation abusive), 12 (Interdiction générale de la discrimination) et 13 (.....)<sup>2</sup>. Les Parties s'engagent à reconnaître ces droits et libertés à toute personne relevant de leur juridiction.

D'autre part, elle met en place un dispositif visant à garantir le respect par les Etats contractants des obligations assumées par eux. Afin d'assurer le

---

<sup>1</sup> Professor of law at Le Havre University

<sup>2</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la Convention, treize Protocoles additionnels ont été adoptés. Les Protocoles nos 1, 4, 6, 7, 12 et 13 ont ajouté des droits et libertés à ceux consacrés par la Convention. Le Protocole n° 2 a donné à la Cour le pouvoir de rendre des avis consultatifs. Le Protocole n° 11 a restructuré le mécanisme de contrôle (voir ci-dessous). Les autres Protocoles concernaient l'organisation des institutions mises en place par la Convention et la procédure devant être suivie devant eux.

respect des engagements des Parties, la Cour européenne des Droits de l'Homme a été instituée à Strasbourg. A l'origine, la Convention avait prévu deux organes indépendants chargés de contrôler l'application des droits garantis : la Commission européenne des Droits de l'Homme (mise en place en 1954), qui examinait les requêtes et statuait sur leur recevabilité et la Cour européenne des Droits de l'Homme siégeant à Strasbourg dans le cadre du Conseil de l'Europe. D'après le texte initial de la Convention, des requêtes pouvaient être introduites contre les Etats contractants par d'autres Etats contractants. Le Protocole n° 9 (1994) a ouvert aux requérants individuels (particuliers, groupes de particuliers ou organisations non gouvernementales) la possibilité de porter leur cause devant la Cour, sous réserve de la ratification dudit instrument par l'Etat défendeur et de l'acceptation de la saisine par un comité de filtrage. La reconnaissance du droit de recours individuel était donc seulement facultative. Avec la ratification du Protocole n° 11 à la Convention (1998), la reconnaissance est devenue obligatoire.

A partir de 1980, l'augmentation croissante du nombre d'affaires portées devant les organes de la Convention rendit de plus en plus malaisée la tâche de maintenir la durée des procédures dans des limites acceptables. Ironie du sort, la Cour condamnait les Etats sur la base de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable) pour une durée inacceptable de leur procédure. Le problème s'aggrava avec l'adhésion de nouveaux Etats contractants à partir de 1990. Alors qu'elle avait enregistré 404 affaires en 1981, la Commission enregistra 4 750 en 1997. Par ailleurs, le nombre de dossiers non enregistrés ou provisoires ouverts par elle au cours de cette même année 1997 avait grimpé à plus de 12 000. Les chiffres pour la Cour reflétaient une situation analogue : 7 affaires déferées en 1981, 119 en 1997.

Cette charge de travail croissante donna lieu à un long débat sur la nécessité de réformer le mécanisme de contrôle créé par la Convention, qui aboutit à l'adoption en 1998 du Protocole n° 11 à la Convention transformant la structure du mécanisme de contrôle. Le but poursuivi était de la simplifier afin de raccourcir la durée des procédures et de renforcer en même temps le caractère judiciaire du système, en le rendant complètement obligatoire et en abolissant le rôle décisionnel du Comité des Ministres.

Entré en vigueur le 1er novembre 1998, ce Protocole a remplacé les anciennes Cour et Commission qui fonctionnaient à temps partiel par une Cour unique et permanente. Cet instrument a fait de la procédure fondée sur la Convention une procédure totalement judiciaire, la fonction de filtrage des requêtes anciennement dévolue à la Commission ayant été confiée à la Cour elle-même<sup>3</sup>, dont la compétence est devenue obligatoire. Mais la consécration par ce Protocole, du recours individuel, clé de voute du système européen de protection (les Etats déposent très rarement des requêtes contre d'autres Etats),

<sup>3</sup> La Commission continua pendant une période transitoire d'une année (jusqu'au 31 octobre 1999) de traiter les affaires qu'elle avait déclarées recevables avant cette date.

ajoutée à l'élargissement du Conseil de l'Europe à la suite de l'adhésion des ex-pays communistes aboutit à une inflation galopante des requêtes. Environ 800 millions de justiciables ont accès à la Cour aujourd'hui.

Au cours des trois années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la charge de travail de la Cour a connu une augmentation exponentielle. Le nombre de requêtes enregistrées est passé de 5 979 en 1998 à 13 858 en 2001, soit une hausse de 130 % environ. Les préoccupations au sujet de la capacité de la Cour à traiter le volume croissant d'affaires ont engendré des demandes de ressources supplémentaires et des spéculations sur la nécessité d'une nouvelle réforme. Aujourd'hui, l'explosion du contentieux risque de porter un coup à la crédibilité du système de contrôle. De 1998 à 2006, le nombre de requêtes a sextuplé, frôlant le niveau de 40000 requêtes par an. Le nombre de requêtes pendantes au début de l'année 2007 avoisine les 90.000. D'après les projections du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, le nombre d'affaires portées devant la Cour devrait se situer autour de 250.000 d'ici 2010

Le protocole n° 14 adopté en 2005, qui n'est pas encore entré en vigueur, vise notamment à filtrer efficacement les requêtes individuelles et à traiter des affaires répétitives plus rapidement. Mais ces réformes sont loin de suffire et un groupe de sages a déposé un rapport au Comité des Ministres le 16 novembre 2006 proposant de nouvelles mesures susceptibles de garantir l'efficacité de la Cour à long terme.

L'analyse par la Cour européenne de l'article 10 qui consacre la liberté d'expression (I) permet de dégager deux tendances constantes : elle fait prévaloir le principe de cette liberté sur les restrictions prévues par l'article 10 (II) et elle défend constamment la liberté de la presse et des journalistes (III).

## 1 L'ARTICLE 10 ET LE RAISONNEMENT DE LA COUR

### A/ L'article 10 de la Convention

La liberté d'expression figure à l'article 10 de la Convention. Pratiquement tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont été condamnés au moins une fois pour violation de l'article 10, mais la palme revient à la Turquie, condamnée chaque année à de multiples reprises : l'année 2006 confirme cette tendance : 43 condamnations, contre 5 pour l'Autriche, 4 pour la Grèce, 3 pour la Bulgarie, la France et le Portugal, 2 pour la Moldavie, la Pologne, la République Tchèque, la Russie, la Serbie, la Suède, la Suisse, et 1 pour la Hongrie, l'Italie, Malte, la Norvège, la Roumanie et la Suisse, soit en tout 38 condamnations réparties entre 18 pays et 43 pour la seule Turquie.

Quelques mots sur le fonctionnement de la Cour permettront de comprendre comment ses arrêts sont rendus. La Cour, qui se compose d'un nombre de juges égal à celui des Etats contractants (actuellement quarante-

sept)<sup>4</sup>, doit d'abord examiner si la requête est recevable, c'est-à-dire si elle satisfait à certaines exigences définies par le traité ; par exemple, le requérant doit avoir épuisé les voies de recours nationales et déposé sa requête dans les six mois qui suivent la décision finale prise dans son pays. La grande majorité des arrêts de la Cour sont rendus par les chambres de sept juges constituées au sein de chaque section. Le président de section et le juge élu au titre de l'Etat concerné siègent dans chaque affaire. Les arrêts les plus solennels sont rendus par la Grande Chambre de la Cour composée de dix-sept juges. Y siègent comme membres de droit le président et les vice-présidents de la Cour ainsi que les présidents de section. Cette formation traite les affaires qui soulèvent une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, ou encore une question grave de caractère général.<sup>5</sup>

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme comprend deux paragraphes : le premier proclame le droit à la liberté d'expression ; le second admet certaines limitations à cette liberté. Cet article dispose :

*« 1 Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*

*2- L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »*

Ainsi la Convention fait-elle prévaloir le principe de la liberté sur les restrictions ; elle lui reconnaît néanmoins des limites. L'Etat peut valablement interférer avec cette liberté, mais seulement dans les conditions définies par l'article 10 paragraphe 2 . L'article 10 s'inscrit de ce fait dans le sillage direct

<sup>4</sup> Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, à partir d'une liste de trois candidats présentés par les Etats. Ils sont élus pour une durée de six ans et sont rééligibles. Le mandat des juges s'achève lorsqu'ils atteignent l'âge de soixante-dix ans, même s'ils continuent de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis. Les juges siègent à la Cour à titre individuel et ne représentent aucun Etat. Des comités de trois juges sont constitués pour une période de douze mois au sein de chaque section. Leur rôle consiste à traiter les requêtes manifestement irrecevables.

<sup>5</sup> Une chambre peut se dessaisir d'une affaire en faveur de la Grande Chambre à tout stade de la procédure, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, dès lors que les deux parties y consentent. Lorsqu'un arrêt a été rendu dans une affaire par une chambre, toute partie peut, dans un délai de trois mois, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Si la demande est acceptée, l'ensemble de l'affaire est réexaminée. Dans ce cas, le jugement de la Grande Chambre qui s'ensuit est définitif.

de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le juge national, lorsqu'il exerce un contrôle de conventionalité, doit discerner l'usage de la liberté de ses abus ; eux seuls peuvent être sanctionnés. Si les conditions établies au paragraphe 2 ne sont pas remplies, une limitation à la liberté d'expression et d'information constituera une violation de la Convention. Les cas de restrictions légitimes doivent être prévus par la loi et ne peuvent être admis que lorsqu'ils sont considérés comme nécessaires dans une société démocratique.

Les restrictions à l'exercice de la liberté d'expression et d'information figurant à l'article 10 paragraphe 2 sont de trois catégories :

- celles visant à protéger l'intérêt général ( la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale) ;
- celles visant à protéger d'autres droits individuels (la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la sauvegarde d'informations confidentielles) ;
- celles qui sont nécessaires pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Il n'est pas sans intérêt de souligner que l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'est pas encore entrée en vigueur (elle est intégrée au projet de constitution européenne)<sup>6</sup>, reproduit mot pour mot le paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, amputé de sa dernière phrase (« *Le présent article...* ») ; mais son paragraphe 2 est en revanche extrêmement bref : « La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ». Il s'agit là d'une conception absolue de la liberté d'expression, sans mention de restrictions ou de limitations. Cette différence entre les deux textes pourrait soulever des problèmes, les juges de Strasbourg et ceux de Luxembourg appréciant différemment la liberté d'expression. Quid si des interprétations divergentes des mêmes droits reconnus aux citoyens européens se font jour ? Le risque n'est pas négligeable

#### B/ le raisonnement de la Cour européenne

Quelle que soit l'attitude des états et de leurs juridictions, résistance ou soumission, la plupart d'entre eux ont, au fil des années, progressivement intégré et adopté les méthodes d'analyse des juges de Strasbourg lorsqu'ils

<sup>6</sup> Il faut attendre que les 27 Etats membres de l'Union Européenne aient ratifié le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne, ratification qui doit intervenir par voie parlementaire ou par référendum au cours de l'année 2008 en vue d'une entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009 ; l'accord de tous les Etats est requis.

sont confrontés à une demande de contrôle dit de conventionalité<sup>7</sup>. Depuis le milieu des années 90, la compatibilité des textes nationaux avec l'article 10 de la Convention est à peu près systématiquement invoquée devant les juridictions internes dès lors que la liberté d'expression est en cause. La méthodologie de la Cour est désormais connue de tous. Lorsqu'elle est saisie d'une requête fondée sur l'article 10, la Cour examine dans un premier temps si la condamnation litigieuse s'analyse en une « ingérence d'autorités publiques »<sup>8</sup> dans l'exercice par les intéressés de leur liberté d'expression ; si c'est le cas, elle examine dans un second temps la justification de l'ingérence. A cet effet, elle procède à une méthode d'analyse en trois temps, en exposant tour à tour les arguments des parties - les requérants et le Gouvernement français - puis sa propre appréciation:

1. L'ingérence est-elle prévue par la loi ? La « loi » est entendue dans son acception matérielle et non formelle, au sens large du terme : il peut s'agir d'une norme prise non seulement par le parlement, mais aussi par l'exécutif, par une organisation internationale ou par les tribunaux, que ce soit dans le cadre du droit écrit et la jurisprudence qui l'interprète ou de la *common law* . La Cour se montre exigeante quant à la qualité de la loi : elle doit être suffisamment accessible et prévisible « pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés » (exigence d'une jurisprudence constante, nette, abondante et amplement commentée). C'est la question de la légalité.
2. L'ingérence vise-t-elle un but reconnu comme légitime par l'article 10? C'est la question de la légitimité.
3. L'ingérence est-elle nécessaire dans une société démocratique ? C'est la question de la nécessité.

La première condition, celle de la légalité des restrictions à la liberté d'expression, ne pose en général pas problème ; l'ingérence est pratiquement toujours prévue par la loi.

La seconde condition, la légitimité du but poursuivi, est rarement la cause d'une condamnation. Dans la plupart des affaires, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse poursuivait bien l'un au moins des buts légitimes énoncés au second paragraphe de l'article 10, la protection de la réputation ou des droits d'autrui étant la plus souvent invoquée.

En revanche, le contrôle de la Cour se concentre sur la troisième condition - la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique ; l'adjectif nécessaire, s'il n'est pas synonyme « d'indispensable », n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'admissible, « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun » et implique « un besoin social impérieux »(arrêt *Handyside* du 7 décembre

<sup>7</sup> Le contrôle de conventionalité est le contrôle par les Etats de la conformité de leur droit interne à une convention ou à un traité (ici à la Convention européenne des Droits de l'Homme)

<sup>8</sup> L'ingérence d'un état se traduit en pratique par la condamnation d'un justiciable dans la sphère de sa liberté d'expression. La Cour européenne une fois saisie décide si cette ingérence est justifiée ou non.

1976). La Cour statue en dernier lieu sur le point de savoir si une restriction prévue par l'article 10 de la Convention se concilie avec la liberté d'expression, en particulier si l'ingérence est proportionnelle au but poursuivi. Son analyse la conduit fréquemment à faire prévaloir la liberté de la presse.

## 2 UNE LIBERTÉ D'EXPRESSION TRÈS ÉTENDUE

### A/ Une jurisprudence avant tout protectrice de la liberté d'expression

Le travail jurisprudentiel de la Cour européenne consiste à mettre en balance l'ingérence de l'Etat défendeur dans la liberté d'expression dénoncée par le requérant et les intérêts énumérés au paragraphe 2 de l'article 10, que cette ingérence tend à protéger. Elle prend en considération le contexte, le droit en vigueur mais également la nature et la lourdeur des peines infligées.

La Cour a d'abord semblé mettre l'accent sur le but légitime visé par l'Etat.

Dans l'affaire *Engels et autres*<sup>9</sup> (1976), la Cour a constaté qu'une sanction disciplinaire infligée à des militaires néerlandais ayant publié des articles portant atteinte à la discipline militaire, n'avait pas pour but de les priver de leur liberté d'expression mais d'en réprimer l'abus, et n'était donc pas une violation. De même dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, qualifié de fondateur ; les tribunaux britanniques avaient ordonné la saisie et la destruction de tous les exemplaires du livre *Little Red School Book* en vertu de la loi sur les publications obscènes. La Cour constate que l'interdiction de ce livre était conforme aux conditions permises par l'article 10 paragraphe 2 en ce qui concerne la protection de la morale, et insiste sur le fait que l'absence de définition européenne uniforme de la morale conférait aux autorités anglaises une importante marge d'appréciation. Elle exprime néanmoins une position qu'elle défendra sans faillir depuis cette date en insistant sur la place éminente que la liberté d'expression occupe dans une société démocratique : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès ; sous réserve du § 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population ; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »*. La Cour utilise pratiquement les mêmes termes dans plusieurs affaires, dont récemment, l'arrêt *Monnat c. Suisse* du 21 septembre 2006.

A l'inverse, l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, premier arrêt concernant la liberté d'expression par voie de presse, conclut à la violation de l'article 10. Cette affaire trouve son origine dans une injonction empêchant la publication d'un article concernant l'indemnisation des victimes de la thalidomide pendante devant les tribunaux. Le but de cette mesure, prise en

<sup>9</sup> Arrêt *Engels et autres* du 27 mars 1962, série A n° 4.

vertu du droit anglais de l'époque sur le *Contempt of Court*, n'a pas été jugé nécessaire dans une société démocratique.

On peut citer d'autres exemples de décisions contrastées prises par l'ancienne Cour sans qu'une raison apparente justifie sa sévérité à l'égard d'un pays ou sa mansuétude à l'égard d'un autre. Ainsi à quelques jours de distance, l'arrêt *Otto Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, qui refuse de déclarer que viole l'article 10 la saisie puis la confiscation du film *Das Liebeskonzil* jugé blasphématoire, fait preuve d'indulgence à l'égard de l'Autriche, tandis que l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994 fait preuve d'une grande sévérité à l'égard de ce pays, le condamnant pour avoir sanctionné un journaliste qui, au cours d'un magazine d'informations télévisées, avait accordé une interview à un groupe de jeunes exprimant des propos racistes primaires.

Dans l'ensemble cependant, les principes posés par la Cour sont particulièrement protecteurs de la liberté d'expression et la nouvelle Cour instituée en 1998 à la suite du Protocole n°11 se montre encore plus libérale en la matière. S'agissant du domaine particulier des débats d'intérêt général et des débats publics d'actualité, parmi lesquels les débats portant sur la politique, l'histoire et la religion font l'objet d'un contentieux fourni, la Cour fait pratiquement toujours primer la liberté d'expression dans la balance des intérêts en présence.

## **B/ Les débats d'intérêt général et les débats publics d'actualité...**

### *Les débats politiques*

Au premier rang des débats d'intérêt général viennent les débats dans la sphère politique. La Cour accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et a eu maintes occasions de rappeler que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à cette liberté dans ce domaine<sup>10</sup>. Elle considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses. « *Y permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné* ». <sup>11</sup>

C'est pourquoi la mise en cause d'un homme politique ne peut être traitée comme celle d'un simple particulier : « *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit par conséquent montrer une plus grande tolérance* » ; en effet, « *il est fondamental* ,

<sup>10</sup> Arrêt *Monnat c. Suisse* du 21 sept. 2006. La Cour s'y réfère aux arrêts *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1957, § 58, *Lingsen c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 42, *Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, série A n° 236, p. 23, § 43, et *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A n° 239, p. 27, § 63. *Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV

<sup>11</sup> Arrêt *Brasileir c. France*, 11 avril 2006 §41.



dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique »<sup>12</sup>. Concernant les affaires de diffamation à l'égard d'un homme politique, la Cour a fait pour la première fois dans l'arrêt *Lingens c. Autriche* une distinction, parfois délicate à établir, entre les faits et les jugements de valeur qui sont exprimés : « Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude »;<sup>13</sup> c'est-à-dire qu'en l'absence de faits précis, il ne peut y avoir poursuite pour diffamation, ni condamnation. Ainsi juge-t-elle qu'un article consacré au leader d'extrême droite Jörg Haider et intitulé « Imbécile au lieu de nazi » relève d'une « opinion, laquelle ne se prête pas à une démonstration de la véracité » et non d'une injure pénalement répréhensible.<sup>14</sup>

Elle poursuit un raisonnement identique exactement dans les mêmes termes à l'occasion de l'affaire *Brasiliier c. France*. M. Brasiliier, candidat malheureux aux élections municipales de 1997 dans le 5<sup>ème</sup> arrondissement de Paris, ayant fait circuler un tract qui dénonçait le bourrage des urnes à la suite de malversations dans le cadre de cette élection, la Cour européenne estime que les déclarations incriminées « reflètent des assertions sur des questions d'intérêt public et constituent [...] davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait. Elle ajoute « que dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances ».

Si la Cour se montre tolérante à l'égard des critiques adressées aux hommes politiques, leur liberté d'expression est particulièrement protégée, comme l'attestent de nombreuses décisions concernant la Turquie. Les juges de Strasbourg s'efforcent toujours de faire la part des choses entre ce qui relève du discours politique et de la provocation à la violence, spécialement lorsqu'il s'agit de députés auteurs d'écrits demandant la reconnaissance de l'identité Kurde. Ils portent « une attention particulière aux termes employés dans les déclarations et les discours politiques ainsi qu'au contexte dans lequel ils ont été prononcés », sans omettre de prendre en compte les difficultés liées à la lutte contre le terrorisme<sup>15</sup>. Dans l'affaire *Alinak et autres c. Turquie* (2006), les déclarations et discours litigieux prononcés par les requérants, en leur qualité d'hommes politiques et députés à l'Assemblée nationale, tendaient « principalement la reconnaissance de l'identité kurde et condamnaient la « politique de violence » menée par les autorités de l'Etat défendeur dans les régions peuplées majoritairement par les citoyens d'origine kurde. A cet égard, la Cour rappelle que, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression de parlementaires, tels les requérants, commandent à la Cour de se livrer

<sup>12</sup> Arrêt *Brasiliier* précité.

<sup>13</sup> Arrêt *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §42.

<sup>14</sup> CEDH, *Oberschlick c. Autriche* (n°2), §33, 1<sup>er</sup> juillet 1997.

<sup>15</sup> Arrêt *Alinak et autres c. Turquie*, 4 mai 2006. Voir *İbrahim Aksoy*, précité, § 60, et *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1568, § 58

à un contrôle des plus stricts »<sup>16</sup>. Même si elle reconnaît dans le cas de l'espèce « que certains passages, particulièrement acerbes, des déclarations en question dressaient un tableau des plus négatifs de la politique appliquée par l'Etat turc dans le temps quant au problème kurde, et donnaient ainsi à celle-ci une connotation hostile », elle note cependant que les requérants s'exprimaient en leur qualité d'homme politique, « dans le cadre de leur rôle d'acteurs de la vie politique turque, n'incitant ni au recours à la violence ni à la résistance armée ni même au soulèvement, et qu'il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération »<sup>17</sup>. La condamnation des requérants à quatorze mois d'emprisonnement est jugée disproportionnée quant aux buts visés et, dès lors, non « nécessaire dans une société démocratique ».

Les condamnations fréquentes de la Turquie par la Cour sur la base de raisonnements similaires ne concernent pas seulement les revendications kurdes, mais également les sanctions multiples d'hommes politiques ou de journalistes turcs pour provocation à la violence, à la résistance ou à l'insurrection armée dans le cadre de procédures spécifiques (jugements devant la Cour de sûreté de l'Etat).

### *Les débats concernant l'Histoire*

Lorsqu'il s'agit de débats d'intérêt général concernant le passé d'un pays, la Cour européenne affirme une approche relativiste de l'Histoire et renvoie les Etats à un débat ouvert et serein à ce sujet. La multiplication des procès à l'occasion d'une publication ou d'un débat public concernant une période de l'histoire révèle à quel point les Etats ont du mal à assumer leur passé. La condamnation de la France à la suite de l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 22 septembre 1998<sup>18</sup> est à cet égard exemplaire.

Deux hommes connus pour avoir été proches du Maréchal Pétain, Marie-François Lehideux, ancien ministre de son Gouvernement, et Jacques Isorni, avocat commis d'office à sa défense en 1945, souhaitant réhabiliter sa mémoire et obtenir la révision de sa condamnation, avaient fait publier un encart publicitaire dans le journal *Le Monde*, valorisant ses actions comme chef de l'Etat français pendant l'occupation.<sup>19</sup> La Cour européenne juge disproportionnée et dès lors non nécessaire dans une société démocratique la condamnation pénale subie par les requérants puisqu'ils se « sont explicitement démarqués des atrocités

<sup>16</sup> Arrêt *Alinak*, précité. Voir, *mutatis mutandis*, *Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, série A n° 236, pp. 22-23, § 42, et *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, § 36, CEDH 2001-II.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Voir, a contrario, *Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, et *Gerger c. Turquie* [GC], n° 24919/94, § 50, 8 juillet 1999.

<sup>18</sup> Arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 22 septembre 1998. La France est condamnée pour avoir retenu contre Mrs Lehideux et Isorni le délit d'apologie de crimes et délits de collaboration avec l'ennemi prévu à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>19</sup> Le maréchal Pétain dont l'action pendant la guerre de 1914-1918 fut courageuse, devint le « chef de l'Etat français » en 1940, menant une politique collaborationniste avec l'ennemi. Sa condamnation à mort par la Haute Cour en août 1945, a été commuée en détention perpétuelle par le général de Gaulle, Président du Gouvernement provisoire.

et des persécutions nazies » et ont « moins fait l'éloge d'une politique que celle d'un homme » dans un but légitime. La Cour reconnaît que le texte litigieux passe sous silence le fait que le maréchal Pétain a « consciemment contribué, notamment par sa responsabilité dans la persécution et la déportation vers les camps de la mort de dizaines de milliers de juifs de France ». Mais l'élément capital de son raisonnement réside dans la prise en compte du facteur « temps » : les événements invoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de 40 ans avant celle-ci. « Le recul du temps entraîne de ne pas leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant ; cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire ». Cet arrêt rendu par la Grande Chambre a été l'un des plus controversés, aussi bien au sein de la Chambre qu'en France. Deux observations critiques peuvent être émises : d'une part, la liberté d'expression peut-elle être jugée à l'aune d'un encart publicitaire ; est-il réellement susceptible d'alimenter « un débat historique d'intérêt général » ? D'autre part, la prise en compte de l'ancienneté des événements comme facteur d'atténuation des responsabilités et d'ouverture sur un débat historique serein ne constitue-t-il pas de la part de la Cour un empiètement sur la marge d'appréciation des juges français, mieux à même de juger une période aussi sensible de l'histoire de France ?

La Cour fait exactement le même raisonnement dans l'affaire récente *Monnat c. Suisse* (2006) qui mettait en cause un journaliste pour avoir diffusé sur la SSR (chaîne de radio télévision Suisse) un reportage intitulé « *L'honneur perdu de la Suisse* » critiquant l'attitude de la Suisse pendant la seconde guerre mondiale, et le blanchiment d'argent nazi. La Cour rappelle que « *La liberté d'expression [...] sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent* ». Cela vaut aussi, comme en l'espèce, lorsqu'il s'agit d'un débat historique, « *dans des domaines où la certitude est improbable et qui continuent à faire l'objet de débats parmi les historiens* », la recherche de la vérité historique faisant partie intégrante de la liberté d'expression, même s'il ne revient pas à la Cour d'arbitrer la question de savoir quel rôle la Suisse a effectivement joué pendant la deuxième guerre mondiale, « *qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens* »<sup>20</sup>. L'émission litigieuse soulevait « *incontestablement une question d'intérêt général des plus sérieuses et la diffusion d'informations relatives à ce sujet s'inscrit entièrement dans la mission que les médias se voient confier dans une société démocratique* ». La Cour réitère le principe selon lequel le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une interdiction d'un livre ou d'une émission ; « *les événements historiques évoqués dans l'émission litigieuse se sont produits plus de cinquante ans avant celle-ci. Même si*

<sup>20</sup> Arrêt *Monnat*, précité. Voir, *mutatis mutandis*, *Chauvoy et autres c. France*, n° 64915/01, § 69, CEDH 2004-VI, et *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, p. 2884, § 4. *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, p. 114, § 34, CEDH 2004-II

*des propos tels que ceux du requérant sont toujours de nature à ranimer la controverse dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, cinquante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire »<sup>21</sup>.*

Dans ces deux affaires, la Cour a beau répéter qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, elle ne convainc pas les pays condamnés.

### *Les débats concernant les questions religieuses*

Dans un autre domaine particulièrement sensible, celui de la religion<sup>22</sup>, la Cour européenne va également très loin dans la défense de la liberté d'expression, admettant un espace jugé parfois trop étendu à la contestation, comme l'attestent deux arrêts récents concernant la France et la Slovaquie.

A l'origine de l'arrêt *Giniewski c. France* du 31 janvier 2006, un article paru dans *Le Quotidien de Paris* intitulé « L'obscurité de l'erreur », à propos de l'encyclique du Pape Jean-Paul II « *Splendeur de la vérité* ». L'auteur fait une analyse critique de la position du Pape et démontre que l'encyclique consacre la doctrine dite de « l'accomplissement de l'ancienne alliance dans la nouvelle alliance », doctrine qui aurait comporté « *des ferments d'antisémitisme et qui aurait favorisé la conception et l'accomplissement de l'Holocauste* ». Selon les juridictions nationales, cela revient à reprocher « *aux catholiques et plus généralement aux chrétiens d'être responsables des massacres nazis* », et donc à les diffamer.

La Cour considère avant tout que le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste, apportant une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé, sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines. « *En envisageant les conséquences dommageables d'une doctrine, le texte litigieux participait donc à la réflexion sur les diverses causes possibles de l'extermination des Juifs en Europe, question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique. Dans ce domaine, les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite. En effet, si en l'espèce la question soulevée concerne une doctrine défendue par l'Eglise catholique, et donc un sujet d'ordre religieux, l'analyse de l'article litigieux montre qu'il ne s'agit pas d'un texte comportant des attaques contre des convictions religieuses en tant que telles, mais d'une réflexion que le requérant a voulu exprimer en tant que journaliste et historien. A cet égard, la Cour considère qu'il est primordial dans une société démocratique que le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité, puisse se dérouler librement* ».

<sup>21</sup> Arrêt *Monnat c. Suisse* précité. La Cour se réfère aux arrêts précédents : *Lehideux et Isorni*, précité, p. 2887, § 55 ; et *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 53, CEDH 2004-IV.

<sup>22</sup> La protection de la liberté de religion et de la liberté de manifester sa religion relève de l'article 9, mais l'article 10 est également concerné dès lors qu'il y a discours sur la religion.

La Cour a beau invoquer le fait que « le manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses, élargit la marge d'appréciation des Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion », elle substitue en réalité son appréciation à celle des juridictions françaises, et l'on reste très dubitatif quant à la solution adoptée, les écrits du requérant étant, selon le droit français, diffamatoires à l'égard des chrétiens.

A peu de choses près et dans une affaire concernant la Slovaquie<sup>23</sup>, la Cour réitère ce raisonnement, niant toute atteinte à la liberté des croyants de pratiquer leur religion et toute attaque contre leur foi, alors que l'apport de l'article incriminé au débat d'intérêt général semblait plus que contestable.

Ainsi la Cour se substitue fréquemment aux juridictions nationales en adoptant une conception extensive du concept de « débat d'intérêt général », d'où des condamnations qui sont parfois contestées, voire contestables. Néanmoins, elle souligne au fil des arrêts qu'elle n'a pas pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes. Selon une jurisprudence constante, « les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen plus ou moins large selon le cas. S'il s'agit d'une ingérence dans l'exercice des droits et libertés garantis par le paragraphe 1 de l'article 10, ce contrôle doit être strict en raison de l'importance de ces droits, importance que la Cour a maintes fois soulignée. La nécessité de les restreindre doit se trouver établie de manière convaincante<sup>24</sup> ». Mais de l'aveu même de la Cour, la marge d'appréciation des autorités nationales se trouve « circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable « de chien de garde » (Radio France et autres c/France).

L'équilibre souhaité par la Cour entre la volonté de faire prévaloir un ordre public européen favorable à la liberté d'expression et le souci de ménager une marge nationale d'appréciation penche donc, dans la majorité des cas, en faveur d'une interprétation extensive de la liberté d'expression, bien que les décisions de la Cour reconnaissent parfois la nécessité de l'ingérence. Ainsi en va-t-il de la condamnation de la France dans l'affaire *Paturel c. France*.<sup>25</sup> L'opinion concordante du juge français Costa, Président de la Cour européenne, révèle à quel point la frontière entre violation et non violation par un Etat de l'article 10 est ténue. Le juge Costa avoue que c'est après beaucoup d'hésitations et avec des réserves qu'il a voté la violation de l'article 10 comme la majorité. Expliquant les raisons de son vote, il remarque : « Notre Cour aurait donc pu conclure à la non-violation de l'article 10 de la Convention. J'ai été, on l'aura compris, fortement tenté d'aboutir pour ma part à une telle conclusion, qui m'aurait paru tout à fait défendable ».

<sup>23</sup> Klein c. Slovaquie, 31 octobre 2006.

<sup>24</sup> Arrêt *Autronic AG c. Suisse* du 22 mai 1990, série A n°178, par.61

<sup>25</sup> Arrêt *Paturel c. France*. La France a été condamnée par la Cour européenne à la suite de la condamnation pour diffamation de l'auteur d'un ouvrage intitulé « Sectes, religions et Libertés Publiques »

### 3 LA DÉFENSE DE LA PRESSE ET DES JOURNALISTES : LA PRESSE JOUE UN RÔLE INDISPENSABLE DE « CHIEN DE GARDE DE LA DÉMOCRATIE »

#### A/ Une presse protégée

La liberté d'expression des journalistes a toujours bénéficié d'un traitement de faveur de la part de la Cour. La formule qui traduit ce libéralisme figure comme un leitmotiv dans nombre d'arrêts : « *la condamnation [des journalistes] ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse* » (arrêt Fressoz et Roire du 21 janvier 1999).

Le premier arrêt rendu à cet égard le 26 avril 1979 dans l'affaire *Sunday Times* réaffirme les principes exprimés dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* et la place éminente de la liberté d'expression, « *l'un des fondements essentiels d'une société démocratique* », principes qui « *revêtent une importance spéciale pour la presse* ». La presse joue en effet un rôle de premier plan : « *il lui incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* ». Ce rôle informatif et éducatif est souligné à de multiples reprises au fil des arrêts. Dans l'affaire *Observer et Guardian* (1991), la Cour rappelle cette mission : « *A sa fonction qui consiste à en diffuser [des informations] s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en était autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de **chien de garde*** »<sup>26</sup>. Dans l'arrêt *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, où le requérant, militant basque et membre du parlement espagnol, avait été condamné pour insultes au gouvernement après la publication d'un article accusant celui-ci de soutenir ou tolérer des attaques de groupes armés contre les Basques, la Cour faisait les observations suivantes : « *Il ne faut pas oublier le rôle éminent de la presse dans un état de droit[...]. La liberté de la presse fournit aux citoyens l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes de leurs dirigeants. Elle donne en particulier aux hommes politiques l'occasion de refléter et commenter les soucis de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique* ». La Cour va sans cesse étendre le domaine d'intervention de « **ce chien de garde** », domaine qui s'étend aux médias audiovisuels comme le souligne l'arrêt *Jersild c. Danemark* (1994) : « *bien que formulés d'abord pour la presse écrite, ces principes s'appliquent à n'en pas douter aux moyens audiovisuels* »<sup>27</sup>. Dans cette affaire concernant une émission sur les blousons verts danois, groupuscule d'extrême droite, où le journaliste savait par avance qu'ils risquaient de proférer des propos racistes au cours de l'entretien, la Cour précise que l'émission n'avait pas pour but de propager des idées racistes et s'inscrivait dans le cadre d'une émission sérieuse : « *les reportages d'actualité axés sur des entretiens... représentent l'un des moyens les plus importants sans lesquels*

<sup>26</sup> CEDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991.

<sup>27</sup> CEDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994.



la presse ne pourrait jouer son rôle de **chien de garde public** »; [...] « sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses ». Dans le prolongement de ce raisonnement, la Cour estime que les journalistes doivent avoir la liberté de choix des méthodes qu'ils emploient, et qu'un « compte rendu objectif et équilibré peut emprunter des voies fort diverses en fonction entre autres du moyen de communication dont il s'agit. Il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte-rendu le journaliste doit emprunter ».

Cette mission critique d'information des médias revêt un caractère particulièrement important dans les Etats où la démocratie est encore mal assurée, comme la Turquie<sup>28</sup> ou les nouvelles démocraties.

Tenant compte de cette fonction capitale, la Cour manifeste une hostilité de principe aux sanctions infligées aux médias, même si elles sont de nature symbolique en raison des risques de censure ou d'autocensure qu'elles engendrent. A ses yeux, « ce qui importe n'est pas le caractère mineur de la peine infligée au requérant, mais le fait même de la condamnation »<sup>29</sup>. Aussi, la nature et la lourdeur des peines infligées sont-ils des éléments pris en considération lorsqu'elle juge de la proportionnalité de l'ingérence litigieuse par rapport au but légitime poursuivi. Les sanctions infligées par les autorités nationales « sont de nature à dissuader les médias de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime »<sup>30</sup>. Dans l'affaire *Dammen c. Suisse* du 25 avril 2006, la Cour estime que la condamnation du requérant (à une amende de 500f suisses) a constitué « une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer à des activités de recherche inhérentes à son métier, en vue de préparer et étayer un article de presse sur un sujet d'actualité. [...] Pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle »<sup>31</sup>.

De même dans l'affaire *Monnat c. Suisse* précitée, elle relève que « si l'admission des plaintes des téléspectateurs par les autorités compétentes n'a pas à proprement parler empêché le requérant – un journaliste - de s'exprimer, les mesures litigieuses étant intervenues après la diffusion du reportage « L'honneur perdu de la Suisse », elle n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer désormais à des critiques formulées de la sorte ».

De la même façon, la Cour juge-t-elle excessives les condamnations prononcées avec sursis contre les médias par les juridictions nationales<sup>32</sup>. Elle

<sup>28</sup> CEDH, *Seher Karatas c. Turquie*, 9 juin 2002. CEDH, *Ergin c. Turquie*, 4 mai 2006.

<sup>29</sup> CEDH, *Stoll c. Suisse*, 29 sept. 2006, § 57.

<sup>30</sup> Voir *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 64, CEDH 1999-III. *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A n° 298, pp. 25-26, § 35.

<sup>31</sup> Voir, *mutatis mutandis*, *Barthold c. Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, p. 26, § 58

<sup>32</sup> Il s'agit de condamnations dont l'exécution est suspendue pendant un certain délai, et qui, à

estime que pendant le délai d'épreuve, les journalistes ont une épée de Damoclès au dessus de la tête. « Pour la Cour, pareille circonstance s'apparente à une interdiction qui avait pour effet de censurer la profession même du requérant, dont l'ampleur était déraisonnable puisque cette mesure contraignait M. Özbey [journaliste turc] à s'abstenir de toute publication susceptible d'être jugée contraire aux intérêts de l'Etat. Aucune certitude n'existant en pareil domaine, la restriction indirectement imposée au requérant limitait grandement son aptitude à exposer publiquement des thèses, entre autres sur le problème Kurde, qui ont leur place dans le domaine public. Or il serait excessif de limiter de la sorte la liberté d'expression journalistique à l'exposé des seules idées généralement admises, accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes »<sup>33</sup>. En un mot, la Cour veut prévenir tout risque d'autocensure de la part des journalistes ; cette position de principe, si elle a l'intérêt de protéger leur entière liberté d'expression, mériterait d'être nuancée, car elle nie, à un certain degré, le principe de l'individualisation de la peine.

### B/ Un secret des sources affirmé

La protection des médias s'étend à l'un des droits revendiqués de longue date par la profession, qui figure dans la Charte professionnelle des journalistes de 1918 : « Un journaliste digne de ce nom [...] garde le secret professionnel », et également dans la *Déclaration des devoirs et droits* signée à Munich en 1971, obligeant les journalistes à « garder le secret professionnel et à ne pas divulguer la source des informations obtenues confidentiellement ». Cela signifie qu'un journaliste doit être libre de ne pas révéler ses sources ; s'il enfreint cette règle, il se coupe d'ailleurs de toutes sources à l'avenir. C'est ce qu'explique la Cour européenne à l'occasion de l'arrêt *Fressoz et Roire* (1999)<sup>34</sup> : « L'article 10 de la Convention laisse aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leur information pour en asseoir la crédibilité [...] dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur des faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique »<sup>35</sup>. par la suite, la Cour a admis que la protection des sources pouvait même s'étendre à des documents obtenus par suite de violation du secret professionnel La Cour européenne a été la première à affirmer haut et fort ce droit, dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, considéré comme emblématique. Dans cette affaire mettant en cause un journaliste britannique qui faisait une enquête sur une entreprise, sans même avoir publié un article à ce sujet, la Cour estime que l'ordonnance d'injonction de divulgation de l'identité de son informateur adressée par les juridictions britanniques à M. Goodwin « ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention ». Elle considère que « la protection des sources journalistiques est

l'expiration de ce délai, sont déclarées non avenues si aucune autre infraction n'a été commise.

<sup>33</sup> CEDH, *Müslüm Özbey c. Turquie*, 21 déc. 2006

<sup>34</sup> CEDH, *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999. Il s'agit de l'affaire dite du *Canard enchaîné*, célèbre hebdomadaire satirique français, qui avait publié les avis d'imposition de M. J. Calvet, PDG de Peugeot, à l'occasion d'un conflit social où celui-ci refusait d'accorder une augmentation de salaire aux ouvriers. Les juridictions nationales avaient condamné les journalistes pour « recel de photocopies provenant de la violation du secret professionnel »



*l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général* ». Il s'agit là d'une position de principe de la Cour européenne qui considère que les journalistes jouent « un rôle de chien de garde dans les sociétés démocratiques » et que « seul, un motif prépondérant d'intérêt public permet de lever le secret des sources » (§ 39).

Devant le peu d'empressement des États à mettre en œuvre ce principe, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait, le 8 mars 2000, une recommandation sur le droit des journalistes à ne pas diffuser leurs sources d'information (n°R 2000-7) : « *Le droit et la pratique interne des Etats-membres devraient prévoir une protection explicite et claire du droit des journalistes de ne pas divulguer les informations identifiant une source* » (Principe I), et « *la divulgation des informations identifiant une source ne devrait être jugée nécessaire que s'il peut être établi de manière convaincante que des mesures alternatives à la divulgation n'existent pas ou ont été épuisées par les personnes ou les autorités publiques qui cherchent à obtenir la divulgation* » (Principe III). Ces principes ont trouvé une application deux ans plus tard devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Randal<sup>35</sup>.

Dans l'arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg* (2003)<sup>36</sup>, la Cour européenne s'est prononcée pour la première fois sur des perquisitions effectuées au domicile et au lieu de travail d'un journaliste luxembourgeois, qui avait publié un article sur un ministre convaincu de fraude fiscale. Elle juge que les perquisitions, n'ayant pas été « *motivées par la recherche d'une infraction qu'il aurait commis en dehors de ses fonctions, s'analysent en une ingérence dans ses droits garantis au titre de l'article 10 de la Convention* » ; « *les perquisitions ayant pour objet de découvrir la source d'information du journaliste, même si elles restent sans résultat, constituent un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de la source* ».

Ainsi la Cour accorde-t-elle aux journalistes une protection extensive. Pour autant, elle ne cautionne pas systématiquement tous leurs propos et semble même, depuis quelques années, mettre l'accent sur leurs responsabilités.

#### C/ Vers le respect de la déontologie journalistique

Protéger la liberté de la presse ne signifie pas lui accorder un blanc

<sup>35</sup> Il s'agissait d'un journaliste américain, correspondant de guerre, qui avait refusé d'obtempérer à une injonction à comparaître en vue de le contraindre à témoigner au sujet d'une interview qu'il avait conduite alors qu'il couvrait le conflit en Yougoslavie. Selon le TPI Y, pour que puisse être délivrée « *une injonction à comparaître à un correspondant de guerre, deux conditions doivent être réunies. Premièrement la partie requérante doit démontrer que le témoignage demandé présente un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire concernée. Deuxièmement, elle doit prouver que ce témoignage ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source* ». En l'occurrence, ces deux conditions n'étant pas remplies, la chambre d'appel du TPI Y conclut à l'annulation de l'injonction à comparaître

<sup>36</sup> CEDH (4<sup>ème</sup> sect.) 25 février 2003 ; *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*. *Légipresse* n° 203.III.2003 ; note E. Derieux.

seing. Le second paragraphe de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'Homme affirme explicitement que les Etats peuvent s'ingérer dans la liberté d'expression en prévoyant « *des formalités, conditions, restrictions ou sanctions* », à condition que celles-ci constituent « *des mesures nécessaires dans une société démocratique* ». La Cour effectue un contrôle extrêmement minutieux des ingérences et laisse souvent une marge d'appréciation très limitée aux Etats, comme cela a été constaté.

Si elle a toujours souligné la nécessité pour les journalistes de se comporter de façon responsable et de respecter leurs « *devoirs et responsabilités* »<sup>37</sup>, sa complaisance à l'égard des médias semblait démentir ses propos. Depuis quelques années cependant, elle semble plus exigeante à leur égard. Ainsi, tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, la Cour estime qu'il faut rappeler que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de cet article pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression. Cela est valable même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt légitime, la liberté étant subordonnée à la condition que « *les intéressés agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique* ».<sup>38</sup> S'agissant des « *devoirs et responsabilités* » d'un journaliste, l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Dans ce contexte, la Cour a expliqué qu'il faut tenir compte du fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite<sup>39</sup> ; par les images, « *les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer* » (arrêt *Jersild* ). Dès lors, les autorités internes jouissent *a priori* d'une marge d'appréciation plus ample, s'agissant par exemple d'un reportage télévisé.

La Cour semble vouloir adopter une nouvelle attitude qui tient plus compte de la qualité de l'information et du respect des intérêts d'autrui, comme la présomption d'innocence ou le respect de la vie privée. C'est dans ce dernier domaine que l'infléchissement de la jurisprudence est le plus visible. Mettant en balance la protection de la vie privée avec la liberté d'expression, la Cour adopte une attitude nouvelle en établissant une différence entre la presse de qualité susceptible d'apporter une contribution à un débat d'intérêt général et la presse dite « *people* ». Dans l'affaire *Prisma presse c. France* qui concernait la première page du magazine *Voici* consacrée au chanteur Johnny Halliday et à son épouse, « *la Cour estime que l'article édité par la requérante, ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur l'intimité de la vie privée des époux concernés, ne*

<sup>37</sup> *V. Handyside c. Royaume-Uni*, précité.

<sup>38</sup> Voir CEDH, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, §65 n° 21980/93, 20 mai 1999 III. *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 54, CEDH 1999-I.

<sup>39</sup> Arrêt *Jersild* précité, §31 ; *Radio France et autres* §39, précité ; *Stoll c. Suisse*, précité

saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de ces personnes ». La Cour relève que la sanction encourue par *Voici*, à savoir la publication du communiqué par la voie du référé faisant état de la décision prise par le juge interne est l'une des modalités de la réparation des préjudices causés par voie de presse [...] et ne constitue pas « une restriction disproportionnée à l'exercice de la liberté d'expression ». En conséquence, elle considère que la mesure litigieuse est justifiée comme ayant été nécessaire dans une société démocratique à la protection des droits d'autrui, et rejette la requête de *Prisma Presse* « manifestement mal fondée »<sup>40</sup>. L'avancée la plus significative de la Cour résulte de l'arrêt du 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*. L'affaire concernait des photos de Caroline de Monaco présentée seule, ou avec ses enfants, ou avec un acteur connu, parues dans plusieurs magazines allemands à sensation (*Freizeit Revue, Bunte, Neue Post*). La Cour considère qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions. « Si dans le premier cas la presse joue son rôle essentiel de « chien de garde » dans une démocratie en contribuant à « communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public », il en va autrement dans le second cas ». La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la publication des photos et des articles litigieux « ayant eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante ». Ainsi la Cour fixe-t-elle pour la première fois dans ce domaine les lignes à ne pas franchir par la presse, en particulier la presse à sensation.

Malgré ces quelques décisions illustrant les limites à ne pas franchir dans le domaine de la liberté d'expression, la jurisprudence de la Cour reste très protectrice de cette liberté, en particulier lorsque des journalistes sont en cause. In fine, et même si la Cour donne parfois l'impression qu'elle favorise à tort la liberté d'expression dans la balance des intérêts en présence, cette protection reste la meilleure garantie d'un Etat démocratique dont elle constitue le soutien indispensable.

<sup>40</sup> CEDH, 1<sup>ère</sup> décision sur la recevabilité, *Prisma Presse c. France*, 1<sup>er</sup> juillet 2003.





## LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS RACIALES EN FRANCE

---

Gilles Lebreton<sup>1</sup>

D'Aristote à John Rawls, les philosophes du droit ne manquent pas de souligner les relations ambiguës qu'entretiennent les exigences d'égalité et de justice sociale. Dans un de ses ouvrages les plus célèbres, *l'Éthique à Nicomaque*, le Stagirite souligne à cet égard que la « justice distributive » (qu'il distingue de la « justice corrective », de nature essentiellement pénale) « consiste dans la répartition des honneurs, ou des richesses, ou de tous les autres avantages qui peuvent échoir aux membres de la cité ». Elle tend donc à instituer une « proportion géométrique », c'est-à-dire « un milieu entre des extrêmes » que sont par exemples la puissance et la faiblesse, la richesse et la pauvreté. Mais s'il est possible d'affirmer, au regard de cet objectif, que « le juste est l'égal », force est aussi d'avouer qu'au stade de la répartition « il est possible qu'il y ait inégalité », dès lors qu'on prend à certains ce que l'on donne à d'autres : « Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas l'égalité dans la façon dont elles seront traitées »<sup>2</sup>.

C'est ce paradoxe qui explique que la France ait longtemps privilégié l'égalité au détriment de la justice sociale. La Révolution rêve en effet d'un nouvel ordre social fondé sur l'égalité entre une myriade de petits propriétaires. Elle veut que chaque homme soit propriétaire, et qu'il réponde ainsi lui-même à ses besoins vitaux en disposant librement de ses biens. Comme l'explique l'historien du droit Jacques Bouveresse, tous les révolutionnaires, même Robespierre, « considèrent que le travail, lui seul, est le vrai pivot de l'ordre et de la justice. Le citoyen pauvre doit chercher du travail ; sa pauvreté ne lui confère aucun titre à émargement sur les budgets publics »<sup>3</sup>.

Dans un tel schéma, il n'est pas étonnant que la Déclaration de 1789 consacre l'égalité des droits (article 1<sup>er</sup>) et le droit de propriété (articles 2 et 17),

---

<sup>1</sup> Professeur de droit public, Directeur du GREDFIC de l'Université du Havre

<sup>2</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre 5, chapitres 2 et 3, rééd. Garnier-Flammarion 1965.

<sup>3</sup> J. Bouveresse (et G. Aubin), *Introduction historique au droit du travail*, PUF 1995 p. 56.

mais ne dise pas un mot de la justice sociale. En affirmant que la loi « doit être la même pour tous » (article 6), elle renvoie chaque citoyen à la responsabilité de se prendre en charge lui-même. Même lorsque la Convention décide de mettre en place, à partir de l'automne 1792 dans un contexte de disette, une politique d'économie dirigée qui implique l'aide aux plus démunis, ce n'est pas pour redistribuer les richesses mais pour gagner la guerre : « les Montagnards ne font pas du social mais de la défense »<sup>4</sup>.

Il faut attendre la révolution de 1848, et l'inscription de la « fraternité » à côté de la « liberté » et de « l'égalité » dans la devise officielle de la République française, pour que la justice sociale acquiert droit de cité. Des ateliers nationaux sont alors créés pour prendre en charge les chômeurs, mais ils disparaissent rapidement. Les premières conquêtes sociales significatives ne datent finalement que de la fin du Second Empire et du début de la Troisième République : légalisation du droit de grève en 1864, reconnaissance de la liberté syndicale en 1884, suppression du livret ouvrier en 1890, limitation de la durée du travail pour les femmes et les enfants en 1892, indemnisation des accidents du travail en 1898. Un siècle sépare ainsi la conquête de l'égalité et la consécration de la justice sociale.

Encore faut-il attendre le XX<sup>ème</sup> siècle pour qu'une véritable politique de redistribution des richesses au profit des plus faibles soit mise en œuvre : retraite des salariés en 1910, congés payés en 1936, sécurité sociale en 1945, revenu minimum d'insertion en 1988.

Cette réticence à accepter d'organiser la protection des plus faibles ne s'explique pas par une quelconque « lutte des classes », laquelle relève en France plus du mythe que de la réalité<sup>5</sup>, mais de la sacralisation de l'égalité des droits opérée en 1789. La justice sociale implique en effet l'adoption de mesures spécifiques en faveur des catégories les plus exposées de la population. Elle exige donc de déroger à l'égalité des droits, ce que l'esprit français, hanté par le souvenir des inégalités de l'Ancien Régime, répugne à faire.

Si la France est néanmoins parvenue, comme on vient de le voir, à surmonter cette réticence en ce qui concerne la protection des travailleurs et des indigents, elle n'a en revanche pas encore apporté de réponse cohérente à un nouveau type de revendications de justice sociale, apparu dans les années 1970, émanant de Français d'origine étrangère s'estimant victimes de discriminations raciales. Sa politique en la matière consiste en effet à utiliser simultanément trois stratégies qui ne sont pas totalement compatibles entre elles : l'une consiste à combattre les discriminations raciales dans le strict respect de l'égalité des droits (I) ; l'autre à adopter des mesures spécifiques en vue de restaurer le « droit à l'indifférence » raciale (II) ; la dernière à instaurer des mesures spécifiques en vue de respecter un « droit à la différence » raciale (III).

<sup>4</sup> M. Pertué, « Droit à l'existence », dans *Dictionnaire historique de la Révolution française* (dir. A. Soboul), PUF 2005 p. 368. Sur l'aide de la Convention aux démunis, cf. J. Bouveresse, *op. cit.* p. 58.

<sup>5</sup> Comme l'ouvrage précité de J. Bouveresse tend à le démontrer.

## 1 LE RESPECT DE L'ÉGALITÉ DES DROITS

Dans le droit-fil de la Déclaration de 1789, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que « la France (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Il consacre ainsi le ralliement officiel de cet État au principe d'universalisme, « principe selon lequel la règle de droit doit s'appliquer à tous, sans distinction »<sup>6</sup>. Ce choix amène la France aussi bien à lutter contre les discriminations raciales subies par les individus (A), qu'à refuser l'instauration d'un communautarisme ethnique qui consisterait à reconnaître des droits collectifs à des groupes raciaux (B).

### La lutte contre les discriminations raciales subies par les individus

Le racisme est une opinion selon laquelle l'humanité doit être divisée en races hiérarchisées. Il pousse ceux qui y adhèrent à commettre des discriminations à l'égard des personnes qu'ils considèrent appartenir à des races inférieures.

Le droit français y a parfois cédé, en admettant par exemple l'esclavage dans ses colonies jusqu'en 1848, ou encore en organisant la persécution des Juifs sous le régime de Vichy. Sous la Cinquième République, il s'efforce toutefois de lutter âprement contre les discriminations raciales. En témoignent notamment la ratification par la France, en 1971, de la Convention de l'ONU du 21 décembre 1965 relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, puis son acceptation, en 1982, du droit de recours individuel devant un comité international des personnes s'estimant victimes de violations de cette Convention. En témoignent aussi sa ratification, en 1974, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) du 4 novembre 1950, puis son acceptation, en 1981, du droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), laquelle stigmatise la discrimination raciale comme une « forme de discrimination particulièrement odieuse »<sup>7</sup>.

Sur le plan de son droit interne, la France a mis en place un impressionnant dispositif anti-raciste, dont la pièce maîtresse est constituée par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972. Cette loi rend en effet la diffamation et l'injure racistes punissables de plein droit, sans qu'il soit besoin, contrairement à ce qui était le cas jusque-là, de prouver l'intention d'exciter à la haine raciale. En outre elle crée le nouveau délit, beaucoup plus vaste, de « provocation à la discrimination raciale », qui peut être commis aussi bien par voie de presse que par tout autre moyen d'expression, notamment par la parole ou par des emblèmes. Les juridictions civiles et pénales appliquent ces dispositions avec sévérité : elles ont par exemple condamné à des dommages-intérêts M. Jean-Marie Le Pen, président du Front National, pour avoir soutenu que les chambres à gaz sont « un point de détail de l'histoire de la Deuxième guerre mondiale »<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> O. Bui-Xan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *Économica* 2004 p. 3.

<sup>7</sup> CEDH 13/12/2005 *Timishev c. Russie*, *RDJ* 2006 p. 793 note F. Sudre. Dans le cadre de la présente étude, les termes de « race » et d' « ethnie » seront employés indifféremment, même si le premier met l'accent sur des particularités physiques alors que le second insiste plutôt sur des particularités culturelles.

<sup>8</sup> TGI Nanterre 23/5/1990, *Le Monde* du 25/5/1990

La loi de 1972 érige d'autre part en délit le fait de refuser un bien, un service, ou une embauche à quelqu'un en raison de sa race. Sur la base de cette disposition, la Cour de cassation a par exemple condamné le directeur d'une « boîte de nuit » qui sélectionnait ses clients au faciès<sup>9</sup>. La loi du 30 décembre 2004, transposant une directive européenne du 29 juin 2000, a notablement amélioré l'efficacité de cette répression en renversant la charge de la preuve de la discrimination raciale : désormais, ce n'est plus à la victime de prouver l'existence de la discrimination, mais à l'accusé de prouver que sa décision « est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

La loi de 1972 permet enfin au président de la République de dissoudre, par décret rendu en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements qui provoquent à la discrimination raciale. Plusieurs mouvements néo-nazis ont été dissous selon cette procédure. Une loi du 6 décembre 1993 complète ces mesures en créant un dispositif, récemment renforcé en 2006, spécialement conçu pour lutter contre la violence raciste des hooligans dans les stades. Ce dispositif permet notamment au juge pénal ou au préfet de prononcer des interdictions de stade, et au premier ministre de dissoudre les associations de hooligans<sup>10</sup>.

Encore plus importante que la loi de 1972, la loi du 30 décembre 2004 a créé la « Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité » (HALDE), à laquelle elle a confié la mission ambitieuse de lutter contre toutes les discriminations illégales, qu'elles soient directes ou indirectes, et quelle qu'en soit la nature : raciale, sexuelle, religieuse, etc. Juridiquement, la HALDE n'est pas une juridiction mais une autorité administrative indépendante du pouvoir politique, dont les onze membres sont désignés par sept personnalités différentes du monde politique ou juridictionnel. Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination (raciale ou autre) peut la saisir. La HALDE mène alors l'enquête sur l'affaire, en interrogeant notamment qui elle veut. À l'issue de son enquête, elle peut formuler des « recommandations » pour remédier aux discriminations qu'elle a constatées, ou pour en empêcher le renouvellement. Elle peut aussi procéder à la résolution amiable du litige par voie de médiation. Dans les cas de discrimination les plus graves, elle doit toutefois s'effacer au profit du procureur de la République, qui est seul compétent pour poursuivre les délinquants et les criminels devant les juridictions pénales. Les trois premières années de fonctionnement de la HALDE ont confirmé l'efficacité de cette nouvelle autorité, qui permet aux victimes de discriminations d'obtenir beaucoup plus souvent satisfaction que par le passé<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cass. crim. 12/9/2000, *Le Monde* du 25/10/2000.

<sup>10</sup> Cf. notre article « Sécurité et liberté de réunion », dans *La sécurité* (ouvrage collectif), Presses universitaires de Toulouse 2008.

<sup>11</sup> Cf. ses trois premiers rapports annuels publiés à La documentation française. Sur la HALDE, cf. notre article « Une résurrection de l'égalité ? La création de la HALDE », dans *Valeurs républicaines et droits fondamentaux de la personne humaine en 2003 et 2004* (dir. G. Lebreton), L'Harmattan 2006 p. 185. Sur l'égalité en général, cf. notre manuel *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin 7<sup>ème</sup> éd. 2005 p. 158 à 175 et p. 207 à 209.



## Le refus de reconnaître des droits collectifs à des groupes raciaux

À la différence de ce qu'on observe dans d'autres États européens, notamment au Royaume-Uni, l'universalisme n'implique pas seulement, selon sa conception française, la lutte contre les discriminations raciales subies par les individus, mais aussi le refus de reconnaître des droits collectifs à des groupes raciaux. Depuis 1789, la France s'attache en effet à permettre à chaque individu d'accéder à une citoyenneté égalitaire et émancipatrice, transcendant les appartenances raciales ou religieuses ainsi que toutes les autres singularités naturelles ou culturelles. Elle n'admet donc pas le communautarisme, que le Conseil constitutionnel définit comme « la reconnaissance de droits collectifs à des groupes définis par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »<sup>12</sup>.

Cela signifie notamment que la France refuse d'accorder des droits collectifs aux minorités ethniques, dont elle refuse même de reconnaître l'existence sur son territoire. D'inspiration rousseauiste, le droit français voit en effet en elles ce que le Conseil d'État appelle, dans son rapport public 1996, des « entités intermédiaires » susceptibles de faire écran entre le citoyen et la nation, et de l'empêcher ainsi de participer à la formation de la volonté générale. Elles lui semblent dangereuses pour la liberté, parce qu'en valorisant les particularités des individus elles tentent de les empêcher de s'arracher au déterminisme de leurs origines et d'accéder à une vraie citoyenneté. Bref, pour la France l'appartenance à une origine ethnique n'est pas un facteur d'identité qu'il faut protéger, mais un enfermement dont il faut permettre à l'individu de se libérer.

À la politique de différenciation prônée par le communautarisme, la France préfère en somme rester fidèle à son modèle d'intégration. Le Conseil constitutionnel s'est notamment opposé à cet égard aux tentatives du parlement de reconnaître « la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse »<sup>13</sup>, et de rendre obligatoire l'enseignement dans certaines écoles publiques des langues corse<sup>14</sup> ou bretonne<sup>15</sup>. Il a également jugé contraire à la Constitution française un important traité du Conseil de l'Europe, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992, qu'il accuse de porter « atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français (...) en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des *groupes* de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de *territoires* dans lesquels ces langues sont pratiquées »<sup>16</sup>. Il a enfin subordonné la conformité à la Constitution française de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, à la réserve selon laquelle elle doit être interprétée comme respectant « les articles 1<sup>er</sup> à 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus

<sup>12</sup> CC n°412 DC du 15/6/1999 Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

<sup>13</sup> CC n°290 DC du 9/5/1991 Statut de la Corse

<sup>14</sup> CC n°290 DC du 9/5/1991 précitée, et CC n°454 DC du 17/1/2002 Loi relative à la Corse.

<sup>15</sup> CC n°456 DC du 27/12/2001 Loi de finances pour 2002.

<sup>16</sup> CC n°412 DC du 15/6/1999 précitée.

des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »<sup>17</sup>.

Cette position ferme du Conseil constitutionnel a reçu l'appui du Conseil d'État. Les deux hautes autorités ont en effet conjugué leurs efforts pour dissuader la France de ratifier deux traités du Conseil de l'Europe qui tendaient à reconnaître des droits collectifs à des groupes ethniques : la Charte précitée du 5 novembre 1992, et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>18</sup>. Le Conseil constitutionnel a encore durci sa position en affirmant en 2006 que le renforcement de l'Union européenne ne peut en aucun cas aller jusqu'à remettre en cause « l'identité constitutionnelle de la France »<sup>19</sup>. Il est à notre avis certain que cet ultime barrage souverainiste désigne notamment le refus du communautarisme. On sait en effet que l'Union européenne est (comme le Conseil de l'Europe) favorable au communautarisme depuis qu'elle a incité ses États membres, par une directive du 29 juin 2000, à « adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique ».

Cette résistance acharnée peut surprendre, mais il faut reconnaître qu'elle jouit du soutien de la majorité de la population française. Le rejet par le peuple français du projet de Constitution européenne, lors du référendum du 29 mai 2005, s'explique ainsi essentiellement par la crainte de devoir renoncer à un modèle de société hérité de 1789. En 2003, les Corses, les Guadeloupéens et les Martiniquais ont également rejeté, lors de trois référendums distincts, les statuts d'autonomie renforcée qu'on leur proposait, manifestant ainsi leur attachement au modèle national. Enfin une enquête officielle a révélé en 2005, à la surprise du gouvernement qui l'avait commandée, que les jeunes Français issus de l'immigration préfèrent les « valeurs universalistes » du service public (« égalité, neutralité, compétence »), à une « représentation ethnique de la fonction publique » qui serait douloureusement ressentie comme « une forme d'assignation identitaire »<sup>20</sup>.

## 2 DES MESURES SPÉCIFIQUES EN VUE DE RESTAURER LE « DROIT À L'INDIFFÉRENCE » RACIALE

Bien qu'elle soit profondément attachée au respect de l'égalité des droits, la France est obligée de constater que subsistent sur son territoire certaines

<sup>17</sup> CC n°505 DC du 19/11/2004 Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Cette réserve d'interprétation reste d'actualité dans la mesure où la Charte de 2000, qui n'avait aucune valeur juridique jusqu'à aujourd'hui, a désormais, en vertu de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne issu du Traité de Lisbonne du 13/12/2007, « la même valeur juridique que les traités ».

<sup>18</sup> Cf. les avis du Conseil d'État du 6/7/1995 et du 24/9/1996, respectivement hostiles à la seconde et à la première conventions.

<sup>19</sup> CC n°540 DC du 27/7/2006 Droit d'auteur.

<sup>20</sup> G. Calvès, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, La documentation française 2005 p. 46.

inégalités liées à l'origine ethnique. Pour les combattre, elle accepte donc de mettre en œuvre des mesures spécifiques inspirées par le souci de restaurer l'égalité des chances (A), ou par la volonté d'instaurer une égalité de résultats (B). Dans les deux cas, son objectif n'est pas de légitimer les appartenances ethniques mais au contraire de favoriser leur dépassement. Contrairement aux apparences, elle ne cède donc pas ici au communautarisme mais reste fidèle à sa conception universaliste.

#### Des mesures spécifiques visant à restaurer l'égalité des chances

Le droit français recourt de plus en plus souvent, pour remédier aux inégalités persistantes, au concept d'« égalité des chances », qu'il a tendance à sacraliser depuis une dizaine d'années. C'est le Conseil d'État qui l'a, le premier, mis à la mode dans son rapport public 1996. Le concept a ensuite connu un tel succès qu'il a fini par donner son nom à une loi du 31 mars 2006, officiellement qualifiée de loi « relative à l'égalité des chances ».

L'égalité des chances vise à permettre à chacun d'acquérir les vertus et capacités nécessaires pour réussir dans la vie. Elle admet donc l'inégalité des résultats et se traduit simplement par l'établissement d'un traitement différencié destiné à compenser un handicap de départ dans la vie. Elle n'a par conséquent rien à voir avec la notion de discrimination positive, avec laquelle on la confond parfois à tort, dont la raison d'être est au contraire d'instaurer une égalité des résultats.

L'égalité des chances est devenue un concept-clé de la politique d'aménagement du territoire. La loi d'orientation pour l'aménagement du territoire, du 4 février 1995, annonce ainsi ouvertement son objectif d'« assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire », en corrigeant par des « dispositions dérogatoires (...) les inégalités des conditions de vie... liées à la situation géographique ». La plupart du temps, cette politique n'a pas de dimension ethnique, par exemple quand elle débouche sur l'érection de certaines zones économiquement défavorisées en « zones franches » destinées à inciter les entreprises, moyennant divers avantages spécifiques, à s'y installer. Mais parfois des considérations ethniques semblent implicitement présentes : c'est notamment le cas pour la Corse, qui s'est vue accorder un statut fiscal dérogatoire pour compenser les inconvénients économiques liés à son insularité ; en pratique, ce statut fiscal s'est avéré tellement avantageux que le Conseil d'État a fini par le dénoncer.

La politique de la ville est un autre terrain privilégié de l'égalité des chances. La loi du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains, oblige par exemple les communes appartenant à une agglomération de plus de cinquante mille habitants à réserver, sous peine de sanction financière, au moins 20% de leurs logements au logement social. Officiellement, son but est de favoriser la mixité sociale, et d'éviter ainsi la relégation des pauvres dans des villes-ghettos.

Mais dans la réalité, « la mixité sociale glisse très vite à la mixité ethnique »<sup>21</sup>. Les habitations à loyer modéré (HLM) sont en effet attribuées, par les organismes qui les gèrent, selon des critères d'origine ethnique, pourtant interdits par la loi française, afin d'éviter de concentrer les populations d'origine étrangère dans les mêmes immeubles. La mixité ethnique complète ainsi la mixité sociale.

Le droit des étrangers constitue un troisième champ d'application de l'égalité des chances. Il vise en effet à permettre aux étrangers qui souhaitent séjourner durablement en France de bénéficier d'une aide spécifique pour compenser leur handicap linguistique et culturel, et pour leur donner ainsi de meilleures chances de s'intégrer dans la société française. Depuis les années 1970, des classes spéciales accueillent ainsi les enfants non francophones. Plus récemment, une loi du 24 juillet 2006 dispose que tout étranger âgé d'au moins seize ans qui entre régulièrement en France pour y séjourner durablement doit conclure avec l'État « un contrat d'accueil et d'intégration (...), par lequel il s'oblige à suivre une formation civique et, lorsque le besoin en est établi, linguistique ». Cette formation, entièrement gratuite, a pour objet de lui faire une présentation « des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité ».

L'accès à l'emploi est un dernier exemple de domaine investi par l'égalité des chances. Plusieurs enquêtes montrent en effet que les Français d'origine étrangères ont plus de mal à accéder aux emplois du secteur privé que les autres Français<sup>22</sup>. Pour les aider à surmonter cette discrimination, certaines villes leur offrent une aide spécifique. La ville du Havre a par exemple développé en leur faveur une politique d'aide systématique à la recherche de stages dans les entreprises de l'agglomération. Elle soutient également le travail de certaines associations d'insertion professionnelle en faisant participer ses fonctionnaires aux simulations d'entretiens d'embauche qu'elles organisent ; si ces simulations sont officiellement ouvertes à tous les chercheurs d'emploi issus des quartiers défavorisés, elles s'adressent en réalité plus particulièrement aux Français d'origine étrangère, comme un haut fonctionnaire de la ville du Havre le reconnaît lui-même<sup>23</sup>. Au-delà de l'objectif affiché de lutte contre la ségrégation sociale, existe donc bien une politique d'aide contre la discrimination raciale.

#### Des mesures spécifiques visant à instaurer une égalité de résultats

Selon Daniel Sabbagh, une discrimination positive est l'octroi « aux membres de divers groupes définis suite à un processus d'assignation identitaire »

<sup>21</sup> O. Bui-Xan, *op.cit.* p. 165.

<sup>22</sup> Cf. par exemple FASILD, *Jeunes diplômés issus de l'immigration : insertion professionnelle ou discriminations ?*, La documentation française 2005 : au bout de neuf mois de recherche d'emploi, leur taux de chômage est de 24 % contre 15 % pour les autres Français.

<sup>23</sup> Cf. notre enquête « Le problème des discriminations raciales dans la fonction publique française. L'exemple du Havre », dans *La production des discriminations à l'égard des publics immigrés ou descendants d'immigrés dans l'accès aux services collectifs* (dir. A. Gueyssaz), rapport à la région de Haute-Normandie du 30/6/2007.

d'un « traitement préférentiel dans la répartition de certaines ressources rares »<sup>24</sup>. Là où l'égalité des chances se contentait de donner à chacun la possibilité de s'élever dans la société – sans garantir le résultat – grâce à un simple « traitement différencié », la discrimination positive vise « à assurer l'égalité des résultats »<sup>25</sup> au moyen de traitements préférentiels pour des groupes ciblés. Fruit d'une pensée différentialiste d'inspiration américaine, elle s'accorde mal avec l'universalisme français. C'est pourquoi la France l'a longtemps repoussée. Depuis les années 1980, elle accepte toutefois certaines discriminations positives, mais c'est paradoxalement dans une perspective universaliste car elle n'y recourt officiellement, à titre temporaire, qu'en vue de recréer les conditions d'une pleine intégration dans la nation des groupes concernés.

La discrimination positive française la plus célèbre est intervenue pour rétablir l'égalité politique des hommes et des femmes, qui peinait à s'installer dans les mœurs. Sur le fondement de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, une loi du 6 juin 2000 a en effet imposé la parité hommes/femmes dans les candidatures aux élections municipales des communes d'au moins 3 500 habitants, ainsi qu'aux élections qui se déroulent au scrutin proportionnel (régionales, sénatoriales, et européennes). Grâce à cette loi, presque autant de femmes que d'hommes sont aujourd'hui en charge de responsabilités politiques. On espère à moyen terme que cette parité deviendra si naturelle qu'elle n'aura plus besoin du secours de la loi pour s'imposer.

En matière raciale les discriminations positives s'avèrent plus délicates à mettre en place. Elles sont apparues en deux temps dans le domaine de l'enseignement. Dans un premier temps, une simple circulaire du ministre de l'Éducation nationale, le socialiste Alain Savary, décide le 1<sup>er</sup> juillet 1981 de mettre en place des « zones d'éducation prioritaire » (ZEP). Ces ZEP, qui correspondent à des zones socialement défavorisées, permettent aux établissements scolaires qui y sont situés de bénéficier d'avantages particuliers : dotations spécifiques et postes supplémentaires d'enseignants et de surveillants. À ce stade il ne s'agit donc encore que d'égalité des chances, mais elle a déjà une dimension ethnique car l'un des principaux critères de délimitation des ZEP fixés en 1981 est la « présence d'enfants étrangers », tant et si bien que « la première carte des ZEP correspondit grosso modo à celle de l'immigration »<sup>26</sup>. Dans un second temps, une loi du 17 juillet 2001 complète le mécanisme en autorisant l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris à adopter des « modalités particulières » de recrutement dans les lycées des ZEP afin de « diversifier » ses élèves. En clair, elle permet à l'IEP de recruter directement, en les dispensant du difficile concours d'accès qui constitue sa voie normale de recrutement, des jeunes bacheliers d'origine étrangère. Cette fois, il s'agit bien d'un traitement préférentiel dans la répartition d'une ressource rare : l'entrée à l'IEP de Paris, gage quasi-certain de réussite professionnelle. Il s'agit bien, en d'autres termes, d'une discrimination positive.

<sup>24</sup> D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Économica 2003 p. 2 et 3.

<sup>25</sup> D. Schnapper, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Gallimard 2002 p. 75.

<sup>26</sup> O. Bui-Xan, *op. cit.* p. 148-149.

Depuis 2005, une « préparation privilégiée » au concours de commissaire de police a été mise en place au profit des jeunes des « quartiers défavorisés ». Là encore – mimétisme étonnant par rapport à l'histoire des ZEP – il ne s'agit à ce stade que d'égalité des chances, mais elle a déjà une dimension ethnique, la brochure présentant cette préparation commençant par un jeu de mots – photo de jeunes d'origine africaine à l'appui – « un avenir aux couleurs de la République ». Quand on sait que le promoteur de cette opération n'est autre que l'actuel président de la République Nicolas Sarkozy, à l'époque ministre de l'Intérieur, qui s'est ouvertement déclaré favorable aux discriminations positives en matière ethnique, on devine que les choses n'en resteront pas là...

Des discriminations positives en faveur des jeunes d'origine étrangère sont d'ailleurs déjà apparues en matière d'accès à certains emplois publics. C'est ainsi qu'Électricité de France (EDF) s'est engagée, par une convention signée avec l'État le 6 décembre 2001, à réserver 10% de ses emplois au recrutement « local ». La Poste est allée encore plus loin en s'engageant, par une convention similaire signée le 11 mars 2002, à réserver de 20 à 40% de ses emplois à ce type de recrutement. Comme presque toujours en France, l'ethnique se dissimule ici sous le social.

Les « emplois-jeunes », créés par la loi du 16 octobre 1997, ont aussi été utilisés massivement pour donner des emplois d'animateurs sociaux à des jeunes choisis en raison de leur origine. La sociologue Dominique Schnapper, qui a été membre du Conseil constitutionnel, dénonce cette politique de recrutement, « grâce aux emplois-jeunes, des 'grands frères' chargés de contrôler leurs 'petits frères'. C'est là », conclut-elle, « une première forme de métier ethnique officiel »<sup>27</sup>.

Mais certaines collectivités locales vont déjà plus loin, comme le montre l'exemple de la ville du Havre. Désormais, ce ne sont plus seulement des contractuels mais des fonctionnaires de catégorie C qu'elles recrutent directement comme animateurs sociaux dans les quartiers défavorisés, officiellement d'après le critère de leur représentativité sociale, en réalité d'après le critère de leur représentativité ethnique<sup>28</sup>.

La HALDE encourage ces discriminations positives en proposant aux entreprises et aux collectivités locales de signer sa « charte de la diversité », dont la principale disposition engage chaque signataire à « chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans (son) effectif, aux différents niveaux de qualification ».

Partout des quotas ethniques se mettent discrètement en place, au nom de la nécessité de prouver la détermination de la France à défendre son modèle universaliste contre tout ce qui pourrait ressembler à un « apartheid »<sup>29</sup>

<sup>27</sup> D. Schnapper, *op. cit.* p. 205.

<sup>28</sup> Cf. notre enquête précitée de 2007.

<sup>29</sup> Certains sociologues dénoncent par exemple un « apartheid scolaire » en constatant que 40 % des collégiens d'origine extra-européenne sont concentrés dans 10 % des collèges : cf. G. Felouzis, F. Liot et J. Perrotton, *L'apartheid scolaire*, éd. du Seuil 2007 p. 41.

### 3 DES MESURES SPÉCIFIQUES EN VUE DE RESPECTER UN « DROIT À LA DIFFÉRENCE » RACIALE

Lorsque la France accepte de mettre en œuvre des mesures spécifiques au profit de certaines personnes en raison de leur origine ethnique, c'est généralement, comme on vient de le voir, en vue de favoriser leur intégration et de restaurer, dans une perspective universaliste, le « droit à l'indifférence » raciale dont elles ont été injustement privées du fait de discriminations illégales.

Mais dans des cas plus rares, elle accepte de déroger à l'universalisme en instaurant des mesures spécifiques qui visent au contraire à respecter le « droit à la différence » raciale revendiqué par certaines minorités ethniques. Elle procède ainsi, le plus souvent implicitement (A) mais parfois explicitement (B), à la reconnaissance officielle de l'existence de certaines minorités ethniques.

La reconnaissance implicite de certaines minorités ethniques

Cas unique sur le territoire métropolitain français, les Tsiganes n'ont jamais voulu s'intégrer pleinement à la société française, préférant rester fidèles à leur mode de vie nomade. Très tôt la France en a pris acte en leur consacrant des lois spéciales. La plus ancienne, la loi du 16 juillet 1912, obligeait chaque Tsigane à détenir un « carnet anthropométrique » qui mentionnait ses caractéristiques physiques : empreintes digitales, photographies de face et de profil, longueur et largeur de la tête, largeur de la bouche, longueur de certains doigts, etc. Ce carnet individuel devait être présenté à la police à l'arrivée et au départ de chaque commune. Un régime vexatoire de surveillance renforcée était ainsi mis en place, ouvertement inspiré par des considérations racistes. Lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi de 1912, le sénateur Pierre-Étienne Flandin n'avait pas hésité à affirmer à cet égard que les Tsiganes sont des « vagabonds à caractère ethnique » qui « traînent leur fainéantise et leurs instincts de maraude le long des routes », terrorisant les campagnes « où ils exercent impunément leurs déprédations »<sup>30</sup>. Ce racisme n'a heureusement plus cours aujourd'hui. La loi du 3 janvier 1969 abroge celle de 1912 en lui substituant des dispositions plus tolérantes. Un « carnet de circulation », ne mentionnant plus les caractéristiques physiques et devant être visé seulement une fois par mois par la police, remplace en effet le carnet anthropométrique. Cette loi oblige en outre les Tsiganes, qu'elle qualifie du terme racialement neutre de « gens du voyage », à choisir chacun une « commune de rattachement » (où ils pourront voter s'ils sont Français), en vue de les inciter à se sédentariser. Cette incitation s'est toutefois soldée par un échec, dans la mesure où 135 000 Tsiganes ont préféré continuer à être itinérants. Deux lois du 31 mai 1990 et du 5 juillet 2000 en ont tiré les conséquences en obligeant les communes de plus de cinq mille habitants à aménager des terrains spécialement destinés à l'accueil des « gens du voyage »<sup>31</sup>. En se voyant ainsi reconnaître un droit collectif spécifique

<sup>30</sup> Cité par H. Moutouh, *Les Tsiganes*, Flammarion 2000 p. 10.

<sup>31</sup> Pour plus de détails, cf. notre manuel *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin 7<sup>ème</sup> éd. 2005 p. 332 à 335.



au nomadisme, les Tsiganes sont donc implicitement considérés par la France comme une minorité ethnique dont il faut respecter le droit à la différence.

Les Corses ont également obtenu, à partir de 1982, la reconnaissance implicite de leur particularité ethnique. Rattachée à la France en 1768, la Corse est pourtant restée administrée dans les mêmes conditions que les autres départements français pendant deux siècles. Mais à partir de 1982, la France entreprend de calmer ses revendications d'autonomie (voire d'indépendance) en lui accordant des statuts de plus en plus dérogatoires par des lois du 2 mars 1982, du 13 mai 1991 et du 22 janvier 2002. Au terme de cette évolution, la Corse dispose d'une « Assemblée » spécifique qui élit (et éventuellement renverse) un « conseil exécutif » de sept membres, chargé de diriger l'action de la collectivité territoriale, notamment dans les domaines du développement économique et de la politique culturelle. Cette Assemblée ne dispose pas, toutefois, du pouvoir de voter des lois : elle peut simplement demander au parlement français de l'habiliter à prendre des règlements adaptés aux spécificités de l'île. L'autonomie ainsi accordée reste donc assez faible, mais elle semble suffire aux Corses qui ont refusé par référendum, en 2003, d'aller plus loin. Le droit à la différence reconnu aux Corses est en définitive marginal, sans doute parce qu'au-delà d'un certain folklore identitaire leur intégration dans la société française est beaucoup plus forte qu'ils veulent l'avouer.

Créées lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les « collectivités d'outre-mer » (COM) – qui succèdent aux « territoires d'outre-mer » (TOM) créés dès 1946 – jouissent d'une autonomie plus forte, liée à leur éloignement géographique de la métropole et au fort particularisme ethnique de leurs habitants. Plus encore que les TOM, les COM sont une catégorie juridique souple conçue pour permettre une « prolifération de statuts uniques, pensés en fonction des particularismes de chaque collectivité »<sup>32</sup>. Certaines COM ont ainsi peu de spécificités par rapport aux départements d'outre-mer (DOM)<sup>33</sup>, comme par exemple Saint-Pierre-et-Miquelon (qui a d'ailleurs été DOM de 1976 à 1985) ou Mayotte (qui souhaiterait devenir DOM). D'autres en ont davantage, comme par exemple Wallis-et-Futuna (divisé en trois royaumes placés chacun sous l'autorité d'un représentant de l'État français et d'un roi élu !), ou surtout la Polynésie française (qui dispose d'un « gouvernement » et dont l'assemblée peut, en vertu du statut du 27 février 2004, voter des « lois du pays » pouvant être attaquées devant le Conseil d'État français). Au-delà de leurs différences, toutes les COM ont toutefois une particularité juridique commune, posée par l'article 74 de la Constitution : les lois et règlements français applicables à la métropole n'y sont applicables qu'aux conditions précisées par leurs statuts respectifs ; c'est le principe de la « spécialité législative ». Par comparaison, les lois et règlements français sont au contraire, en vertu du principe d'« assimilation législative » posé par l'article 73 (et sous réserve de certaines « adaptations » ponctuelles), « applicables de plein droit » aux DOM.

<sup>32</sup> O. Bui-Xan, *op. cit.* p. 337.

<sup>33</sup> Il y a quatre DOM : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion.



Comme les Tsiganes, comme les Corses, les populations des COM bénéficient donc d'un « droit des groupes », c'est-à-dire de règles spécifiques ayant pour but la préservation des groupes qu'elles constituent<sup>34</sup>. Implicitement, le droit à la différence qu'elles se voient ainsi reconnaître est fondé sur des critères ethniques, que l'attachement à l'universalisme conduit à dissimuler. Dans un cas pourtant, cette dissimulation a fini par être abandonnée...

#### La reconnaissance explicite de la minorité kanak

La Nouvelle-Calédonie est un cas à part dans l'évolution des actuelles possessions françaises d'outre-mer. Alors que partout ailleurs, et notamment en Polynésie, les populations autochtones et d'origine métropolitaine se sont mélangées grâce à de nombreux mariages « mixtes », on y observe au contraire une séparation persistante entre Kanaks noirs et Caldoches blancs. De ce fait, la Nouvelle-Calédonie n'a pas évolué dans le sens d'un rapprochement avec le statut de DOM, ni même vers l'adoption à l'amiable, à la manière polynésienne, d'un statut d'autonomie excluant l'indépendance. À partir des années 1980, les Kanaks, devenus minoritaires au sein de la population calédonienne, ont préféré revendiquer, de façon parfois violente, une indépendance politique totale par rapport à la France. Face à cette situation explosive, proche de la guerre civile, la France n'est parvenue à rétablir le calme qu'en accordant à la Nouvelle-Calédonie une autonomie de plus en plus proche de l'indépendance, par des statuts successifs de 1984, 1988 et 1999<sup>35</sup>.

Le « statut Lemoine » du 6 septembre 1984 est consécutif à la Déclaration de Nainville-les-Roches du 12 juillet 1983, négociée entre Kanaks et Caldoches, qui reconnaissait pour la première fois « la légitimité du peuple kanak » à exercer « un droit inné et actif à l'indépendance », à condition toutefois que cela se fasse dans le cadre d'une « autodétermination ouverte également pour des raisons historiques aux autres ethnies ». Conformément à cette Déclaration, que les Caldoches ont finalement refusé de signer, le statut de 1984 s'efforce d'organiser l'autonomie d'un hypothétique « peuple calédonien » que personne n'est encore prêt à accepter. Il s'avère donc impuissant à empêcher l'aggravation de la guerre civile, dont le point d'orgue survient en avril 1988 avec la prise en otages puis l'assassinat de gendarmes français par des indépendantistes kanaks dans la grotte d'Ouvéa.

Nouveau Premier ministre de François Mitterrand qui vient d'être réélu président de la République, Michel Rocard parvient alors à persuader Kanaks et Caldoches de signer l'accord de Matignon du 26 juin 1988, par lequel ils s'engagent à rétablir « la paix civile » et acceptent le principe d'un nouveau statut de type fédéral. Ce nouveau statut est approuvé par l'ensemble du

<sup>34</sup> Sur cette définition, cf. H. Moutouh, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDJ* 2007 p. 479.

<sup>35</sup> Sur cette spécificité calédonienne, cf. J-Y. Faberon, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes », *RFDC* 2006 p. 691.

peuple français lors du référendum du 6 novembre 1988. Son originalité majeure est de tenir compte des réalités ethniques en découpant la Nouvelle-Calédonie en trois provinces autonomes, dont deux sont à forte concentration kanak et la troisième à majorité caldoche. Il prévoit aussi qu'un référendum d'autodétermination, réservé aux électeurs ayant au moins dix ans de résidence en Nouvelle-Calédonie, aura lieu en 1998. Mais le statut de 1988 remplit finalement si bien son rôle d'apaisement que Kanaks et Caldoches conviennent en 1998 de repousser ce référendum d'auto-détermination au-delà de 2013, à une date à fixer à partir de 2014.

Ce report est l'œuvre du célèbre accord de Nouméa du 5 mai 1998<sup>36</sup>, par lequel Kanaks et Caldoches tracent aussi les contours de l'actuel statut de la Nouvelle-Calédonie, fixé par la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 et par la loi organique du 19 mars 1999. L'accord de Nouméa conserve les trois provinces imaginées par l'accord de Matignon, mais contient également deux nouveautés majeures : le Congrès de Nouvelle-Calédonie se voit reconnaître le droit de voter des « lois du pays », qui contrairement à leurs homonymes polynésiennes sont de véritables lois, uniquement attaquables devant le Conseil constitutionnel français ; et l'exécutif n'est plus aux mains du « haut commissaire » représentant l'État français, mais est désormais dirigé par le président d'un gouvernement élu à la proportionnelle par le Congrès, originalité (presque unique au monde) qui contraint Kanaks et Caldoches à une collaboration politique permanente. Le statut issu de l'accord de Nouméa est d'ailleurs tellement spécifique que la Constitution française a renoncé à assimiler la Nouvelle-Calédonie à une COM, et l'a érigée en territoire *sui generis*, auquel ses articles 76 et 77 sont spécifiquement consacrés.

Même si la paix est revenue, la France n'est toutefois pas totalement parvenue à sortir de l'ambiguïté qu'elle entretient depuis 1983, et qui consiste à parler tantôt du « peuple kanak », tantôt du « peuple calédonien » qui englobe Kanaks et Caldoches.

Le préambule de l'accord de Nouméa reconnaît par exemple qu'il faut « restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté ». Dans cette optique, la révision constitutionnelle du 23 février 2007 avantage les Kanaks en vue du futur référendum d'autodétermination d'après 2013, en réservant le droit d'y participer aux citoyens comptant dix années de résidence calédonienne avant le 9 novembre 2008 (solution dite du « corps électoral gelé ») et non à la date du futur référendum (solution dite du « corps électoral glissant » qui avait été retenue par une décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999) : cette interprétation restrictive vise en effet à exclure les néo-Caldoches du scrutin afin d'équilibrer les forces en présence et de donner sa chance à une future

<sup>36</sup> Reproduit et commenté dans le n° 10 de la *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2007. Revue fondée par Jean-Yves Faberon et dirigée par Patrice Jean.

« Kanaky » indépendante<sup>37</sup>. La perspective retenue semble ici correspondre à celle, assez classique, d'un processus de décolonisation.

Mais la fin du préambule de l'accord de Nouméa privilégie plutôt « la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie », et ouvre la voie à la décision du « peuple calédonien » de rester attaché à la France. Dans cette seconde perspective, les Kanaks ne constituent plus un « peuple » à part entière, ayant vocation à la souveraineté, mais une simple minorité ethnique dont la France reconnaît et protège l'existence. C'est bien, en définitive, l'option choisie par l'accord de Nouméa, malgré l'écran de fumée de la révision constitutionnelle de 2007. Cet accord s'inscrit en effet dans la longue durée en concédant des « droits de groupe » à la minorité kanak : statut civil coutumier, reconnaissance du rôle social des « autorités coutumières », protection de la culture et des langues kanaks, attribution de terres en propriété collective, etc. Derrière le mirage d'une future accession à l'indépendance, rendue impossible par le rapport des forces démographiques en présence, c'est en réalité à la reconnaissance explicite de « l'identité kanak », autrement dit d'une minorité ethnique, que procède l'accord de Nouméa.

\*

\* \*

Attachée à l'universalisme des droits de l'homme et du citoyen, la France continue à sacraliser le principe d'égalité des droits. Néanmoins soucieuse de promouvoir la justice sociale, elle a progressivement accepté d'y déroger au profit des catégories les plus exposées de la population, c'est-à-dire des travailleurs et des indigents, puis des personnes victimes de discrimination raciale, enfin de certaines minorités ethniques.

Pour les Français, cette promotion de la justice sociale est une ardente obligation, car elle est au cœur de l'idéal de fraternité qu'ils ont esquissé en 1789, puis exprimé en 1848, lors des deux Révolutions les plus importantes de leur Histoire. Y renoncer serait remettre en cause les bases mêmes de leur contrat social.

En approfondissant l'exigence de justice sociale, la France reste en somme fidèle à la mission intégratrice qu'elle s'est fixée, et tient compte de cet avertissement lancé par Saint-Just dans son discours du 27 février 1794 : « Les malheureux sont les puissances de la terre ; ils ont le droit de parler en maîtres aux gouvernements qui les négligent ».

<sup>37</sup> Sur cette révision très controversée, cf. les études d'O. Gohin et de P. Jean dans le n° 10 de la *Revue* 2007 précitée, p. 14 et p. 20.





# DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: O CASO DOS MUNICÍPIOS

---

*Heleno Taveira Tôrres<sup>1</sup>*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O que se espera de um estudo que nos abre a oportunidade de relacionar direitos humanos e fazenda pública local deve coincidir com a identificação daquilo que a fiscalidade pode fazer pelo crescimento e melhoria das condições de vida das pessoas que vivem em um determinado município. E deve ser a partir deste reconhecimento que a efetividade das liberdades individuais deve iniciar-se, pela própria concretização dos valores que informam o conceito de “interesse local”, princípio central das autonomias locais. Ora, se o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam (atingidas por liberdades chamadas de instrumentais, que são aquelas políticas, econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora), a liberdade deve ser alçada à condição de fim primordial e principal meio do desenvolvimento, como pensa Amartya Sen. E aqui acrescentamos o protagonismo dos municípios para a concretização dessa tarefa, pela sua importância como instrumento da expansão das liberdades humanas.

Dentre os critérios de identificação dos níveis de desenvolvimento de um dado estado ou município, recentemente, as medidas de promoção das liberdades individuais, nas suas múltiplas possibilidades, foram alçadas a fator de importante predomínio. Como bem demonstrou o economista Amartya Sen, com o que conquistou seu Prêmio Nobel em 1998, ao examinar o papel dos direitos humanos no desenvolvimento, não é o nível da riqueza de um estado ou território elemento apto à identificação do grau de desenvolvimento atingido, mas sim o reconhecimento e garantia das liberdades substantivas que

---

<sup>1</sup> Professor e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

os membros dessa sociedade desfrutam<sup>2</sup>, a permitir a realização daquilo que valorizam, mediante expansão das oportunidades e da possibilidade de interferir positivamente no crescimento de todos os membros da comunidade.

É indiscutível que toda a doutrina que se ocupou das autonomias municipais laborava na compreensão da sua importância para a descentralização administrativa como instrumento de redistribuição regional de riquezas e melhor atendimento das necessidades materiais das pessoas. Inusitadamente, mesmo municípios de grande arrecadação vêem-se com problemas semelhantes àqueles de menor expressão, quanto ao aprimoramento da qualidade de vida das pessoas. E os problemas tornam-se ainda mais evidentes quando comparamos os maiores entes locais e verificamos problemas incontroláveis de liberdades instrumentais em todos eles.

Nesse contexto, os princípios de garantias de liberdades constitucionais e da eficiência administrativa apresentam-se como medida importante para a ação do Estado e desempenho da Administração com respeito indelével aos direitos e garantias individuais; mas, ao mesmo tempo, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais pela própria funcionalidade da Administração. Este é o grande desafio contemporâneo.

Neste particular, basicamente, o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no estudo das atividades das fazendas públicas locais, em matéria tributária, tem um múltiplo campo de possibilidades. Poderemos falar da concretização de direitos individuais na continuidade dos atos de aplicação da legislação tributária (i), no respeito à observância da separação de competências e subsidiariedade, de repartição de poderes entre as autonomias (ii), como medida de prestação de serviços e atendimento das necessidades coletivas decorrentes do interesse local (iii) ou como instrumento para a concretização de políticas públicas, na forma de uma tributação extrafiscal (iv). São estes os principais aspectos que devem nortear uma análise sobre a interação entre os domínios da fazenda pública local e os direitos fundamentais, pois é evidente que toda a discussão sobre a observância dos direitos fundamentais em matéria tributária poderia ser aqui reproduzida, o que seria de todo despendioso. Diversamente, numa redução de complexidade, preferimos efetuar análise mais detida sobre aquilo que é peculiar à fiscalidade municipal no que concerne ao superamento de eventuais conflitos de competência.

## 2 A GARANTIA DE SUBSIDIARIDADE NO FEDERALISMO FISCAL E A AUTONOMIA MUNICIPAL

O direito a ter um sistema tributário próprio implica necessariamente, como decorrência, o dever de observância a uma série de limitações, especialmente aquelas decorrentes do estatuto constitucional de direitos e garantias dos contribuintes. Princípios como os de segurança jurídica, legalidade,

<sup>2</sup> SEN, Amartya. *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 32 e ss.

isonomia e generalidade, indelegalidade das competências, irretroatividade das leis, não utilização do tributo com efeito confiscatório, capacidade contributiva, tutela jurisdicional, dentre outros, devem ser atendidos em todos os seus termos. Contudo, o respeito às autonomias das entidades federadas também contemplam idêntico efeito, pois, do mesmo modo, consistem em delimitação e racionalização do poder estatal.

Em geral, o federalismo fiscal tem como características a subsidiariedade, a descentralização e o cooperativismo das unidades, segundo a preservação institucional de poderes, a realização de despesas, e o financiamento das unidades. Assim, do ponto de vista das despesas, a descentralização, para permitir ordenação política e administrativa para a realização dos seus propósitos; quanto ao financiamento, a estrutura cooperativa, a autorizar a imputação de receitas próprias e participação no produto da arrecadação dos tributos das demais unidades; e, por fim, quanto à preservação institucional de competências, a subsidiariedade, como garantia institucional destas.

A descentralização presta-se à aproximação dos entes estatais às necessidades das pessoas, numa busca de democratização do acesso ao público e eficiência administrativa na aplicação dos recursos públicos. Por outro lado, favorece ao controle sobre os gastos públicos, pela maior fiscalização que possibilita, mediante intensa participação popular. E tanto mais quando implanta-se forma de orçamento baseada na cooperação popular, como é o caso do chamado orçamento participativo, experiência sobremodo positiva de alguns municípios brasileiros. No plano da descentralização, mesmo estados unitários podem adotar modelo de financiamento típico de “federalismo fiscal”.

Quanto à subsidiariedade, o princípio de simetria entre as pessoas competentes impõe um respeito constante aos limites materiais do exercício do poder de cada uma destas. Em toda a América Latina, por muito tempo, discutiu-se sobre serem os municípios entidades autárquicas, sob a forma de descentralizações administrativas territoriais, ou entes dotados de autodeterminação, como autonomias; com um poder tributário delegado ou com um sistema tributário autônomo<sup>3</sup>. Na atualidade, contudo, a tendência é a confirmação da autonomia das competências em ordem institucional, político, administrativo e tributário.

Deve-se, ao mais, observar o princípio de preservação da competência federal sempre que esta seja exercida, em detrimento da competência remanescente dos municípios, sobre tributos análogos aos nacionais. É o que ocorre na Argentina, pelo requisito de compatibilidade dos gravames

<sup>3</sup> CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 20-21; RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2000, 371 p.; FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2. ed. SP: RT, 2004; PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autónoma y local*. Vigo, Tórculo, 2003, 764 p.; CASADO OLLERO, Gabriel (Coord.). *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005, 748 p.; CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 534 p.

municipais com os níveis superiores de governo, e que consta da constituição das municipalidades, como medida de proteção dos contribuintes. Isto é de grande importância, especialmente em matéria de taxas, incidentes sobre atos típicos de controle (poder de polícia). Basicamente, a subsidiariedade afirma-se pelo primado do respeito às autonomias locais, de um tal modo que tudo o quanto possa ser objeto de competência destas entidades não possa ser absorvido por órgãos dos estados, regiões ou nação.

Essa subsidiariedade de que falamos é base do estado social de direito e princípio fundamental de qualquer organização federal, ao exigir necessária complementariedade entre suas unidades para atingir os propósitos capitais que a Constituição pretende concretizar, numa unidade incidível de valores e objetivos. Nesse particular, a subsidiariedade<sup>4</sup> determina os critérios necessários de complementação no exercício das competências que não sejam exclusivas, como as concorrentes. Por isso, entende-se que todo e qualquer exercício de competências não exclusiva no federalismo deve observar o efeito de escala da intervenção legislativa, a necessidade de manter coerência entre a atuação das unidades, com respeito às normas gerais (se houver) e garantia da atuação legislativa dos estados e municípios por parte da entidade central. É que o princípio de subsidiariedade presta-se precipuamente a afirmar a garantia das unidades periféricas do federalismo, de tal sorte que, ao ente central, o exercício legislativo realize-se sem causar prejuízos ao espaço de competências das demais unidades, a garantir o espaço de liberdade legislativa dos municípios nas hipóteses de competências não exclusivas da União.

Por fim, quanto ao financiamento, visando a assegurar os direitos à liberdade e à propriedade, o texto constitucional brasileiro discriminou exaustivamente as competências tributárias, ordenando o poder de tributar em angustos limites, sob a égide do princípio do federalismo fiscal cooperativo, o qual pressupõe a discriminação de rendas não somente baseada na fonte (entabulada pela repartição de competências), mas também na distribuição do produto arrecadado (diretamente ou por meio de fundos de participação).

Sendo o Estado brasileiro típico Estado Social de Direito, tal como o funda a Constituição, falar de segurança jurídica em matéria tributária no nosso ordenamento exige, necessariamente, cuidar dos critérios inerentes a este modelo e dos valores do próprio conceito de Estado, a exigir envolvimento dos seus institutos e princípios com a ordenação de políticas públicas, especialmente aquelas dirigidas ao desenvolvimento e à intervenção do Estado da ordem Econômica, que se nutre do estudo das repercussões perpetradas pela ação de legislar em matéria tributária, a partir de criterioso planejamento e programação dos fatores da ordenação econômica.

<sup>4</sup> Cf. SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade*. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001, p. 88; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial/FDUFMG (Nova Fase), 1995. 135 p.; QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da união européia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.



### 3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO E SEU TERRITÓRIO

Por muito tempo, discutiu-se sobre serem, os municípios, entidades autárquicas, sob a forma de descentralizações administrativas territoriais, ou entes dotados de autodeterminação, como autonomias; com um poder tributário delegado ou com um sistema tributário autônomo<sup>5</sup>. Na atualidade, contudo, o entendimento uniforme coincide com a confirmação da autonomia das competências em ordem institucional, político, administrativo e tributário. Criado o município, mesmo que se faça por lei estadual, passa ele a dotar-se de autonomias que balizam seu poder e garantem o exercício de obrigações e direitos, como corolário da personalidade jurídica adquirida, na integração do federalismo brasileiro. E desde então, somente nos casos autorizados pela Constituição, em lista taxativa e exaustiva, poderão os estados intervirem nos municípios. Daí porque o Município, que se exterioriza por seu território, base na qual vigora sua jurisdição, não pode sofrer coarctações sobre suas competências ou sobre sua demarcação geográfica e fronteiras firmadas com os municípios limítrofes por qualquer outro membro do federalismo.

Como prescreve o artigo 1º, da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (...)”. Trata-se de uma feição tridimensional de federalismo, unicamente encontrável no Brasil, acompanhada do princípio de autonomia municipal, ao lado da autonomia dos estados, que é a feição bidimensional comum às demais nações federativas.

Vê-se, o modelo de federalismo adotado pela Constituição brasileira acolhe os municípios como partícipes da sua extensão, enquanto entidades autônomas<sup>6</sup>, igualmente aos estados, o distrito federal e a União, com campo próprio de competências administrativas e de organização política, fundadas na descentralização. Tal descentralização é sua principal virtude e presta-se à aproximação dos entes estatais às necessidades das pessoas, numa busca de

<sup>5</sup> Cf. CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributário de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 20-21; RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2000, 371 p.; FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2ª ed. SP: RT, 2004; PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autonômica y local*. Vigo, Tórculo, 2003, 764 p.; CASADO OLLERO, Gabriel (Coord.) *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005, 748 p.; CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 534 p.

<sup>6</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro. *Revista de Direito Público*. SP: RT, nº 63, 1982, p. 12-27; LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 339-92; \_\_\_\_\_. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, p. 312-37; FERREIRA, Pinto. A autonomia política dos municípios. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1969, v. 7, p. 157-67; NAZAR, Elizabeth. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1973, v. 25, p. 197-216; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Fundamentos da competência tributária municipal. SP: RT, 1980, nº 13/14, p. 99-113.

democratização do acesso ao público e eficiência administrativa na aplicação dos recursos públicos. Por outro lado, favorece ao controle sobre os gastos públicos, pela maior fiscalização que possibilita, mediante intensa participação popular.

Corolário dessa disposição quanto à formação do federalismo brasileiro, a Constituição consagra a autonomia dos municípios, em dispositivos próprios, quando versa, por exemplo, sobre a organização da República Federativa do Brasil, especialmente no art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Validamente criadas, as municipalidades terão Constituição própria (a Lei orgânica), conforme acentua o art. 29: “O Município reger-se-á por lei orgânica, (...) que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição (...)”. Falamos aqui da autonomia institucional, quanto à possibilidade de autodeterminação, no espaço de competência.

A afirmação do princípio da autonomia dos municípios, em matéria tributária vê-se antecipada pelo art. 30, da Constituição, ao atribuir poderes para: *III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei*. A prestação de contas não se confunde com a autonomia, que se delimita unicamente pelos poderes para *instituir e arrecadar os tributos de sua competência*. E estes tributos são os que constam do art. 145, *impostos (i); taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (ii); e contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (iii)*. Ademais, *cumpre-lhe instituir a Contribuição de Iluminação Pública*, prevista no art. 149-A, E, além destes, podem ainda, os municípios, instituírem contribuição dos servidores para o financiamento da previdência destes, nos termos do § 1º, do art. 149: *Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União*. (Redação dada pela EC nº 41, 19.12.2003). Em matéria de impostos, a Constituição especificou, de modo exclusivo, no seu art. 156, a competência dos municípios para *instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar*.

O direito de ter um sistema tributário próprio implica, necessariamente, o dever de observância a uma série de limitações, especialmente aquelas decorrentes do estatuto constitucional de direitos e garantias dos contribuintes. Princípios como os de segurança jurídica, legalidade, isonomia, indelegalidade das competências, irretroatividade das leis, não confisco, capacidade contributiva, tutela jurisdicional, dentre outros, devem ser atendidos em todos os seus termos. Outrossim, o respeito

às autonomias das entidades federadas também contemplam equivalente efeito, pois, do mesmo modo, consistem em delimitação e racionalização do poder estatal. E neste âmbito encontra-se, tanto mais, em respeito às competências dos demais municípios, a tipificação de fatos jurídicos tributários.

Por fim, a autonomia dos municípios vê-se garantida processualmente pelos limites de intervenção e o controle de constitucionalidade das leis, postos como instrumentos que podem ser usados em face de qualquer atividade de estados que tenham como fim qualquer prejuízo ao seu exercício. O art. 34, da CF, impede que a União possa intervir nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal<sup>7</sup>. Portanto, as competências municipais recebem proteção formal à sua preservação. E para qualquer medida que traga afetação às competências dos municípios, resguarda-se o livre acesso ao judiciário, no controle de inconstitucionalidade, além dos poderes atribuídos à União para intervir em Estados que eventualmente assim possam agir.

### 3.1 Competência tributária e territorialidade como condições para a atuação do sujeito ativo na cobrança do crédito tributário

Geralmente o estudo da sujeição ativa reduz-se à designação, em lei, da pessoa ou ente estatal competente para efetuar a exigibilidade, arrecadação e cobrança do crédito tributário. Sua determinação, porém, nem sempre é simples e merece grande acuidade por parte do aplicador do direito positivo. A dignidade do tema é superlativa.

No Brasil, a sujeição ativa tributária decorre do arquétipo constitucional de atribuição de competências aos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É do exercício legislativo destas que deriva a imputação do sujeito ativo, para o exercício do direito subjetivo na cobrança do crédito tributário. Por isso mesmo, o estudo da sujeição ativa deve ser precedido de uma análise bem determinada do conceito de competência tributária.

Mas não só. O sujeito ativo encontra-se invariavelmente limitado ao espaço territorial da pessoa competente, cabendo-lhe o dever-poder de exigibilidade dos tributos sempre nos estritos limites territoriais da entidade competente (quando com esta não se confunda), salvo o caso de extraterritorialidade autorizada por convênios.

Competência tributária é conceito que qualifica exclusivamente atribuição de poderes para criação de tributos, usado para dizer da competência legislativa. Normas de competência são normas de organização ou de estrutura<sup>7</sup>, normas

<sup>7</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*. In: *Dalla struttura alla funzione – nuove studi de teoria del diritto*. Verona: Edizioni di Comunità, 1976, p. 124-63; HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press – 1961, cap. 5; ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN,

que estabelecem condições, requisitos ou pressupostos para a criação de outras normas, as normas de condutas, que tipificam obrigação, permissão ou proibição, e decorrem do campo material de definição da competência tributária.

As normas que circunscrevem o objeto da competência normativa demarcam o campo material possível para a criação de novas normas jurídicas, representado pelo conjunto de fatos, situações ou relações objeto da disciplina jurídica sobre as quais as normas podem constituir fatos jurídicos, permissões, obrigações ou proibições.

No Brasil, as normas de atribuição de competência tributária reservam a cada pessoa de direito público interno o direito de exclusividade na tributação dos fatos entabulados na Constituição como típicos da discriminação constitucional de rendas do federalismo. E ao tempo que se verifica uma “autorização” para tributar, mediante tais regras de competência, também decorrem proibições para que tais competências possam ser exercidas fora de tal quadro material designado.

Como disse Lourival Vilanova com muita acuidade: “um órgão de Estado é uma porção constitucionalmente delimitada de competência”<sup>8</sup>. Cada pessoa política tem sua competência tributária previamente discriminada, como condição para o exercício do poder de tributar no sistema tributário nacional. Dessa delimitação decorre efeito próprio de proibição à invasão de competências por qualquer outro ente de competência alheia. E para dirimir hipóteses de conflito, em matéria tributária, a Constituição Federal outorgou ao legislador poderes para edição de lei complementar (art. 146, II), na função de normas gerais em matéria tributária.

E o conflito de competências pode dar-se tanto na relação entre competências materiais distintas, dos três tipos de entes federais (União, Estados, Municípios), quanto nas relações entre sujeitos de competências materiais equivalentes, de estados entre si ou de municípios entre si. As razões são variadas. Pode ser caso de aproximação material dos conceitos legislados sobre determinadas situações (como exemplo, de industrialização, serviços ou mercadorias), designação de sujeito passivo ou de base de cálculo conflitante com o âmbito material do tipo tributário; como pode ser também pela definição espacial da norma tributária (limites territoriais da pessoa política ou regionais, a exemplo de área urbana ou área rural).

Como consequência de qualquer descumprimento das normas de competência, tem-se o vício da “incompetência”<sup>9</sup> do órgão que age, quer além dos limites materiais, o que pode avançar também para o vício de inconstitucionalidade decorrente da “invasão de competência”, quando algum órgão atua sobre matéria distinta ou sobre situações sujeitas à competência alheia.

Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 191, p. 196

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed., SP: RT, 2000, p. 269. veja-se ainda: ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000, p. 167-171;

<sup>9</sup> Ou como afirma Alf Ross: “Puesto que una norma de competencia prescribe las condiciones para la creación de una norma, es una tautología afirmar que si se intenta ejercer la competencia *ultra vires* (fuera del ámbito de competencia) no se crea ninguna norma”. ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000, p. 168.

Ao lado destas regras de competência, como tipo das normas de estrutura, ou “indiretas”<sup>10</sup> (em relação à conduta normada), são espécies ainda aquelas que versam sobre a demarcação espacial ou temporal da eficácia normativa, aquelas que qualificam os sujeitos destinatários e os que podem exercer a ação de produção de normas de conduta (órgãos ou pessoas). Regras que dizem sobre a vigência no espaço ou sobre extraterritorialidade, regras que demarcam territórios, por exemplo. O descumprimento a estas regras geram os mesmos efeitos acima designados, mas também a ineficácia do ato praticado.

Por isso, outra condição, ao lado do cumprimento das competências entabuladas na Constituição, fundamental para a atuação do sujeito ativo, é a execução das suas funções de formalização e cobrança do crédito tributário circunscrita integralmente ao território da entidade competente, salvo permissão autorizada por convênio ou por normas gerais, nos termos do CTN, art. 102, *in verbis*:

“A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

Ora, sendo o tributo obrigação que decorre do cometimento de fato previsto em hipótese de incidência normativa contida em lei; não de concurso de vontades, mas da materialização dos respectivos fatos jurídicos tributários, ou como prefere a doutrina tradicional, como obrigação *ex lege*, sua constituição somente pode perfazer-se nos limites de dada territorialidade. A exigibilidade do tributo, mediante atos administrativos de lançamento, cobrança, fiscalização ou mesmo de atos judiciais de execução e sancionatórios, qualquer um desses, sujeitam-se aos contornos e às limitações da territorialidade, que é espaço da competência de cada ente federativo.

O “território” é a dimensão espacial que justifica a cobrança do tributo a todos que sobre tal base realizem situações qualificadas como fatos jurídicos tributários. Por isso mesmo, há uma indissociável vinculação entre território, fato jurídico tributário e a identificação dos sujeitos da relação jurídica. Como bem observou Sainz de Bujanda, a realização do fato jurídico tributário, em função do território no qual fora produzido, oferece uma importância transcendental, qual seja, determinar os sujeitos da obrigação tributária, e, principalmente, quando se recorda que, além de servir à atribuição de crédito público a um ente estatal, territorialmente determinado, um dos grandes avanços da técnica tributária foi a passagem de uma aplicação dos tributos fundada numa relação meramente pessoal (relação de súdito) para um critério de índole territorial: lugar no qual o fato jurídico tributário tenha-se por realizado<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cf. ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho (fundamentos de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, v. I, p. 184.

<sup>11</sup> *Passim*, SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, v. IV, p. 347-8.

### 3.2 Sujeito ativo e as funções de aplicação da legislação tributária e exigência do cumprimento de deveres tributários

Como visto acima, não se confundem a competência tributária, de ordem constitucional, forma de atribuição de poder legislativo para criação de tributos por lei; com a sujeição ativa ou competência administrativa tributária, atribuída por lei à pessoa competente ou terceiro, para o exercício do direito ao crédito tributário. A competência esgota-se com a edição da lei tributária. A partir daí, fala-se da capacidade tributária ativa, reflexo daquela parcela de poder atribuída pela carta constitucional. Contudo, não se pode deixar de recordar que esta capacidade tributária ativa tem origem e é o reflexo dos poderes revelados pela Competência tributária.

O sujeito ativo integra um dos pólos da relação jurídica tributária e quando ocorre o pressuposto fático definido em lei como suficiente para o aperfeiçoamento do vínculo jurídico definidor da obrigação tributária, de imediato instaura-se a relação jurídica entre ele o sujeito passivo. Esta é a dinâmica da formação da obrigação tributária e o sujeito ativo da obrigação não é outro senão o mesmo sujeito responsável pelo lançamento e cobrança do crédito tributário.

Desse modo, atendida a competência tributária, para a fiel expedição de lei em compatibilidade material com a Constituição, bem como a atuação nos limites do território da pessoa competente, cumpre ainda ao sujeito ativo observar estritamente o conteúdo das leis, para os fins de formalização do crédito tributário e procedimentos de arrecadação, tanto no que concerne ao seu agir (Direito Tributário formal ou Administrativo, à preferência de Hensel) quanto no que concerne à tipicidade, ou seja à aplicação vinculada da legalidade.

Em virtude do princípio de indisponibilidade<sup>12</sup> das competências tributárias, estas são indelegáveis. A capacidade tributária ativa, diversamente, pode ser delegada, desde que amparada em limites justificados e delimitados pelo âmbito territorial. A legalidade domina a designação do sujeito ativo, mesmo quando este coincide com a pessoa competente; mas também a lei da pessoa competente pode inovar a designação do sujeito ativo, mediante delegação, i.e., transferência do poder de exigência e arrecadação do tributo para outra pessoa jurídica de direito público interno ou autorizada para agir em nome da pessoa estatal competente. Nesse caso, cumprirá a esta observar a competência constitucional, agir nos limites da demarcação territorial do ente federativo competente, atender às leis, decretos e atos complementares expedidos por este sobre o cumprimento dos deveres relativos à exigibilidade do crédito tributário e, principalmente, aplicar a lei tributária com atenção ao princípio da tipicidade material, com todos os elementos para a formalização do crédito tributário.

Em vários casos, entretanto, apesar de a lei imputar a um dado sujeito

<sup>12</sup> Cf. BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1985, v. I, p. 142.

a capacidade tributária ativa, que poderá ser coincidente ou não com a pessoa constitucionalmente competente, a Constituição, a lei impositiva ou ainda outra lei (complementar, como norma geral de direito tributário ou de direito financeiro, bem assim outra lei ordinária, da própria entidade tributante) pode atribuir os créditos tributários a outros titulares, total ou parcialmente. Não se confunde, pois, o sujeito ativo da obrigação tributária com o agente de arrecadação ou destinatário do tributo arrecadado, posto não ser o destino da receita tributária determinante do sujeito ativo.

Neste passo, o fato jurídico tributário mantém íntima relação com o sujeito ativo da obrigação, por conferir-lhe os necessários poderes, enquanto motivação do ato administrativo, para formalizar a exigibilidade e cobrança do crédito tributário dele decorrente, no prazo decadencial. Ao mesmo tempo, porém, para lançar o crédito, o sujeito ativo deve atentar para todos os elementos típicos previstos em lei para aplicação a lei tributária e constituir a obrigação tributária à qual se integrará como o próprio elemento do pólo ativo da referida relação jurídica tributária.

Tudo esse esforço de amarração de conceitos e funções presta-se à efetividade dos princípios de segurança e certeza do direito quanto ao exercício do poder impositivo, que não atua desprovido de controle. A certeza do direito, como expressão de segurança jurídica, serve à previsibilidade sobre as condutas do Estado na regular positividade do direito. Deveras, tal previsibilidade da ação estatal somente poderá ser atendida se houver exata determinação das normas aplicáveis, manutenção da igualdade no tratamento empregado por parte das autoridades competentes, nos respectivos atos de instituição (leis) ou de aplicação do direito (atos administrativos) e respeito à confiança gerada. O direito de todos a um direito seguro decorre do direito à certeza, à igualdade<sup>13</sup> e à confiança. Todos têm o direito de conhecer, prévia e adequadamente, a regulação normativa da ação-tipo<sup>14</sup>, gozar da garantia de cumprimento das leis de modo imparcial, impessoal e não-discriminatório, no processo de positividade do direito e, além disso, em louvor ao princípio de moralidade administrativa, manter-se em um permanente estado de confiança em relação às condutas do Estado.

Decididamente, não haverá segurança jurídica onde prevaleça incerteza do direito aplicável. A obscuridade e a confusão são espécies claras de incertezas no direito, aliás, de uso assaz freqüente no âmbito tributário, como

<sup>13</sup> Para maiores considerações, Cfr.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança Jurídica – Normas Gerais Tributárias, *Revista de Direito Tributário*. SP: RT, 1981, no 17/18, p. 42. Ver ainda: GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad. In: IBET. *Justiça Tributária*. SP: Max Limonad, 1998, p. 151.

<sup>14</sup> Como assinala César García Novoa: “A la pretensión de definitividad de la norma hay que unir la pretensión de estabilidad de la misma, expresión formal de la confianza del ciudadano en el Derecho, lo que debe servir para reprobos los cambios normativos excesivos e injustificados. Y finalmente, la plenitud de la norma. La regulación normativa ha de expresarse de tal manera que la definición de los supuestos de hecho comprenda un ámbito de la realidad normada lo más amplio posible, de forma que se aminoren las lagunas” GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77.



forma de, pela complexidade, recorrer a conceitos indeterminados, câmbios normativos constantes e ações administrativas inopinadas, abrindo portas à discricionariedade e, porque não dizer, ao arbítrio. Como diz sempre Ferreiro Lapatza, isso faz da relação tributária, a cada dia, mais uma relação de poder e menos uma relação jurídica.<sup>15</sup>

Assim, o legítimo exercício do direito subjetivo de crédito do sujeito ativo, concretizado mediante a expedição do ato de lançamento tributário, para formalizar a obrigação tributária, dependerá, invariavelmente, da ocorrência do fato jurídico tributário, para que todas as condicionantes acima possam justificar sua atuação. Como disse Albert Hensel<sup>16</sup>, é do fato jurídico tributário que decorrem as relações jurídicas entre pessoas: o titular do crédito (credor tributário) e o obrigado à prestação (devedor tributário). E só fatos jurídicos localizados no território da entidade competente, qualificados segundo leis tributárias vigentes e compatíveis com a competência material definida na Constituição poderão ensejar lançamentos de créditos tributários, para constituição de legítimas obrigações tributárias.

### 3.3 Sujeito ativo e dever de cumprimento da tipicidade tributária – localização espacial dos fatos jurídicos tributários e eficácia espacial das normas jurídicas

O sujeito ativo da obrigação tributária tem como função, ao verificar-se a ocorrência do fato jurídico tributário, realizar os atos de concretização da norma tributária, mediante formalização do crédito tributário (lançamento ou auto de infração), e usar de todos os procedimentos postos à disposição, como designado em lei, para exigir do sujeito passivo o cumprimento da prestação tributária. A vinculação administrativa impõe-se como medida da sua atividade, haja vista o princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Nesse particular, a relação entre sujeito ativo e fato jurídico tributário é, sem dúvidas, muito intensa, na medida que todo e qualquer fato servirá como “motivo” para que aquele possa exercer sua atividade vinculada de lançamento (motivo do ato administrativo). E ao mesmo tempo que assim se procede, ao constituir a obrigação tributária, coloca-se, o sujeito ativo, como parte integrante do próprio liame obrigacional, na posição de credor, com o direito subjetivo creditício para exigir do devedor o cumprimento da obrigação tributária.

No âmbito do sistema constitucional brasileiro de normas tributárias, dentre as garantias outorgadas aos contribuintes para oferecer previsibilidade e segurança jurídica, destacam-se os princípios da estrita legalidade, formal e material (tipicidade), da capacidade contributiva (objetiva) e da tipologia das espécies de tributos. Tal particularismo confere à nossa Constituição um trato com questões de legalidade

<sup>15</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. (derecho tributario y orden democrático). *Revista de Direito Tributário*. SP: Malheiros, 1999, n.º 76, p. 24.

<sup>16</sup> HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 153.



muito distinto do quanto se pratica em qualquer outro lugar do mundo, ficando, tanto o legislador (no exercício de competência), quanto o sujeito ativo (no pólo ativo da obrigação tributária), sobremodo tolhidos no exercício das suas atividades, devendo agir exclusivamente nos limites a eles conferidos pela Constituição Federal, para os fins de produção ou aplicação das suas leis tributárias.

Como consectário das funções do *sujeito ativo*, os agentes da Administração, encontram-se obrigados e vinculados ao exercício do ato de aplicação dos tributos, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN). E a vinculação a lei não é outro senão dar cumprimento ao princípio da tipicidade, colhida integralmente na legalidade do tributo, a isolar todos os aspectos do fato jurídico à luz do arquétipo constitucional e legalmente tipificados.

Os agentes do sujeito ativo, portanto, executam o dever funcional de formalização, exigência e cobrança do crédito tributário porventura surgido, como expressão do direito subjetivo que decorre do próprio poder de tributar, nos termos de estrita legalidade, dando cumprimento, assim, ao princípio de tipicidade tributária.

Para garantir a efetividade do ordenamento no cumprimento da legalidade tributária, o princípio da tipicidade tem grande importância na aplicabilidade das leis, como meio de coordenação entre o conteúdo das normas tributárias e o exercício das competências administrativas de concretização das leis tributárias (pelo sujeito ativo).

Como é sabido, o raciocínio jurídico-normativo opera mediante tipos e conceitos, conotando classes de condutas no plano abstrato, para permitir aplicação aos casos que se possam adequar aos critérios e propriedades denotados a partir da classe. Contudo, os tipos normativos indicam apenas o modelo da conduta na norma, daí porque uma análise de sua estrutura deve ser feita mediante designação dos elementos constantes e fundamentais para a concretização da incidência, a exemplo do que fez Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba<sup>17</sup> ou Sacha Calmon<sup>18</sup>. A norma de conduta tributária, igualmente às demais normas, é um juízo condicional dual, composto de antecedente e consequente. Desse modo, não somente a previsão do fato descrito na hipótese, mas também todos os elementos do fato relacional, típicos da relação jurídica, hão de vir qualificados previamente por lei (*nullum tributum sine legem scripta*), para que possa haver criação válida de tributos, no respectivo processo de aplicação. Interessa-nos aqui, exclusivamente o antecedente.

No antecedente, encontram-se os elementos caracterizadores do fato jurídico<sup>19</sup>, a saber: i) o critério material, ii) o critério temporal e iii) o critério

<sup>17</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, SP: RT, 1991, p. 215.

<sup>18</sup> Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 186.

<sup>19</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed., SP: Saraiva, 1999, p. 100.

espacial. O critério material qualifica a ação, a conduta, o comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, condicionado a circunstâncias de espaço e de tempo (critérios espacial e temporal), para que o perfil típico esteja completo, como descrição normativa de um fato. Já o critério espacial, por sua vez, indica o âmbito espacial dentro do qual seja possível verificar-se a ocorrência do fato jurídico. Para esta opção, o legislador poderá eleger um critério que: i) venha a se confundir com a vigência da norma no espaço (territorialidade), mas pode também ii) possa superar essa limitação territorial (princípio da renda mundial), iii) reduzir-se a uma área do território (área urbana, área rural) ou iv) limitar-se a pontos específicos, como postos aduaneiros etc. E por fim, na tipificação do fato jurídico, a norma deve especificar o marco de tempo dentro do qual tomará o fato por ocorrido. É o critério temporal.

Cumpra assinalar que os limites espaciais dentro do qual a norma produz seus efeitos, pela eficácia da norma tributária no espaço, não devem ser confundidos com a localização de fatos impositivos, que podem ser territoriais ou extraterritoriais. Estamos aqui diante do tema da eficácia da lei no espaço, que não tem que ver com o problema da localização no espaço dos elementos integrantes do fato jurídico tributário, ou seja, com determinação do critério espacial das leis tributárias, como mencionado acima.

A extensão eficaz das leis tributárias no espaço aparece como destaque quando estamos diante de situações as quais quedam-se sujeitas à tributação por mais de um ente tributante ou quando um determinado ente estatal considera como tributável um certo fato jurídico localizado em outro território, total ou parcialmente. A solução desse problema depende de uma análise segura de todos os elementos que compõem a formação da obrigação tributária, inclusive a própria qualificação territorial do sujeito interessado.

Certo é que não existe, para qualquer um dos entes federais, liberdade de determinação do âmbito de aplicação territorial das suas leis, exceto para o seu interior, que pode vir a ser reduzido ou ampliado, conforme atenda aos requisitos do ordenamento, a exemplo do que ocorre com a definição de área urbana dos municípios, nos termos do art. 32, do CTN.

O lançamento dos tributos deve circunscrever-se exclusivamente ao âmbito territorial das entidades tributantes, como garantia aos contribuintes de segurança jurídica na execução das leis tributárias e contra situações de dupla tributação dentro do espaço federativo, decorrente de casos de invasão de competência, ambos oponíveis a todas as pessoas políticas.

No Código Tributário Nacional, o Art. 101 deixa claro que a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral, apenas ressalvando as previsões contidas nos artigos 102 e 103 do próprio Código. Com essa norma geral permissiva, foram mantidos, entre normas tributárias, os mesmos critérios de solução de conflitos aplicáveis a todas as demais regras do ordenamento.

Sobre a vigência territorial, o art. 102 afirma o princípio de prevalência dos efeitos de territorialidade, com liberdade para eventual atuação extraterritorial, desde que previamente regulado pelo direito, mas preponderantemente com nítido sentido de regra proibitiva, ao vedar qualquer hipótese de “extraterritorialidade” da aplicação das leis tributárias quando esta não for previamente autorizada. É a sua redação:

“A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos *Municípios* vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

Cabe, portanto, a cada unidade da federação, autonomia normativa e de execução de suas leis, mas sempre nos limites de cada território, o que se excepciona, para os fins de ampliação eficaz (extraterritorialidade), unicamente nas hipóteses de persistirem convênios firmados entre estas, ou quando autorizado por normas gerais (lei complementar) de direito financeiro ou tributário (por exemplo, a Lei Complementar nº 116/03, que regula a aplicação territorial do ISS). Ao reverso, pois, significa norma de proibição para qualquer atuação que extrapole os limites territoriais, vedada sempre qualquer hipótese de cobrança de tributos sobre fatos realizados sob o espaço sujeito a leis de outras entidades tributantes.

Dito de outro modo, deriva do princípio de territorialidade a regra segundo a qual a lei tributária tem eficácia em todo o território, salvo quando disponha diversamente<sup>20</sup>, ou quando regras heterônomas prevejam modificações. Assim, a eficácia no espaço das leis tributárias encontra-se delimitada internamente ou externamente<sup>21</sup>. Fala-se de delimitação interna aquela decorrente de disposição legal própria ou autônoma, quanto à discriminação do critério espacial dos tributos, do exercício do poder de tributar, segundo a qual a própria entidade demarca o campo eficaz do tributo. Mas cumpre falar ainda em uma delimitação externa, que corresponde justamente à aplicação de regras heterônomas para definição do espaço territorial, como normas gerais, convênios ou mesmo a própria modificação do território por lei estadual, como ocorre com os municípios.

Decerto que o exercício de competência fora do campo territorial de atividade do ordenamento queda-se prejudicado. Porém, antes da confirmação do âmbito eficaz das leis, a “territorialidade” depende, preliminarmente, da adequada qualificação do “território” da entidade competente, espaço no qual vê-se evidenciada a extensão espacial do poder tributário do Estado. Por vezes, a dupla tributação pode surgir como decorrência de dúvidas sobre a exata determinação do espaço territorial.

<sup>20</sup> Cfr. FANTOZZI, Augusto. *Il Diritto Tributario*, 3 ed., Torino: UTET, 2005, p. 207.

<sup>21</sup> Passim, BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 71.

#### 4 QUALIFICAÇÃO DOS TERRITÓRIOS DOS MUNICÍPIOS E O PRINCÍPIO DE AUTONOMIA FEDERATIVA

O princípio da territorialidade, como conceito dogmático, corresponde aos efeitos de vigência espacial da norma tributária. Nos estados unitários, confunde-se com território estatal, na sua integridade; já no federalismo, a territorialidade dos ordenamentos de estados ou de municípios projeta-se como reflexo da própria autonomia que a Constituição lhes outorga. E neste caso, os limites territoriais entre estados ou entre municípios são, pois, juridicamente estabelecidos, seguindo rigorosos critérios de demarcações fáticas.

Aparentemente, a questão da demarcação dos territórios não ofereceria maiores problemas, mas só aparentemente. Inúmeras celeumas vigoram quanto aos espaços de fronteiras, mormente quanto à clareza e acertamento numérico de cada extensão territorial, apesar do esforço da Constituição e das leis estaduais.

A autonomia municipal, princípio atributivo de poderes, é garantida constitucionalmente contra qualquer intervenção por parte da União ou Estados sobre o feixe de competências de cada municipalidade. Certo que as competências expressas da União não podem ser invadidas pelas legislações municipais, como também que a guisa de exercer os poderes decorrentes das suas competências, não podem os municípios invadirem o espaço de competência remanescente dos Estados.

Como bem anotado por Santi Romano<sup>22</sup>, um Município pode surgir de forma originária (i), com todo o estado, mas pode ainda decorrer de novação da situação ou da personalidade de uma dada figura estatal, quando se atribui a certas aglomerações urbanas ou microrregiões tal condição (ii); pode ocorrer seu surgimento por transformação ou modificação de um outro já existente, do qual se desagrega parte do seu território (iii) ou ainda por extinção de um outro ou outros municípios, mediante divisão ou por fusão ou incorporação (iv).

Para criação dos municípios, todos devem ser dotados de uma base territorial, sobre a qual a pessoa política instituída exercerá sua jurisdição, como uma inexorável condição para a aplicação das normas do respectivo sistema tributário, sob ampla autonomia e exclusividade. Em vista disso, podemos dizer que a relação jurídica entre o município e o seu território é semelhante a que se passa entre forma e conteúdo, como uma referência ao exterior,<sup>23</sup> excludente de qualquer medida de interferência por parte de outros sujeitos do federalismo (*jus excludendi alios*), salvo nos casos autorizados pela Constituição, como decorrência da própria noção de “autonomia”.

Corolário disso, a autonomia federativa dos municípios somente pode ser tutelada quando juridicamente o ente local obtenha o reconhecimento

<sup>22</sup> ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 684-5.

<sup>23</sup> Cfr. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova: CEDAM, 1991, T. 1, p. 109.

jurídico necessário para sua personalização. Antes disso, é simples território de um estado ou mesmo distrito, região metropolitana de outro município, aglomerações urbanas ou microrregiões constituídas a partir de agrupamentos de municípios limítrofes.

Como dito, os estados detêm a competência para legislarem sobre a criação de municípios e, nesse passo, determinar os seus limites de fronteiras, de um tal modo que, no espaço territorial de cada Estado, ou tem-se terras devolutas ou território municipal. Assim, quanto à designação dos territórios dos municípios, a Constituição imputou aos estados que estes, mediante lei complementar, poderão “instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

O “território” de cada município, enquanto espaço físico juridicamente qualificado e delimitado, compreende o espaço terrestre legalmente demarcado em seus confins (fronteiras) e define-se como condição de validade e regência espacial das suas leis e do exercício da sua autonomia, configurado a partir da expedição lúdima de leis estaduais que asseguram sua existência autônoma nos limites fronteiriços previamente indicados. Uma vez constituído, este passa a exercer a titularidade da autonomia federativa, com direito à auto-organização e tutela contra qualquer medida de interferência sobre o exercício da sua jurisdição, dentre os quais o poder para instituir e arrecadar os tributos de sua competência (art. 30, III, da CF).

Território, em termos estritamente jurídicos, é o espaço físico de um ente estatal, juridicamente delimitado, imprescindível para conferir-lhe individualidade e determinação do campo eficaz da sua jurisdição. É a partir desse conceito que se pode falar de uma doutrina do “território-competência”<sup>24</sup>, por ser este um elemento de validade eficaz das normas jurídicas. Não aquelas que dizem sobre o território, que são normas de competência ou de estrutura, mas aquelas de conduta.

Em matéria de território, nossa Constituição contempla regra de unidade fundamental, logo no seu art. 1º, ao prever que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Disso resulta que os territórios e competências que formalmente designam estados e municípios não se destacam do todo unitário que é a República Federativa do Brasil, sendo desta partes integrantes.

Em seguida, dispõe, no art. 20, II, que são bens da União “as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”, como que a garantir, por exclusão, para os Estados, o domínio sobre todas as demais áreas de terras devolutas encontráveis no espaço territorial brasileiro, o que se vê confirmado expressamente no inciso IV, do art. 26, da própria Constituição, que prevê entre os bens dos Estados as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

<sup>24</sup> Vide BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., SP: Malheiros, 1997, p. 104.

Entende-se por “terras devolutas” aquelas desocupadas e desprovidas de titular proprietário ou possuidor legítimo, público ou privado, que são devolvidas<sup>25</sup> ou transferidas aos domínios dos estados ou da União (quando localizadas em áreas de fronteira) e que podem ser mantidas com o poder público, alienadas ou concedidas a particulares. Como é conhecido, só mediante sentença judicial discriminatória (Lei nº 6.383/76, cujo titular pode ser a União ou o Estado, *ex vi* do art. 19) as terras devolutas passam à disposição dos Estados, a partir de processo declaratório que só cabe quando houver incerteza quanto à existência e os limites do domínio público em determinada extensão territorial<sup>26</sup>. E isso porque as terras devolutas somente são determinadas na sua extensão quando devidamente discriminadas, com o que passam a serem certas e determinadas, para legitimar a constituição em título, após o competente registro. *Mutatis mutandis*, é o mesmo que se passa com a demarcação de terras particulares, conforme prescreve o Código de Processo Civil, com a única diferença que ali está-se diante de terras públicas.

Quanto ao aproveitamento interno do território municipal, dispôs, a Constituição, competência específica no art. 30, incisos IV e VIII, para que estes possam “criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual”, bem como “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

4.1 Regime de desmembramento ou anexação territorial na Constituição, a partir da EC nº 15/96 – dever de consulta popular e impossibilidade de inovação territorial por lei estadual interpretativa

Criado o Município, este recebe da Constituição a titulação para exercer os poderes que lhe são próprios, sobre a base territorial juridicamente demarcada, nos limites das competências discriminadas (art. 30 e outros, da CF), mediante reserva da autonomia que lhe cabe como pessoa componente do federalismo brasileiro (art. 18, da CF), sob tutelas e garantias de efetividade, defesa qualquer espécie intervenção não autorizada pela própria Constituição (art. 35, da CF).

Segundo regras entabuladas na Constituição e nas leis nacionais (complementar) e estaduais, criam-se, incorporam-se, fundem-se ou desmembram-se os municípios. Estes são os regimes jurídicos típicos que podem dar ensejo a surgimento (“criação” ou “desmembramento total”), modificação (“desmembramento parcial” ou “anexação” – “incorporação parcial”) ou extinção (“incorporação” ou “fusão”) de municípios. Destarte, a lei estadual, ao contemplar alguma dessas figuras, necessariamente, deverá atender aos requisitos procedimentais exigidos pela Constituição e leis complementares nacionais aplicáveis a cada espécie.

<sup>25</sup> F. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Direito das coisas*. 3. ed., SP: Revista dos Tribunais, 1984, t. XII, p. 419 e ss..

<sup>26</sup> Cf. LEAL, Victor Nunes. Titulação constitucional dos estados para primeira alienação de terras devolutas. In: *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999, v. II, p. 339-92; GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. RJ: Livraria Oscar Nicolai, 1958; LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas*. Porto Alegre: Globo, 1935.

Após a criação de qualquer município, a Constituição permite que sejam eventualmente modificados seus contornos geográficos ou mesmo extinto, mas, em qualquer caso, sempre que atendidos os requisitos definidos na carta constitucional, sem qualquer possibilidade para que a União ou os estados, de modo autônomo, possam fazê-lo diretamente<sup>27</sup>. E o principal requisito constitucional foi a aceitação ou autorização plebiscitária, a partir de consulta popular (art. 18, § 4º, da CF).

Desmembramento e anexação de municípios são modalidades de modificação dos limites territoriais e, por conseguinte, do espaço de atuação jurisdicional das leis dos entes envolvidos<sup>28</sup>. Por isso, o desmembramento de território de um dado município e anexação de território por outro enseja a necessidade de atendimento dos requisitos constitucionais, seja qual for a extensão da modificação dos limites geográficos entre os municípios afetados<sup>29</sup>. Jurisprudência do STF dá conta desse entendimento:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento contra lei de criação, incorporação, fusão e desmembramento: jurisprudência do STF: precedentes. II. Município: desmembramento. A subtração de parte do território de um município substantiva desmembramento, seja quando a porção desmembrada passe a constituir o âmbito espacial de uma nova entidade municipal, seja quando for ela somada ao território de município preexistente. III. Município: desmembramento: EC 15/96: inconstitucionalidade da criação, incorporação, fusão e do desmembramento de municípios desde a promulgação da EC 15/96 e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena, o que, entretanto, não ilide a imediata revogação do sistema anterior (precedente: ADInMC 2381, 20.06.01, Pertence, DJ 24.5.2002). IV. Município: desmembramento: exigibilidade de plebiscito. Seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta

<sup>27</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE MUNICÍPIO. Lei posterior que altera os limites do município sem cumprir os requisitos do art. 18, §4º da Constituição Federal. Ato normativo que se sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, pois altera limites do Município. Precedente. Caracteriza-se a ofensa à Constituição Federal. Precedentes. Liminar deferida. (ADI-MC 1825-RJ, STF, Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 29/03/1999).

<sup>28</sup> Para extensas considerações teóricas, veja-se, dentre outros: ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 695 e ss.

<sup>29</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. ALTERAÇÃO DE LIMITES TERRITORIAIS DE MUNICÍPIOS. FALTA DE PLEBISCITO. ART. 18, 4., DA CARTA DA REPUBLICA. A alteração de limites entre os territórios de dois municípios vizinhos encerra a hipótese de desmembramento, cuja efetivação depende de lei estadual, observados os requisitos da legislação complementar respectiva, sem prejuízo de previa consulta plebiscitária junto as populações diretamente interessadas. Ausência de plebiscito a demonstrar a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade que, associada à conveniência de serem afastadas as consequências inerentes a alteração do *status quo* político-institucional, especialmente para o cotidiano dos habitantes da localidade, justifica a suspensão da lei até o julgamento final do processo. Medida cautelar deferida. (ADI-MC 1143-AP, STF, Pleno, Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 21/10/1994).



prévia das 'populações diretamente interessadas' - conforme a dicação original do art. 18, § 4º - ou "às populações dos Municípios envolvidos" - segundo o teor vigente do dispositivo. (ADI 2967-BA, STF, Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 12/02/2004).

A regra que exige a consulta pública é garantia significativa da autonomia e do território original do Município (art. 18, § 4º, da CF), como medida de preservação da base física que corporifica e delimita o espaço de eficácia do ordenamento normativo, resguardando-se sua integridade<sup>30</sup> contra qualquer outro interesse, salvo aquele emanado do povo que ali habite ou exerça seu principal interesse. Eis porque qualquer modificação que se pretenda efetuar ou impor a um dado município deve vir precedida de consulta plebiscitária, cumprimento dos procedimentos constitucionais e atendido às leis nacionais e estaduais vigentes, relativas a tal propósito, e sempre mediante lei estadual que serve a dar cumprimento à modificação do status ou da fisionomia do referido município.

Para melhor compreensão desse entendimento, vejamos o regime jurídico que se apresenta na nossa ordem interna para modificação dos municípios, a saber:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Fica, pois, no espaço de competência estadual, o poder-dever para autorizar a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios<sup>31</sup>. Neste caso, a lei estadual cumpre a vontade expressa por plebiscito formalmente constituído nos termos de participação democrática direta do povo na afirmação da sua vontade. Iniciado que seja este, entendemos que o Estado não pode deixar de instituir ou modificar, por lei sua, o referido município, quando atendidos todos os requisitos previstos na Constituição. Esta Lei, como alude Pontes de Miranda, é lei constitutiva geradora<sup>32</sup>.

A Lei estadual é ato que outorga personalidade jurídica a cada porção territorial sobre a qual esteja presente um determinado grupo de pessoas, na qualidade de município, quando atendidos os requisitos constitucionais e legais,

<sup>30</sup> Cf. GASPARINI, Diógenes. Desmembramento e anexação de território municipal. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237.

<sup>31</sup> GASPARINI, Diógenes. Criação de municípios. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1985, v. 73, p. 296-302; \_\_\_\_\_. Desmembramento e anexação de território municipal. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237-241.

<sup>32</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*, 2. ed., SP: RT, 1970, t. II, p. 327.



a inovar a ordem jurídica com a criação de autonomia local<sup>33</sup> constitucionalmente protegida contra posteriores intervenções, inclusive do próprio Estado que a criou.

Aquela citada regra do § 4º do art. 18, da CF, depende de Lei Complementar para surtir seus efeitos. Neste âmbito, a LC nº 1/67 poderia suprir o papel daquela em muitos aspectos, porém, enquanto não sobrevier Lei Complementar que discipline o período determinado para realização dos eventos de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (i) e a forma de apresentação e divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal (ii), nenhum procedimento poderá ser concretizado, sob pena de invalidade.

Trata-se de competência exclusiva da União, a edição da citada Lei Complementar, e, por não se cuidar de modalidade de espécie concorrente, estados não podem pretender legislar supletivamente na matéria. Em verdade, contra previsão que venha a ser objeto da Lei Complementar, sequer a Constituição estadual poderá opor-se, inovando procedimentos ou requisitos. Exemplo disso, a Constituição do Rio Grande do Norte, ao prever, no art. 14, que lei complementar estadual disporá sobre os requisitos e sujeitar-se-á a consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas, a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios. Após a EC nº 15/96, já não prospera cabimento para lei complementar estadual dispor sobre os requisitos, que passou a ser objeto de lei complementar federal, além de exigir-se agora prévia divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (a complementar).

<sup>33</sup> “EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto idôneo: lei de criação de município. Ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga status municipal a uma comunidade territorial, a criação de Município, pela generalidade dos efeitos que irradia, é um dado inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova entidade política: por isso, a validade da lei criadora, em face da Lei Fundamental, pode ser questionada por ação direta de inconstitucionalidade: precedentes. II. Norma constitucional de eficácia limitada, porque dependente de complementação infraconstitucional, tem, não obstante, em linha de princípio e sempre que possível, a imediata eficácia negativa de revogar as regras preexistentes que sejam contrárias. III. Município: criação: EC 15/96: plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade da criação de municípios desde a sua promulgação e até que lei complementar venha a implementar sua eficácia plena, sem prejuízo, no entanto, da imediata revogação do sistema anterior. É certo que o novo processo de desmembramento de municípios, conforme a EC 15/96, ficou com a sua implementação sujeita à disciplina por lei complementar, pelo menos no que diz com o Estudo de Viabilidade Municipal, que passou a reclamar, e com a forma de sua divulgação anterior ao plebiscito. É imediata, contudo, a eficácia negativa da nova regra constitucional, de modo a impedir - de logo e até que advenha a lei complementar - a instauração e a conclusão de processos de emancipação em curso. Dessa eficácia imediata só se subtraem os processos já concluídos, com a lei de criação de novo município. No modelo federativo brasileiro - no ponto acentuado na Constituição de 1988 - os temas alusivos ao Município, a partir das normas atinentes à sua criação, há muito não constituem - ao contrário do que, na Primeira República, pudera sustentar Castro Nunes (Do Estado Federado e sua Organização Municipal, 2ª ed., Câmara dos Deputados, 1982, passim) - uma questão de interesse privativo do Estado-membro. Ente da Federação (CF, art. 18), que recebe diretamente da Constituição Federal numerosas competências comuns (art. 23) ou exclusivas (art. 30) - entre elas a de instituir e arrecadar tributos de sua área demarcada na Lei Fundamental (art. 156) - além de direito próprio de participação no produto de impostos federais e estaduais (art. 157-162) - o Município, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal total. (...)”. (ADI-MC 2381-RS, STF, Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 20/06/2001). Grifamos.

De qualquer modo, como, até o presente, nova Lei Complementar nacional não foi publicada, remanesce em vigor a Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, com as modificações insertas pela Lei Complementar nº 46, de 21 de agosto de 1984, para tratar dos critérios relativos à criação ou modificação dos municípios, mas de modo insuficiente. E exatamente por isso o STF entende que enquanto não sobrevier Lei Complementar que prescreva todos os requisitos para tal propósito, nenhum Município poderá ser criado ou modificado.

#### 4.2 Modificação territorial de municípios após sua criação – o caso do desmembramento ou anexação territorial

Constituído o Município, múltiplas questões podem surgir em decorrência de alguma imprecisão das linhas de demarcação, como também pode haver interesse recíproco entre dois ou mais municípios por modificarem suas áreas, com desmembramentos e anexações de territórios. São situações inconfundíveis. No primeiro caso, põe-se em evidência um problema de esclarecimento dos limites de fronteira; no outro, situação de ampliação ou de supressão de territórios. Naquele, a lei estadual tão somente declara o exato espaço de atuação jurisdicional, com efeitos retroativos; neste, o ato é constitutivo de situação nova e, portanto, modificativo do campo eficaz dos ordenamentos de cada um dos municípios.

Desse modo, somente poder-se-ia falar de inovação do regime de vigência espacial ou do campo de atuação territorial das leis tributárias municipais quando diante de efetiva hipótese de modificação e inovação, por supressão ou acréscimo, dos limites territoriais dos municípios envolvidos, o que somente ocorre nas situações próprias de “desmembramento” ou “anexação”.

O “desmembramento” ou “anexação” de município, igualmente à criação, deve sujeitar-se a exigências constitucionais e de legislação complementar, não podendo ser, um ou outro, promovido sem a devida atenção para os procedimentos formais ali discriminados. E não poderia ser diferente, em virtude da gravidade de que se reveste tal ato supressivo do território comunal. Justamente em virtude da gravidade que isso representa para a população e para o exercício da autonomia do ente local, o Constituinte viu por bem usar de rigoroso procedimento e de pressupostos claramente definidos para qualquer alteração da fisionomia territorial.

De nenhum modo, o legislativo estadual pode tratar do desmembramento ou anexação de território como simples competência disponível, sob pena de ferir de morte o princípio da autonomia da unidade federativa afetada.

Como magistralmente observou o Ministro Ribeiro da Costa, do STF:

“Ao desmembrar o Território de um Município já existente, a ato estadual pode ferir-lhe a autonomia se não obedecer às condições e requisitos preestabelecidos na Constituição e nas leis. O Território é elemento essencial do Município, condição fundamental do seu

desenvolvimento, e só nos casos expressos é que pode ser desmembrado para a formação de outro Município. A matéria é de ordem constitucional e pode propiciar a representação. No caso, aliás, Supremo Tribunal Federal (RE nº 44.093) já assim decidiu”. (Rp 489-SP, STF, Pleno, Min. Ribeiro da Costa, Julgamento: 27/07/1962).

Deveras, qualquer ato de desmembramento ou anexação de território exige atenta verificação do suporte probatório da área “desmembrada” e da área “anexada”, e, do mesmo modo, atendimento às condições mínimas de procedimento e de aceitação democrática, por via da consulta popular, como motivo a legitimar a edição do ato legislativo estadual que atuará sobre a autonomia do município já existente.

O § 4º do art. 18, da CF, não deixa dúvidas: a “incorporação” (anexação) ou o “desmembramento” de Municípios somente serão válidos quando a lei estadual (i), seja precedida de “consulta prévia”, mediante “plebiscito”, às populações dos Municípios envolvidos (ii), o que somente poderá ser feito “após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (iii). Assim, haverá uma ordem de procedimentos a serem atendidos, a saber:

I – Os municípios interessados devem efetuar divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei;

II – Com base nesses estudos, dados à ampla divulgação entre a população dos municípios envolvidos, realizar-se-á “plebiscito” em cada um deles, para os efeitos de “consulta prévia”;

III – Concluídos os plebiscitos em todos os municípios envolvidos, verifica-se se estes foram válidos (atendido o quorum mínimo e outros) e favoráveis ao “desmembramento” ou “anexação”, nos dois municípios;

IV – Válidas e favoráveis as consultas públicas, o legislativo estadual vê-se autorizado a constituir, por lei sua, os atos de “desmembramento” ou “anexação” de áreas territoriais dos municípios interessados;

Esta disposição, como se demonstra, é sobejamente clara, pois a qualquer Município, a lei estadual que venha a autorizar alguma espécie de desmembramento do seu território, no todo ou em parte, para anexação a outro Município, dependerá de atendimento a pressupostos formais e materiais muito claros, e sempre precedida de aprovação popular. Não prospera, assim, qualquer disposição de Constituição ou de Lei Complementar estadual oponível a tal efeito<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.361/2000 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DESMEMBRAMENTO DE ÁREA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS E ANEXAÇÃO AO MUNICÍPIO DE CAMPINZAL. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei que se considera passível de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. Irrelevante o argumento das autoridades requeridas acerca da existência de lei complementar estadual, de 1995, que teria dispensado a consulta plebiscitária quando a área a ser desmembrada fosse inferior a um décimo da área total do município. Emenda

Dentre todas as condições, a autorização plebiscitária é a mais expressiva, sem qualquer concessão para qualquer momento das mutações territoriais, seja na criação, na modificação ou na extinção de algum município. E não poderia ser diverso, pois não se poderia consagrar ao povo o superior direito público subjetivo de manifestar-se sobre a criação do Município e, ato contínuo, em momento seguinte, aceitar que parlamentares estaduais decidissem pela sua redução ou mesmo supressão, “empregando mecanismos representativos exatamente num dos raros casos em que a Constituição Federal impõe decisão por plebiscito”, como bem observou Geraldo Ataliba<sup>35</sup>.

Por reiteradas vezes, o descumprimento da exigência plebiscitária, tem sido objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, que nunca tergiversou em declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais “redefinidoras” de limites territoriais municipais, como se pode verificar nos casos da ADI 2.812, ADI 2.702 e ADI 2.632-MC. E não importa forma de consulta popular adotada, diversa do plebiscito<sup>36</sup>, bem como a extensão ou a forma de mutação dos contornos geográficos dos municípios envolvidos, como já decidiu o STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIOS: DESMEMBRAMENTO: PLEBISCITO: EXIGIBILIDADE. Lei 11.599/2001, do Rio Grande do Sul. C.F., art. 18, § 4º. I. - *Seja qual for a modalidade de desmembramento, exige-se o plebiscito ou a consulta prévia às populações diretamente interessadas, ou “às populações dos Municípios envolvidos”.* C.F., art. 18, § 4º. Lei 11.599/2001, do Rio Grande do Sul: inconstitucionalidade. II. - ADI julgada procedente. (ADI 2812-RS, STF, Pleno, Min. Carlos Velloso, Julgamento: 09/10/2003).

---

constitucional superveniente que reserva à União a competência legislativa inicialmente atribuída aos estados-membros. Não-recepção da norma estadual que tratava da matéria. Ofende o § 4º do art. 18 da Constituição federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 15/1996, lei estadual que desmembra área de município para anexá-la a outro, sem que tenha sido elaborada lei complementar federal e realizada a consulta prévia por plebiscito. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.361/2000 do estado de Santa Catarina. (ADI 3149-SC, STF, Pleno, Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 17/11/2004).

<sup>35</sup> ATALIBA, Geraldo. Criação de Município – plebiscito. *Revista de Direito Público*. SP: RT, 1991, v. 98, p. 105;

<sup>36</sup> AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.264/02, DO ESTADO DA BAHIA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DE SALINAS DA MARGARIDA. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LIMÍTROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1 - Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. 2- O descumprimento da exigência plebiscitária tem levado este Supremo Tribunal Federal a declarar, por reiteradas vezes, a inconstitucionalidade de leis estaduais ‘redefinidoras’ dos limites territoriais municipais. Precedentes: ADI 2.812, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 09.10.2003, ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 05.11.2003 e ADI 2.632-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.08.2003. 3 - As questões relativas à idoneidade da lei de criação de município como objeto do controle concentrado e às conseqüências da eficácia limitada da norma inscrita no art. 18, § 4º da CF; já foram suficientemente equacionadas no julgamento cautelar da ADI 2.381, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001. Ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes. (ADI 2994-BA, STF, Min. Ellen Gracie, Julgamento: 12/05/2004).

A Constituição retirou, assim, das mãos dos políticos e dos mesquinhos interesses estaduais episódicos e transitórios a decisão sobre os destinos dos municípios, transferindo diretamente ao povo tal poder supremo, àqueles que nele vivem e onde realizam suas atividades, na melhor expressão de conservação de direitos fundamentais e sociais básicos, como expressão da sua liberdade de escolha, expressos pela moradia, cultura e tradição, que se deverá manifestar por meio de plebiscito válido para dizer sobre os destinos do território da sua municipalidade.

## 5 SOLUÇÕES DE CONFLITOS MUNICIPAIS – UM EXEMPLO: O CASO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – SUJEIÇÃO ATIVA QUE DEPENDE DA CONEXÃO MATERIAL ENTRE BEM IMÓVEL E TERRITÓRIO MUNICIPAL

A Constituição de 1988 atribuiu aos municípios competência para instituir um imposto sobre “propriedade predial e territorial urbana”. Trata-se de imposto que, sendo municipal, vige em todo o território municipal, mas sua aplicação limita-se exclusivamente às áreas qualificadas como “urbanas” pela lei do Município.

Nisso, evidentemente, põe-se em destaque a necessidade de delimitar dois aspectos sobremodo importantes, um relativo à eficácia da lei no espaço, que corresponde ao território do município e, por conseguinte, depende da demarcação externa deste, i.e., das suas fronteiras em relação aos territórios dos comunas que lhe são vizinhos (i); e a demarcação interna, de uma mesma base territorial, entre área urbana e área rural (ii), que diz respeito à determinação do âmbito espacial de aplicação do Imposto, relativamente à identificação do fato jurídico tributário.

Em ambos os casos acima assinalados há possibilidades de conflitos de competência entre unidades federativas, quer entre a União e o Município, quanto à designação do espaço interno como “urbano” ou “rural”; quer de municípios entre si, no que diz respeito ao exercício de competência sobre fatos jurídicos tributários verificados estritamente nos limites territoriais.

Quanto à *eficácia da lei no espaço*, limitado ao território da autonomia municipal, o que pode ser objeto de eventual conflito de competência decorrerá unicamente da localização de bens imóveis situados em área fronteira (a) ou ainda da própria demarcação técnica do território dos municípios afetados (b).

Como, nos termos do art. 146, III, “a”, da CF, cabe à Lei Complementar estabelecer os requisitos de uniformização do “fato gerador” dos impostos, para solução de eventuais concursos de pretensão impositiva entre União e Município, o Código Tributário Nacional, na função de norma geral de direito tributário, nos artigos 32 a 34, discrimina os critérios necessários para aferir os limites entre as áreas “urbana”<sup>37</sup> e “rural”,

<sup>37</sup> Art. 32 (...) § 1º- Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei

como medida para evitar conflitos de competência na espécie, a partir da definição do âmbito espacial das normas dos impostos envolvidos (IPTU e ITR).

Para bem compreender este aspecto, é bom recordar que a hipótese de incidência do IPTU não recai sobre o objeto da propriedade, ou seja, a coisa em si, sobre a qual se exerce o domínio, mas sim sobre o direito de propriedade que seja exercido sobre aquele bem imobiliário localizado em área urbana. Não cabe dizer, entretanto, como fazem muitos, o STF incluso, que o IPTU seja um “imposto real”, na medida que toma por sujeito passivo pessoa qualificada como proprietária, detentora de título pessoal sobre determinado bem imóvel situado em área urbana. A pessoalidade antepõe-se ao bem em si mesmo considerado.

Não se pode deixar de considerar a importância da vinculação entre o “bem imóvel” e o “território” do Município. O fato de se caracterizar o IPTU como um imposto “real” apenas denota uma prevalência, na hipótese de incidência, do aspecto material sobre o pessoal quanto à determinação da ocorrência do fato jurídico tributário, não significando que o timbre de “pessoalidade” não exista, mas que é reconduzido ao âmbito que lhe é próprio, qual seja, o de formação da obrigação tributária, necessária relação entre pessoas, exclusivamente.

Ora, imposto que incide sobre o patrimônio, como é o caso do IPTU, refere-se a uma característica essencialmente pessoal, qual seja, a de exercer o título de ser proprietário de um determinado bem imobiliário. Quem possui o imóvel e o que faz com este são fatores de larga importância para o tratamento conferido pelo imposto, em vista da pessoalidade exigida pelo art. 145, § 1º, da nossa Constituição. O Domicílio declarado por este sujeito interpõe um simples elo de comunicação para fins de exigibilidade do crédito tributário, mas que não tem qualquer influência sobre a definição do sujeito passivo e, tanto menos, da competência tributária.

Como bem lembrou Sainz de Bujanda, um dos grandes avanços da técnica tributária foi exatamente a passagem de uma aplicação dos tributos fundada numa relação meramente pessoal (relação de súdito) para um critério de índole territorial: lugar no qual o fato jurídico tributário tenha-se por realizado<sup>38</sup>. Não se despreza a pessoalidade, antes, esta assume agora uma nova fisionomia, como medida determinante para apuração da obrigação tributária; já não mais como realização,

---

municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I- meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II- Abastecimento de água;

III- Sistema de esgotos sanitários;

IV - Rede de iluminação pública com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V- Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º- A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

<sup>38</sup> *Passim*, SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, v. IV, p. 347-8;

em si mesma, do fato jurídico tributário, como o fora em priscas eras. A tal efeito, só a pertinência ou vinculação do fato ou da situação com um dado território poderá marcar o elo de pertinência que resulta na formação da obrigação tributária.

A relação determinante para o surgimento da obrigação tributária do IPTU é aquela da existência de “bem imóvel” localizado em “território municipal” e situado em porção qualificada como “área urbana” deste. É necessário que a propriedade predial ou territorial esteja circunscrita ao território de um dado Município, que é a base geográfica sobre a qual ele exerce sua jurisdição, como o limite para a vigência de suas leis no espaço, sem o que não se afirma nenhuma conexão material entre o ordenamento e o contribuinte.

Desse modo, é simples a operação de solução de conflito entre municipalidades, na medida que só o elemento de fixação do imóvel é suficiente para permitir o surgimento do fato jurídico tributário, nenhum outro. A mobilidade típica da pessoa e, por conseguinte, do seu domicílio, encontra-se totalmente descartada. O que a Constituição requer para justificar a aplicação do imposto é tão-só a existência de Propriedade Predial e Territorial Urbana.

Para compreendermos melhor os dados constantes da hipótese de incidência do IPTU, basta analisar conjuntamente o artigo 156, I da Constituição de 1988 e o artigo 32, do CTN. Aquele primeiro dispositivo diz que compete ao Município a instituição de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e o segundo prevê como hipótese de incidência do IPTU a “propriedade”, o “domínio útil” ou a “posse” de *bem imóvel*, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado, o bem imóvel, na zona urbana do Município. Na realidade, a legislação referente ao IPTU não tributa a “propriedade”, a “posse” ou a “enfitese” consideradas como tais, mas sim o fato jurídico de “ser proprietário”, “ser possuidor” ou “ser enfitentea” de imóvel *localizado no seu território*. “Ser proprietário”, ou outro, pressupõe a existência de um objeto (um bem imóvel, que pode assumir a forma de terreno ou imóvel edificado), sob a égide de uma dada situação jurídica, em relação a um certo sujeito, mas principalmente um local de situação do bem. Observa-se, assim, que a abrangência da hipótese de incidência do IPTU que acabamos de delimitar liga-se à identificação territorial de “bem imóvel” que justifica sua tributação.

Só a ligação entre “bem imóvel” e o “território” afirma a competência tributária de um município e exclui a dos demais. Dizer que a hipótese de incidência do IPTU não recai sobre o objeto da propriedade, ou seja, sobre a coisa em si, mas sim sobre o próprio direito de propriedade<sup>39</sup>, não implica relegar à desconsideração a superior importância que aquele tem nesse âmbito, por de servir, o bem imóvel, à própria caracterização do fato jurídico tributário, como pressuposto fundamental da exteriorização da relação de propriedade (usus, fructus, abusus). A conexão entre contribuinte e o município é, assim,

<sup>39</sup> Misabel de Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, p. 114.



uma conexão material, e não pessoal, portanto, no que concerne estritamente ao acerto da competência tributária, na medida que só a posição baseada em dado território motiva a aplicação do imposto, alcançando o contribuinte que o detenha seja qual for o título.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o objeto da autonomia dos municípios delimita-se pelos “interesses locais”, que serve como definição das competências materiais e coincide com o atendimento de necessidades individuais inerentes a direitos fundamentais resguardados ou garantidos expressamente pela Constituição. Contudo, o sentido não é o mesmo quando se fala do respeito a tais direitos individuais no espaço da aplicação da legislação tributária. O federalismo ou mesmo a repartição de poderes entre as distintas autonomias de um estado unitário não deixa de ser uma modalidade de organização do estado voltada à preservação dos interesses individuais. A garantia de diferenciação de competências e respeito a cada uma destas reflete-se como espécie de garantia aos direitos individuais.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *Criação de Município – plebiscito*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1991, v. 98.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. SP: RT, 1991.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial/FDUFMG (Nova Fase), 1995.
- BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1985, v. I.
- BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte*. Milano: Giuffrè, 1954.
- BOBBIO, Norberto. Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto. In: *Dalla struttura alla funzione – nuove studi de teoria del diritto*. Verona: Edizioni di Comunità, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. SP: Malheiros, 1997.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, v. IV.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. SP: Saraiva, 1999.
- CASA DO OLLERO, Gabriel (Coord.) *La financiación de los municipios*. Madrid: Dykinson, 2005.



CASÁS, José Osvaldo. Restricciones al poder tributário de los municipios de provincia a partir de la Ley de coparticipación tributaria. In: CASÁS, José Osvaldo (Coord.). *Derecho tributario municipal*. Buenos Aires? 2001.

Cf. GASPARINI, Diógenes. *Desmembramento e anexação de território municipal*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1984, v. 72, p. 237.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *Los tributos locales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Fundamentos da competência tributária municipal*. SP: RT, 1980, nº 13/14.

FANTOZZI, Augusto. *Il Diritto Tributario*. 3. ed. Torino: UTET, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Municipal*. 2. ed. SP: RT, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Segurança Jurídica – Normas Gerais Tributárias*. Revista de Direito Tributário. SP: RT, 1981, no 17/18.

FERREIRA, Pinto. *A autonomia política dos municípios*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1969, v. 7, p. 157-67.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. *El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. (derecho tributario y orden democrático)*. Revista de Direito Tributário. SP: Malheiros, 1999, n.º 76.

GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. RJ: Livraria Oscar Nicolai, 1958.

GASPARINI, Diógenes. *Criação de municípios*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1985, v. 73, p. 296-302.

\_\_\_\_\_. *Desmembramento e anexação de território municipal*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1984, v. 72.

GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. *Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad*. In: IBET. Justiça Tributária. SP: Max Limonad, 1998.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro*. Revista de Direito Público. SP: RT, nº 63, 1982.

LEAL, Victor Nunes. Restrições à autonomia municipal. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

LEAL, Victor Nunes. Titulação constitucional dos estados para primeira alienação de terras devolutas. In: *Problemas de Direito Público e outros Problemas*.

Brasília: Imprensa Nacional, 1999, v. II.

\_\_\_\_\_. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas*. Porto Alegre: Globo, 1935.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. 2 ed. SP: RT, 1970, t. II, p. 327.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Direito das coisas*. 3 ed. SP: Revista dos Tribunais, 1984.

MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: CEDAM, 1991.

NAZAR, Elizabeth. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. Revista de Direito Público. SP: RT, 1973, v. 25, p. 197-216.

PITA GRANDAL, Ana Maria (Coord.). *Hacienda Autonômica y local*. Vigo, Tórculo, 2003.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da união européia*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho (fundamentos de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, v. I.

RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 2000.

ROMANO, Santi. La formazione, le modificazioni e l'estinzione del comune. In: ROMANO, Santi. *Gli Scritti nel Trattato Orlando*. Milano: Giuffrè, 2003.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade*. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. SP: RT, 2000.



# UMA REFORMA MUITO ALÉM DO JUDICIÁRIO<sup>1</sup>

---

*Joaquim Falcão<sup>2</sup>*

## 1 INTERESSE NACIONAL

Poucas instituições nacionais mudaram tanto nestes primeiros vinte anos da Constituição de 1988 quanto o Poder Judiciário. Os indicadores são palpáveis. Primeiro, reconquistou, exerceu e consolidou a independência política perdida no regime militar. Sem ela, como a secular experiência nacional – e internacional também – demonstra, inexistem Estado de Direito e democracia. A independência se concentra no Supremo Tribunal Federal e tem tido nele seu maior símbolo.

Nos dois mandatos do atual Presidente da República, sete novos ministros ingressaram no STF. Não se concretizou, porém, o receio – como, de resto, parece querer se concretizar agora nos Estados Unidos – de que, diante das novas nomeações, o Supremo tendesse a uma “partidarização” política. Não nos tem faltado Supremo “apartidário”.

Segundo, o debate sobre a reforma da administração da Justiça extrapolou o círculo restrito dos especialistas em Direito processual, dos desarticulados interesses dos usuários da Justiça e dos articulados interesses corporativos dos profissionais e de alguns setores econômicos. A evidência de que, numa democracia, o Poder Judiciário detém a palavra final no cotidiano das instituições, empresas, comunidades e cidadãos, despertou e mobilizou a opinião pública. Os dados são eloqüentes. A experiência judicial atinge a cada dia um numero maior de brasileiros. Kazuo Watanabe lembra, por exemplo, que, no ano de 2004, enquanto a população de São Paulo cresceu 1,14%, o número de processos cresceu 12,49%. Ou seja, mais de dez vezes mais. Mais ainda. Para cada

---

<sup>1</sup> Agradeço a Marcelo Lennertz, que comandou a pesquisa e revisão deste artigo. Não poderia deixar de expressar, também, minha gratidão às colaborações, críticas e sugestões de Pablo Cerdeira, Fernando Penteadó e dos Pesquisadores Antônio José M. Porto, Daniela Barcellos, Leslie Ferraz, Paula Almeida e Rômulo Sampaio.

<sup>2</sup> Professor de Teoria do Direito Constitucional e Diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV DIREITO RIO e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

grupo de dez habitantes já existem três processos. A reforma da administração da Justiça é, hoje, tarefa prioritária de interesse nacional, tanto quanto – talvez até mais – que as reformas fiscal ou trabalhista.

A conseqüência da crescente massificação da experiência judicial foi a crescente atenção e pressão da mídia em favor da reforma. De, quase sempre amarga, experiência dos cidadãos, para prioridade na agenda nacional e, daí, para prioridade na pauta das redações. E vice-versa. Por isto assistimos, nestes vinte anos, intensa mudança nas relações entre o Judiciário e os meios de comunicação. Mudança decisiva para a expressão do interesse nacional.

Terceiro, o Poder Judiciário, de parceria com o Congresso, iniciou intensa reforma institucional interna. Dois exemplos apenas. Paralelamente à consolidação democrática, a Justiça eleitoral surgiu como das melhores do mundo. Ainda que restem problemas não solucionados, partilhados por importantes países, como o difícil controle do financiamento eleitoral, trata-se de Justiça pioneiramente informatizada, crível, realmente de âmbito nacional, não corrupta, capaz de assegurar legitimidade e estabilidade a eleitores e eleitos. Capaz, inclusive, de ocupar o vácuo legislativo, fruto de paralisia congressual, diante de propostas de mudanças no sistema eleitoral de que o país carece.

Em matéria eleitoral, nosso déficit está mais nas hesitações do legislativo em forjar um novo regime partidário e eleitoral do que na eficiência e independência judicial.

Outro exemplo é a criação de inédito órgão de fiscalização, controle e planejamento de magistrados e tribunais: o Conselho Nacional de Justiça. Já implantado e com bom acervo de decisões que modernizam a infra-estrutura ética e gerencial do Judiciário. Tais como: término do nepotismo; estabelecimento de tetos salariais para magistrados e eliminação dos adicionais (ainda que não de todo domados); informatização do processo judicial através de *software* livre; criação de estatísticas judiciais nacionais, inclusive da corregedoria, sem as quais políticas judiciais realistas não podem ser feitas; e muito mais. Mas falta muito. Pelo mandato que recebeu do Congresso e da sociedade, faltam, ainda, mais decisivo combate à corrupção e à lentidão, e a ampliação do acesso à Justiça às classes e comunidades mais carentes.

A questão que, então, se coloca é: Estando em curso estes processos de independência política e reforma administrativa, como prosseguir? A resposta é óbvia. Trata-se, antes de tudo, de consolidar e aprofundar estas conquistas iniciais. Não estou certo, porém, que se consolidem por si só.

Como na vida pessoal, a vigilância sobre os objetivos que traçamos para nós mesmos deve ser permanente. Receio retrocessos se não transformarmos o ideal de amplo acesso a uma Justiça ágil em agenda e vontade política nacional permanentes. E se não traduzirmos esta vontade em inovação institucional e realização efetiva. Não há que esconder. O atual modelo se sustenta através de uma, às vezes articulada, às vezes simplesmente caótica, teia de interesses

setorais *intra* e *extra* Judiciário. Teia de interesses e antigüidades que retira da ineficiência operacional e da exclusão do acesso à Justiça, seu pão e sua água. Sua vida ou sobrevida. Como desfazê-la?

Paulo Daflon Barrozo diz que interesses nacionais que não se concretizam, se transformam em ilusões nacionais. Iludem e paralisam mais do que estimulam e mobilizam. O risco é este.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DÉFICIT PÚBLICO

Este texto chama a atenção sobre uma hipótese que, latente, começa a ficar evidente. Trata-se de “hipótese-diagnóstico” quase óbvia, mas que não tem recebido a devida relevância na mídia, nem entre as lideranças dos próprios magistrados, que seriam os principais dela beneficiados. Nem nas universidades, nem no Congresso Nacional. Nem estimulou a imaginação institucional inovadora, sem a qual não se transforma, diria Bernard Henry Levy em sua obra *American Vertigo*, a permanente censura – no caso, a magistrados e tribunais – em permanente proposta de todos.

O interesse nacional não vive apenas na excelência da crítica, por mais justa e precisa que seja. Assim como o paciente não sobrevive apenas de diagnósticos. A repetição exaustiva da crítica não é capaz de, por si só, substituir a realidade existente, diria Carlos Alberto Direito, Ministro do Supremo.

A consolidação e aprofundamento das conquistas não ocorrerão sem que se crie um consenso fundamentado em um entendimento básico, a saber: a reforma do Judiciário é “multitarefa”, de muitos atores e diferentes responsabilidades. Em outras palavras, a solidão, às vezes acuada, outras agressiva, do Poder Judiciário nem é um entedimento correto da crise, nem é do interesse nacional.

A responsabilidade pelo atual modelo é tanto do Judiciário, como, ao mesmo tempo, do Congresso e do Poder Executivo, das entidades representativas das empresas e dos trabalhadores, dos profissionais jurídicos, das universidades, das associações da sociedade civil, sobretudo dos usuários da Justiça.

Ou seja, a reforma da administração da Justiça não é questão exclusivamente interna ao Poder Judiciário. Mas referente ao conjunto dos interesses e relações sociais políticas, econômicas e culturais que, a partir daí, se formam e se entrelaçam, se legalizam e se institucionalizam. Na reinvenção deste entrelaçar, se escondem os novos e mais amplos limites e possibilidades do sistema judicial na democracia.

Se o foco da mudança for apenas um aperfeiçoar, conservar, reformar ou mesmo revolucionar o Poder Judiciário (leitor, escolha sua alternativa), ela será sempre insuficiente. Há que mudar, também, a natureza e a forma de suas relações com a sociedade, os profissionais jurídicos, os demais Poderes da República.

A “multilateralidade” da tarefa, poderia dizer Rubem Barbosa, é evidente. Basta perguntarmos: Até que ponto o excesso de recursos, que provoca a lentidão das sentenças, responde à demanda corporativa dos advogados? Até que ponto a interpretação judicial de primeira instância – para muitos, excessivamente ativista – é consequência de um déficit de representação político-democrática das leis, ou, como diria, numa feliz síntese, Henrique Fábio Pierre, consequência de uma confusão entre “Estado de Direito” e “Estado de normas”? Entre *Rule of Law* e *Rule of Laws*? Até que ponto a lentidão processual é manipulada pela inevitável análise econômica de custo e benefício de interesse dos litigantes? Até que ponto o acesso à Justiça – excesso e exclusão – apenas reflete a desigual distribuição de renda nacional? Até que ponto a estruturação processual, administrativa e financeira dos tribunais subsidia e encobre uma ineficiência administrativa e financeira do Poder Executivo?

As respostas a estas questões transformam os tribunais e magistrados, de protagonistas únicos e autônomos, de responsáveis exclusivos, em arenas interdependentes e abertas a múltiplos interesses “extra-Judiciário”. O foco de uma nova estratégia de reforma devem ser os anéis, poderia dizer Fernando Henrique Cardoso, ou seja, as alianças intra e extra Judiciário. Debitar as dificuldades da administração da Justiça à exclusiva culpa e responsabilidade de tribunais e magistrados não consolida as iniciais conquistas. Fácil perceber.

De uma perspectiva econômica, o acesso à Justiça e a agilidade dos processos judiciais são variáveis consideradas pelos agentes como “custos transacionais endógenos ao Poder Judiciário”, como lembra Antonio José Maristrello Porto. São custos atribuídos ao Poder Judiciário que afetam diretamente os incentivos para as trocas entre os agentes. Trocas que buscam maximizar a riqueza na sociedade. À medida que a percepção dos agentes é negativamente afetada pelos altos custos transacionais associados, hoje, ao Judiciário brasileiro, ocorre uma diminuição dos incentivos para a realização de trocas, o que prejudica a sociedade e o mercado como um todo. No entanto, reconhecer a existência de “custos transacionais endógenos” não significa dizer que a redução de tais custos independe de fatores externos ao Poder Judiciário. Parte importante deles depende, sim. Esta é a nossa hipótese. E queremos, hoje, colocar luz em apenas um destes fatores exógenos.

Trata-se da prática, aliás, mais do que prática, verdadeira cultura, cada vez mais freqüente, do Poder Executivo em tentar diminuir seus próprios custos transacionais ou operacionais, transferindo-os ao Poder Judiciário. Trata-se, no fundo, da cultura de judicialização do déficit público. O atual modelo permite ao Poder Executivo fazer aquilo que denomino “uso patológico” da administração da Justiça. Este uso patológico acaba por impor ao Judiciário pelo menos dois tipos de custos que não são seus. São do Executivo. Por um lado, velados custos financeiros. Por outros, deslegitimadores ônus políticos. Pretendo, daqui em diante, agrupar alguns indicadores já visíveis e consensuais que exemplificam estes custos, fundamentam minha argumentação e confirmam a hipótese-diagnóstico.

O primeiro indicador denomino “estatização da pauta do Judiciário”, o que sobrecarrega, indevidamente, a administração de Justiça. Transcreveremos, a seguir, alguns exemplos empíricos e consensuais – reconhecidos pelo próprio Poder Executivo – de como esta estatização constitui verdadeiro subsídio orçamentário de um Poder para o outro. Iluminar e enfrentar estas transferências *deguissées*, extingui-las, ou, pelo menos, criar um sistema contábil de apropriação de custos mais verdadeiro, é indispensável para a harmonia e independência dos Poderes. Que não deve ser um princípio apenas político. Deve ser contábil também.

O segundo indicador são os financiamentos compulsórios que o Judiciário e as partes são obrigados a conceder ao Tesouro Nacional para fortalecer um sempre insuficiente fluxo de caixa. Estes financiamentos compulsórios, às vezes quase até subsídios, além de transferirem renda do Judiciário e dos usuários da Justiça para o Executivo, impõe ônus de deslegitimação política.

Trata-se de reação em cadeia. O uso patológico do Judiciário pelo Executivo aumenta-lhe a ineficiência operacional e o faz perder legitimidade diante dos cidadãos. Um poder que não funciona. O mínimo que ocorre é um aumento da insegurança jurídica e a criação de um vácuo potencialmente desestabilizador das instituições democráticas: a descrença na Justiça.

Ambos os mecanismos – a estatização da pauta e o financiamento compulsório – vicejam há décadas na história jurídica, política e financeira da administração da Justiça. Não são de responsabilidade deste ou daquele governo. Todos os governos, de qualquer partido, deles se beneficiam. Mais do que um ato, é uma cultura. São práticas e crenças institucionais que precisam ser mudadas. Modelo a se recriar em nome do interesse nacional.

### 3 O PRIMEIRO INDICADOR: A ESTATIZAÇÃO DA PAUTA DO JUDICIÁRIO

Nem mesmo o Supremo detém, tecnicamente, o controle total de sua pauta decisória. Quem o detém são os litigantes. O Executivo é o principal deles. Estes, quando propõem uma ação, detêm a exclusiva iniciativa de fazer o Judiciário decidir. Acionam o sistema. O que está certo. Trata-se de mecanismo indispensável ao equilíbrio de Poderes. Diante do imenso poder que o Judiciário tem, uma das maneiras de contê-lo, para que não invada os limites dos outros poderes, é respeitar o princípio da inércia judicial: o Judiciário não age, reage. É ser, como muitos – radicalmente – dizem, um poder sem iniciativas.

Se assim é e deve ser, o Judiciário não controla, ao menos de início, nem a quantidade, nem a qualidade de sua demanda. O que ocorre, então, se esta demanda for inadequada? Temerária? De má-fé? O que ocorre se o Judiciário estiver sendo usado patologicamente? Este não-controle de sua demanda acaba abrindo a possibilidade para que o Poder Executivo, para reduzir seus custos internos, em algumas situações – não todas, evidentemente – se aproprie,

inadequadamente, do direito de peticionar e da ampla defesa.

Darei dois exemplos de estatização da pauta. O primeiro, de estatização da pauta de primeira instância. O segundo, da pauta do próprio Supremo.

Atentemos, inicialmente, para prática corriqueira e usual nas Fazendas nacional, estadual e municipal que agora descrevo. E para suas conseqüências também. Ao exercer a competência-dever de fiscalizar o pagamento de impostos e defender o Erário Público, a Receita Federal e Secretarias de Fazenda acompanham as declarações dos contribuintes. Havendo qualquer indício de irregularidade, abrem procedimentos internos. O que leva tempo. Havendo infração ou suspeita de infração, abrem-se processos administrativos. O que também leva tempo. A duração destas tarefas fiscalizatórias tem, no entanto, um limite. Não podem ser eternas. A necessidade do limite temporal, do prazo prescricional, tem sentido democrático: impedir que o contribuinte e sua liberdade fiquem, vida inteira, sob uma espada de Dâmocles. Presos “*on a string*”.

O prazo prescricional, neste sentido, tem várias funções: (a) estabelece um prazo gerencial para que a tarefa seja completa com eficiência; (b) limita o poder discricionário da autoridade fazendária diante da liberdade do contribuinte; e, por fim, (c) consolida a segurança jurídica administrativa – como gosto de qualificar (Ver a respeito: FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís E; e ARGUELHES, Diego. *Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito*. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 243, set-dez, 2006. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 79-112) – do sistema. Se assim não fosse, inúmeras transações negociais jamais poderiam ser completadas. Nem o comprador nem o vendedor poderiam estimar, com um mínimo de segurança, o valor da transação. A eventual desconhecida dívida fiscal seria um enigma, se não paralisante, pelo menos altamente dificultador da transação. Nem a declaração do vendedor, nem a das autoridades bastariam. O atual prazo prescricional para cobrança tributária é de cinco anos (Art. 174 do CTN).

Mas o que em muitos casos, hoje, ocorre? Se procedimentos e processos administrativos da administração fiscal não terminam dentro do período legal, muitos procuradores ajuízam ações nas vésperas do encerramento do prazo prescricional para evitar que a prescrição ocorra. Nesta sua prática diária, propõem milhares de novas ações. Judicializam a fiscalização de todo inacabada. Mantêm o contribuinte subordinado e inseguro diante de futuro irrazoavelmente imprevisível.

Excelente estudo recente do Ministério da Justiça, encomendado por Pierpaolo Bottini, então Secretário da Reforma do Judiciário, sobre execuções fiscais no Brasil conclui: “(...) essa prática – da qual não escapam o Executivo municipal, estadual e federal – é explicada em parte pela demora do processo administrativo, mas também pela desorganização de determinados órgãos (...)”



(Cf. Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil*. São Paulo, agosto de 2007, p. 63). Duas conseqüências daí decorrem: o Poder Executivo ajuíza ação fiscal sem uma avaliação mais rigorosa das efetivas chances de satisfação do débito; e isenta-se o órgão público (no caso, do Poder Executivo) de responsabilidade.

Não nos faltam propostas para resolver, ou minimizar, este problema: legalizar sistema de compensação de dívidas entre Estado e contribuinte, estimular a conciliação administrativa e pré-judicial, desburocratizar e racionalizar o processo administrativo, criar um contencioso administrativo custeado pelo Executivo mas dele independente etc.

A dificuldade é que estas mudanças não somente interferem nos custos financeiros do Executivo como exigem nova formação e mentalidade dos advogados públicos. Exige, também, uma nova legislação sobre a responsabilização civil do funcionário público. Em meu entender, mover ações fiscais contra o contribuinte sem rigorosa avaliação das chances de êxito e com a intenção de procrastinar o prazo prescricional, é, no mínimo, lide temerária. Ocorre que a penalidade para lide temerária ou ações claramente protelatórias é imposta pelo juiz à parte litigante: ao Poder Executivo. Dificilmente chega a seus profissionais e agentes.

Em matéria fiscal, tem faltado mais eficiência, limites e transparência da Administração Pública do que imparcialidade e presteza do Poder Judiciário. O resultado líquido é que, muita vez, se transferem ao Judiciário os custos e o risco das fiscalizações inacabadas Executivo. Judicializa-se. Sem falar nos efeitos colaterais, como o agravamento do engarrafamento processual dentro do Judiciário. Custos transacionais internos adicionais.

O segundo exemplo de estatização da pauta diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, mesmo quando já se avizinham dois novos instrumentos criados pelo Congresso, capazes de reduzir o número de casos – mais de 100 mil (ver a respeito: Estatísticas do STF, disponíveis em <http://www.stf.gov.br>) – que lhe chegam todos os anos: a súmula vinculante e a repercussão geral. De agora em diante, tal como nos Estados Unidos, onde se julga cerca de apenas 100 processos por ano, o Supremo pode escolher os casos que têm repercussão geral e, a partir deles, dar maior densidade institucional ao seu caráter de Corte político-constitucional que é. E deveria ser exclusivamente.

Recentíssimo e excelente estudo estatístico do próprio Supremo sobre os Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento – ao todo, 3.991 – que nele chegaram entre julho e novembro de 2007, já distribuídos aos ministros com a preliminar de repercussão geral por assunto, demonstra que, de cada 100 casos, cerca de 70 são de interesse direto do Poder Executivo. Interesses inicialmente constitucionalizados e, depois, judicializados. Sem mudar a natureza desta demanda geneticamente estatizada, pouco pode ser feito. O quadro abaixo é bastante ilustrativo.

Matéria	%
Servidores Públicos e Militares	20,32
Execução e Questões fiscais	20,17
Regulação de telefonia	11,60
Previdência	7,64
Contribuição Social	5,28
Precatórios	3,86
Ordem Social – Saúde	0,47
Execuções contra a Fazenda Pública	0,40
Responsabilidade Civil do Estado	0,32
FGTS – Correção Monetária (Planos Econômicos)	0,17
Desapropriação (Indenização)	0,07
Outros *	29,68
Total	100,00

\* Casos que não envolvem entidades estatais.

Fonte: STF – Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Brasília, Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/porta/jurisprudenciaRepercussãoGera/arquivo/estudoRepercussãoGera.pdf>

Os dados são claros: a estatização é fruto da demanda exógena oriunda dos problemas da Administração Pública e legalizada pelo Legislativo. O sistema judicial não precisa ser assim. Basta comparar a presença mínima de questões fiscais e sobre servidores na Suprema Corte norte-americana.

Vejam só. A primeira maior demanda que chega ao Supremo, 20,32% dos Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento, dizem respeito aos interesses dos servidores públicos. Falta pesquisa mais extensa, mas ousaria dizer que o Brasil é um dos únicos – se não o único – países do Ocidente onde a Constituição trata de servidor público em tantos dispositivos – são 62 (!), entre títulos, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, que contêm as palavras “servidor” ou “servidores”<sup>3</sup>. Na França, ao contrário, a Constituição especificamente determina que se trata de matéria infra-constitucional. Esta constitucionalização do serviço público nem assegurou o que o país necessita – uma burocracia altamente profissional, apartidária e estável –, nem tranquilizou os próprios servidores. Ao contrário, atua como estímulo ao permanente conflito, à mobilização judicial e à insegurança jurídico-administrativa. Aumenta os custos globais da administração da Justiça, mesmo diante de improvável vitória corporativa.

A comparação é inevitável. Enquanto o Supremo é compelido a gastar tempo e recursos para resolver conflitos entre a Administração Pública e seus servidores, nada, ou quase nada, lhe chega sobre os conflitos entre empregados e empregadores. O número de empregados no Brasil, hoje, ultrapassa a casa dos 54,7 milhões. Já o total de servidores públicos e militares é de algo em torno de 5,5 milhões (ver a respeito: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, 2005, IBGE). O

<sup>3</sup> Na Constituição dos EUA, por exemplo, não há menção aos servidores, enquanto na Constituição da França, há apenas um dispositivo cujo texto deixa bem claro que a matéria deve ser tratada no âmbito infraconstitucional.

desequilíbrio é evidente. Na pauta do Supremo, o, socialmente, “menos” quer ser, e tem sido, o, judicialmente, “mais”. Um vale mais do que dez. Em matéria de relações de trabalho, a constitucionalização dos interesses dos servidores públicos, impõe, proporcionalmente, ao Supremo, mais custos do que a atual legislação trabalhista.

Estes dados, recentíssimos, não inovam. Ao contrário, se acumulam. O Estudo sobre Execuções Fiscais do Ministério da Justiça, acima mencionado, demonstra que em 2005, 51% de todas as ações em tramitação no Tribunal de Justiça de São Paulo, eram de execução fiscal – o que corresponde a cerca de oito milhões de processos. No Rio de Janeiro, esse número era de 56%. Na medida, porém, que, na Justiça Federal, no primeiro trimestre de 2006, as execuções fiscais eram 36,8% do total de ações em tramitação e, no Rio Grande do Sul, eram 24% – ou seja, bem menos –, fica claro que esta estatização da pauta não é um destino. É muito mais uma *policy* judicializante imaginada para superar eventuais ineficiências administrativas do Executivo, ou eventuais leis fiscais temerárias, e que pode ser contornada.

A contrapartida é que os conflitos decorrentes de relações familiares, comunitárias e negociais são equacionados em outras instâncias. Ou nem mesmo judicializados. A pauta do Judiciário precisa de mais mercado, comunidades e sociedade civil, e de menos Estado.

#### 4 SEGUNDO INDICADOR: O FINANCIAMENTO E SUBSÍDIOS COMPULSÓRIOS

O financiamento compulsório pode ser apreendido por uma pequena história. Em outubro de 2005, coube ao Congresso votar a Medida Provisória nº 252/05, que propunha uma série de estímulos fiscais, conhecida como a “MP do Bem”. As vésperas de sua apreciação pelo Congresso Nacional, foi inserida a emenda parlamentar nº 27, que nada tinha a ver com a finalidade da MP. Discretamente, ela alterava o artigo 17 da Lei dos juizados especiais federais – Lei nº 10.259/01 –, permitindo não apenas o atraso e a não correção do pagamento das decisões judiciais de até 60 salários mínimos favoráveis a aposentados, contra o Governo, como também que o pagamento só fosse feito se o orçamento do ano seguinte tivesse previsão para o gasto. Por quê? Qual a razão de ser desta discreta emenda?

A história foi a seguinte: Em 2000, o Supremo decidira que as contas do FGTS dos trabalhadores deveriam ser corrigidas de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), e não com base nos rendimentos da Letra Financeira do Tesouro Nacional (LFT), como pretendia o Governo nos planos “Verão” e “Collor I” (ver a respeito: RE 226855-RS - Rel. Min. Moreira Alves - DJ 13-10-2000). Vitoriosos depois de quase uma década na Justiça, os trabalhadores recorreram em massa aos Juizados Federais, nas causas até sessenta salários mínimos, para recuperar o direito até então negado pelo Governo. Esta decisão representava um custo financeiro enorme para o Tesouro Nacional. Em outras palavras, por anos o Tesouro Nacional se financiara através da diferença de

índices aplicados nos fundos dos trabalhadores. Agora, tinha que pagar. Os credores correram em massa ao Judiciário.

Aí vem a surpresa: os Juizados Especiais foram tremendamente eficientes, como os idealizara Beltrão e Piquet Carneiro no livro *Desburocratização: Idéias Fundamentais*. Milhares de casos foram decididos em pouco tempo. Condenava-se, de acordo com a jurisprudência do Supremo, a União. As condenações superaram em muito as provisões, quase sempre insuficientes, do Orçamento da União. O governo federal se viu diante da tarefa de estancar esta judicial justa sangria do Tesouro. Mas como fazê-lo contra o Supremo? Como fazê-lo diante do reconhecimento de um direito legal e legítimo que, até então, tinha sido negado a milhões de trabalhadores?

Se o Executivo não paga as condenações dos Juizados, os juízes têm competência para decretar o seqüestro das receitas estatais (art. 17, § 2º, da Lei nº 10.259/01). Ou seja, seqüestrar recursos do Poder Executivo, onde quer que estejam depositados. Neste caso, não cabem precatórios. Para tanto, seria necessário mudar a legislação. A opção do Tesouro Nacional foi, então, imediata. Lancou mão da cultura do uso patológico do Judiciário. Tentou mudar a legislação e transformar uma dívida de curto prazo num financiamento subsidiado de longo prazo. Optou por usar a força da lei para, compulsoriamente, se financiar com o dinheiro dos trabalhadores através da decisão do Judiciário.

Esta tentativa de usar patologicamente a Justiça não era, no entanto, caso isolado. Em 2000, a Emenda Constitucional nº 30 alongara o prazo para pagamento dos precatórios pendentes de pagamento para dez anos. Assim, aliava pressão sobre o caixa dos tesouros. Em 2001, através da Medida Provisória n. 2.180-35, proibira o uso da ação civil pública em matéria fiscal e previdenciária. Por quê? Por razão simples. Trata-se de uma estratégia de fragmentação processual capaz de impedir que todos os credores cobrem de uma só vez, através da ação civil pública, seus créditos dos Tesouros Nacional, estadual e municipal. O fulcro desta estratégia é ampliar a lentidão do julgar em benefício do Executivo. Em vez de julgar uma ação só, o Judiciário terá que julgar milhares. Aumentam-se seus custos operacionais para prolongar um financiamento que o Supremo julga ilegal. Aumenta-se o engarrafamento processual.

É neste contexto que se insere a tentativa, em 2005 de se ampliar o sistema de precatórios para incluir os Juizados Especiais. Daí a emenda parlamentar mencionada. Neste caso, porém, a estratégia não funcionou. O Judiciário se mobilizou e o Conselho Nacional de Justiça emitiu Nota Técnica ao Congresso Nacional contrária à sua aprovação. Os congressistas não aprovaram a emenda proposta pelo Poder Executivo.

Precatórios nada mais são do que um financiamento obrigatório com dinheiro de propriedade do vencedor da lide. Estima-se que, hoje, existam cerca de 72 bilhões de reais em precatórios a pagar (ver a respeito: JOBIM, Nelson. *Precatórios: O Caminho do "Meio"*, In: *Revista de Direito Administrativo*

- RDA, nº 243, set-dez, 2006. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 132-147). Só que é um financiamento sem prazo certo. Pois os governos não pagam nos prazos como a lei manda. Os custos endógenos que foram transferidos do Executivo para o Judiciário, ainda que temporários, são, para o vencedor da lide, fatores externos a provocar insegurança jurídica, desestimular as trocas na economia através do Judiciário.

Há que se considerar, também, que a contabilização de sua dívida judicial não entra para o cálculo do déficit público nem para a lei de responsabilidade fiscal. Distorcem-se as contas públicas. O dano ao Poder Judiciário é visível. Na medida em que a cobrança foi feita através do Judiciário, ele aparece para a população como um Poder ineficaz. Incapaz de fazer valer suas decisões. A população, como sabemos, não distingue que a responsabilidade é do Poder Executivo. O custo da “deslegitimação institucional” acaba recaindo nos magistrados e no Judiciário.

O segundo exemplo de financiamento compulsório, que é também um subsídio compulsório invisível, pode ser facilmente percebido na remuneração legal dos depósitos que as partes são obrigadas a fazer por decisão dos juízes em conta bancária específica, em determinados momentos do processo, como, por exemplo, para garantir o juízo no processo de execução ou para interpor embargos (Art. 8º, *in fine*, da Lei n. 6.830/30 e Art. 621 do CPC). Estes depósitos serão levantados no final da lide pelos vencedores. São os depósitos judiciais.

Como as lides levam anos, estes depósitos são alvo do interesse dos bancos. Não somente por sua expressão – só no Estado do Rio de Janeiro, no início de 2008, estimava-se que os depósitos chegassem à casa dos seis bilhões de reais –, mas também porque são altamente lucrativos para os bancos.

A lei 11.429 de 2006 estabelece, em seu artigo 1º, que estes depósitos sejam feitos apenas “em instituição financeira oficial da União ou do Estado”. Na Justiça Estadual do Rio de Janeiro e também na de São Paulo, a remuneração de tais depósitos nos bancos oficiais é dada pela TR + 6% ao ano, o que significa uma remuneração de aproximadamente 7,5% ao ano. Já na Justiça Federal, a remuneração dos depósitos é determinada pela taxa SELIC linear mensal, resultando em algo em torno de 10,48% ao ano. Se um banco tivesse um saldo médio de seis bilhões ao ano, pagasse aos depositantes 7,5% ao ano e emprestasse pela taxa SELIC capitalizada, hoje em torno de 11,25% ao ano, teria um ganho, de 225 milhões. Se pagasse aos depositantes 10,48%, o ganho seria de 46,2 milhões. Este seria o montante mínimo da renda transferida compulsoriamente dos depositantes, partes judiciais, para os bancos do Poder Executivo. Mais uma vez, através do Judiciário, que aparece como agente responsável por esta transferência de renda.

A prerrogativa legal para os bancos oficiais controlados pelo Poder Executivo impede que o Judiciário, como qualquer instituição, maximize a competição entre os bancos públicos e privados de modo a melhor se remunerar os depositantes

e a si próprio, como gestor que é destas contas. A prerrogativa legal dada aos bancos oficiais viabiliza indireta e encoberta transferência de rentabilidade dos depósitos das partes para o Poder Executivo, aumentando o custo da litigância. Custos endógenos e fatores externos. Além de transferência da remuneração dos custos de captação do Poder Judiciário para o Poder Executivo.

## 5 CONCLUSÃO

Os avanços obtidos até agora com a Constituição de 1988 em relação à independência política e eficiência operacional do Poder Judiciário, para serem consolidados, necessitam que se inaugure um novo entendimento sobre a reforma do Poder Judiciário. Um entendimento que focalize tanto reformas internas como reformas extrajudiciais. Que necessitam ocorrer em outros setores profissionais, interesses sociais e Poderes da República, que participam direta ou indiretamente da administração da Justiça.

É do interesse nacional que um dos campos para a reforma da administração da Justiça, além do próprio poder Judiciário, seja, justamente, o Poder Executivo – municipal, estadual ou federal. O atual modelo permite que os Executivos transfiram custos orçamentários e custos de legitimidade política para e através do Poder Judiciário. Estimula uma cultura de judicialização do déficit público. A estatização da pauta do Judiciário, o financiamento compulsório invisível dos tesouros, verdadeiros impostos recônditos, através dos depósitos judiciais e dos precatórios, são alguns dos exemplos destas práticas. Necessitam ser corrigidos. Mais do que uma estratégia processual do Executivo, trata-se de verdadeira cultura antidemocrática de veladas transferências de ineficiências. Necessita-se, pois, de mobilização política e imaginação institucional para corrigir estes rumos. Sem o que o interesse nacional não progride. As possibilidades estão ao alcance das mãos, como diria Gilberto Freyre. É só agarrá-las com determinação e firmeza democráticas.



# A UNIÃO EUROPÉIA E A POLÍTICA DE COOPERAÇÃO E DE AJUDA EXTERIOR AO BRASIL NO SETOR DA COESÃO SOCIAL

---

*Leda Rouquayrol Guillemette<sup>1</sup>*

## 1 APRESENTAÇÃO

No âmbito do convênio firmado entre a Universidade Federal do Ceará e a Universidade de Le Havre o intercâmbio de professores e pesquisadores foi intenso nos últimos anos. O objetivo de comparar, observar e melhorar mutuamente o ensino e a pesquisa nas duas universidades resultou em vários cursos e publicações. Para coroar esta proveitosa relação acadêmica entre a França e o Brasil, os membros de ambas Universidades decidiram organizar um congresso sobre a evolução da justiça social no século XXI.

O presente artigo é resultado de uma reflexão sobre os mecanismos da cooperação ao desenvolvimento no setor da coesão social, através da ajuda exterior enviada ao Brasil pela União Européia (UE).

Várias razões me levaram à escrevê-lo. A primeira, evidentemente é a informação escassa sobre o assunto e isso malgrado uma forte atividade no que concerne a gestão da ajuda exterior feita pela Comissão Européia (CE), que representa em torno de 7,5 bilhões de euros. Apesar deste importante apoio ao desenvolvimento sustentável, sua ação continua desconhecida do mundo acadêmico.

No âmbito da reforma da Comissão Européia decidida em 2000 e da criação do Ofício de Cooperação – EuropeAid, uma segunda razão aparece depois da ampliação da UE à 27 países. A Comunidade européia entra num novo período

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UFC, Doutora pela Université Paris IX – Dauphine, Professora titular na Université du Havre – França. Coordenadora do Mestrado Comércio com a América Latina. Professora convidada na Universidade Federal do Ceará. Professora convidada na Université Paris III-Sorbonne Nouvelle. Membro titular do laboratório de pesquisa GRIC e associada ao GREDFIC. Destacada junto à Comissão Européia pelo Ministério das Relações Exteriores francês. Presidente da Associação européia CEFICALE: [www.ceficale.org](http://www.ceficale.org). E-mail : [leda.guillemette@univ-lehavre.fr](mailto:leda.guillemette@univ-lehavre.fr)

financeiro plurianual (2007-2013) e entra em vigor um novo conjunto de bases legais que servirão de guia às relações entre a UE e o resto do mundo.

O novo Instrumento de cooperação ao desenvolvimento (ICD) é uma das bases legais que será o cimento das relações da UE com os países latino-americanos, à partir do « consenso europeu<sup>2</sup> sobre a política de desenvolvimento ». O ICD substitue o Regulamento PVD/ALA 443/92 que foi o instrumento jurídico usado até então pela UE, sobretudo na transferência da ajuda financeira à América latina.

Seria importante que antes de abordar o assunto em pauta, a coesão social, fossem revistas algumas informações pertinentes sobre a organização da UE, a organização da Comissão europeia no que concerne as relações exteriores, assim como uma vista de relance da evolução da cooperação entre a UE e a América latina.

A introdução ao assunto é importante para que possamos compreender melhor a implementação do novo instrumento de cooperação ao desenvolvimento que entrou em vigor em 2007 e faz parte de um conjunto de bases legais comunitárias.

## 2 INTRODUÇÃO

### 2.1 A UNIÃO EUROPÉIA E SUA ORGANIZAÇÃO

Este texto se propõe a comentar em linguagem simples e acessível, o esforço empreendido pela UE no que concerne a ajuda exterior aos países terceiros (países que não fazem parte de UE), com uma atenção especial para o Brasil, sobretudo no que concerne a implementação da política europeia de luta contra a pobreza e seu impacto nas populações carentes. Passamos a abordar a organização da UE através de suas principais instituições.

A União Europeia<sup>3</sup> é uma organização intergovernamental composta atualmente de 27 países europeus, construída pelos países que haviam concordado em criar uma comunidade econômica europeia com um mercado único, através da assinatura do Tratado de Roma<sup>4</sup>, em 1957.

<sup>2</sup> Jornal oficial C 46 de 24.2.2006. « Em 20/12/2005, os presidentes da Comissão, do Parlamento e do Conselho assinaram a nova declaração de política de desenvolvimento da UE, o consenso europeu. Este define, pela primeira vez em cinquenta anos de cooperação, o quadro de princípios comuns no qual a UE e seus Estados Membros implementarão suas políticas de desenvolvimento dentro de um espírito de complementariedade »

<sup>3</sup> A UE é uma entidade política com um sistema jurídico. A comunidade europeia tem uma personalidade jurídica e constitui o primeiro pilar da UE. Os dois outros pilares são a « política estrangeira e de segurança comum » e a « cooperação policial e judiciária em matéria penal ».

<sup>4</sup> A título de ilustração, é interessante rever a lista de representantes dos Governos dos Seis que se sucederam para firmar os dois documentos: Konrad Adenauer e Walter Hallstein pela Alemanha, Paul-Henri Spaak e Jean-Charles Snoy e Oppuers pela Bélgica, Christian Pineau e Maurice Faure pela França, Antonio Segni e Gaetano Martino pela Itália, Joseph Bech e Lambert Schaus pelo Luxemburgo, Joseph Luns e Johannes Linthorst Homan pela Holanda.



A criação de um mercado único foi mais laboriosa e prolongada do que imaginaram os políticos. Na época, a idéia era de liberalizar o comércio e de torná-lo mais dinâmico entre os países. Era necessário não somente eliminar as tarifas aduaneiras, mas também introduzir as normas comuns para todos os produtos, eliminar os subsídios e sobretudo transferir as decisões e políticas importantes em relação aos produtos, dos Estados Membros às instâncias comunitárias.

Atualmente, vinte e sete países fazem parte da União Européia, onde produtos e serviços, capitais e pessoas podem circular livremente de um país à outro sem os controles que existiam antes. A criação e a circulação da moeda única, o euro, estimulou o comércio e a concorrência dos produtos e dos serviços assim como os movimentos de capitais e pessoas.

A União Européia tem uma política comum em matéria de comércio, agricultura, transporte, energia, concorrência e vários outros setores. No entanto, as decisões não são tomadas de maneira centralizada. Por exemplo, as decisões tomadas em matéria de saúde, educação e política social são da responsabilidade dos Estados Membros. Este é o princípio da subsidiariedade.

Para ajudar na compreensão do tema, seria importante aqui, nomear os diferentes organismos que a Comunidade européia possui:

- O Conselho Europeu : reunião de Chefes de Estado e de Governo, estabelece as grandes linhas políticas da UE.
- O Conselho de Ministros : representa os Estados Membros e em regra geral toma as decisões.
- O Parlamento Europeu (PE): representa os cidadãos. Tem funções consultativas e cada vez mais decisórias, principalmente no que toca o orçamento comunitário anual.
- A Comissão Européia (CE): representa os interesses coletivos e vela ao respeito dos Tratados. A CE é o organismo que propõe e executa.
- O Tribunal de justiça.
- O Tribunal de Contas.
- O Comitê Econômico e Social Europeu (CESE) : representa as empresas e sindicatos.
- O Comitê de regiões da Europa (CDRE).

A Comissão Européia é a Instituição que executa a cooperação da comunidade européia com os países terceiros. A CE age em nome da Comunidade européia. Dentre as atividades da Comissão no que tange as *relações exteriores*, podemos citar a negociação de acordos comerciais, a proposta de regulamentos para a execução da cooperação, a conclusão de convenções de financiamento com os países terceiros, a gestão da contribuição financeira da CE às ações de cooperação e a vigilância da execução correta de ações de cooperação.

## 2.2 A COMISSÃO EUROPÉIA E SUA ORGANIZAÇÃO

Neste ponto, seria importante ressaltar alguns aspectos ligados à organização da Comissão Européia.

A CE executa as decisões políticas da UE, administra diretamente uma parte do orçamento comunitário, principalmente no que toca a ajuda exterior e goza do direito de iniciativa legislativa. A Comissão é formada por 27 membros ou « comissários », um para cada Estado Membro, que se compromete em agir de maneira totalmente independente do seu país de origem.

A Comissão é a Instituição encarregada em apresentar diferentes tipos de proposta ao Conselho e ao Parlamento. Ao mesmo tempo, a Comissão é a guardiã dos Tratados e vela pelo respeito da legislação comunitária em vigor (diretivas e regulamentos) pelos Estados Membros.

Em caso de não respeito por um dos Estados Membros, a Comissão pode igualmente impor pesadas sanções econômicas. A Comissão é então encarregada de elaborar todas as propostas de cooperação (sobretudo os regulamentos de base para cada região ou para cada tema específico) e velar pela sua execução, depois de sua aprovação pelo Conselho e pelo Parlamento.

O Presidente da Comissão é eleito a cada cinco anos por consenso entre os Chefes de Estado ou de Governo dos 27 países da UE e ele é encarregado da repartição de competências entre os membros da Comissão, eles mesmos escolhidos e apresentados pelos Estados Membros.

A Comissão está organizada em Direções Gerais (DGs), cada uma responsável de um setor de atividade concreto, que se trate da Concorrência, do Ambiente ou da Pesca, do mesmo modo que um Ministério de Estado. A Comissão se apoia em seus serviços, compostos por funcionários e outros agentes.

Seis destes serviços estão ligados às relações da UE com os países terceiros:

- a DG RELEX (Relações exteriores);
- a DG DEV (Desenvolvimento);
- a DG TRADE (Comércio);
- a DG ECOFIN (Economia e Finanças) ;
- a DG EUROPEAID (serviço de cooperação) ;
- a DG ECHO (serviço de ajuda humanitária).

É importante indicar uma centena de Delegações da Comissão Européia em praticamente todos os países com os quais a UE coopera. O papel das Delegações é fundamental, tanto ao nível das relações bilaterais quanto para o desenvolvimento da ajuda exterior da UE, mais particularmente na América Latina.

O novo Tratado constitucional da União Europeia estabelece claramente a criação de um serviço exterior da UE que utilizará esta vasta rede. As Delegações atuais da Comissão se tornarão, depois de um certo tempo, Delegações da União Europeia.

As Delegações são serviços de proximidade da CE, interlocutores privilegiados por todas as instituições, pessoas ou organismos que se ocupam da execução dos projetos que se encontram nos países terceiros. As Delegações cobrem todos os países em desenvolvimento, quase sempre com um serviço permanente no país mesmo ou num país próximo é o caso da Colômbia e da Nicarágua, Delegações importantes da CE na América latina.

### 3 A EVOLUÇÃO DA COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E A AMÉRICA LATINA

Depois desta rápida passagem pela organização da CE é importante descrever a evolução pela qual passou a ajuda pública europeia com respeito à luta contra a pobreza em diversas regiões do mundo.

Nos anos 70, a Comunidade Europeia passou acordos comerciais com alguns países latino-americanos nos quais não consta nenhuma referência quanto à cooperação. A cooperação da CE com a América latina começou no fim dos anos 70. Ela foi regulamentada pela primeira vez em 1981, por um regulamento do Conselho quanto à cooperação financeira e técnica com países em desenvolvimento da América latina e da Ásia.

A partir deste momento e durante os anos 80, a Comunidade europeia assinou acordos de cooperação com vários países e sub-regiões da América Latina (América Central, CAN, Mercosul). Os acordos não mais se limitavam ao setor comercial, mas eles incluíam a cooperação ao desenvolvimento

Durante os anos 80, a cooperação financeira e técnica entre a UE e a América Latina ficou mais sólida e os fundos atribuídos ficaram mais vultuosos. Por outro lado, outros setores da cooperação foram criados, como a promoção comercial, a energia, a formação, a integração regional, a luta contra as drogas e os refugiados.

É importante assinalar que nesta mesma época, o diálogo político começou entre a CE e a América latina, sobretudo com a América Central através das conferências ministeriais de San José<sup>5</sup>.

O fim dos anos 80 marcou o processo de reestruturação da cooperação comunitária com a América latina. Este processo conduziu à elaboração e à aprovação

<sup>5</sup> A América central conheceu várias guerras civis nos anos 80. Os países da região decidiram então criar o Grupo de Contadora. Tendo como objetivo a pacificação da região, a comunidade europeia interveio criando o diálogo político chamado « Diálogo de San José ».

das orientações plurianuais (1991-1995)<sup>6</sup> da cooperação com a Ásia e a América latina. O conceito de “cooperação econômica de interesse mútuo » ficou definido.

No começo dos anos 90, a cooperação UE – América latina introduziu outros setores, principalmente o apoio ao processo democrático, aos direitos humanos, ao bom governo e ao reforço e a consolidação das Instituições democráticas. Isto se confirmou com a assinatura de novos acordos ditos de terceira geração nos quais foram claramente mencionados os setores acima citados.

Ao longo dos anos 90, os fundos reservados pela CE à cooperação com a América latina conheceram um aumento regular. No entanto, é necessário que se indique que à partir daquela década, as quantias destinadas à esta região continuaram constantes, com aumentos sem muita relevância.

O volume da cooperação UE – América latina seguiu a evolução do quadro orçamentário global, assim como as prioridades pela política exterior europeia e as limitações de recursos humanos disponíveis para seguir as relações com esta região.

No fim dos anos 90, a CE negociou e estabeleceu numerosos acordos com determinados países e sub-regiões latino-americanas. Estes acordos eram mais evoluídos no que toca o setor comercial, pois eles previam a possibilidade de estabelecer acordos de livre comércio.

Por outro lado, o diálogo político ficou cada vez mais estruturado, onde o Grupo do Rio<sup>7</sup> ocupou um lugar importante e crescente. Os esforços das duas partes foram recompensados em 1999 pela inauguração da primeira reunião de Cúpula de Chefes de Estado e de Governo da União Europeia e da América Latina-Caraíbas no Rio de Janeiro.

No que toca a cooperação, o fim dos anos 90 foi um período de consolidação e de racionalização. Por um lado, pelos documentos de estratégia por país ou por sub-região (CSP e PIN) atualizados e formalizados e por outro lado pela organização de perspectivas financeiras plurianuais para a cooperação com cada país ou sub-região.

Naquela época, os convênios-tipo de financiamento foram assinados com cada país, nos quais foram definidas as modalidades de base de execução dos projetos de cooperação.

Em 1998, a Comissão decidiu lançar uma primeira etapa significativa com

<sup>6</sup> É importante salientar que para a Comunidade europeia a América Latina está constituída por 17 países desta região que não fazem parte do grupo ACP (firmantes do Acordo de Cotonou), Cuba é elegível somente para ações dentro dos programas regionais: México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, Brasil, Paraguai, Uruguai, Argentina e Chile.

<sup>7</sup> O Grupo do Rio é uma associação regional informal, sem estrutura ou administração permanente criada em 1986. No entanto, ela tem uma secretaria assegurada por cada um dos membros, de cada vez. O Grupo trabalha na perspectiva de criar uma melhor cooperação entre os países latino-americanos

vistas a reformar os serviços responsáveis do setor da ajuda exterior. Assim, o Serviço comum de Relações Exteriores (SCR) foi criado para assegurar a gestão financeira da totalidade da ajuda externa da Comunidade.

Além da gestão dos problemas corriqueiros, o SCR iniciou um trabalho de harmonização e de simplificação dos procedimentos, assim como começou a operar a identificação dos « compromissos passivos », que são os projetos que depois de identificados e com o depósito da primeira parcela de ajuda inicial, não registraram nenhuma evolução durante três anos.

O inventário dos compromissos passivos (conhecidos como RAL – resto à liquidar) chegou à soma impressionante de 20 bilhões de euros, certas quantias tendo sido comprometidas depois da metade dos anos 80.

Seria importante precisar que um terço desta quantia correspondia aos projetos que estavam parados por motivos diversos, mas cujas operações não tinham sido corretamente anuladas no setor da contabilidade.

Quanto à simplificação, passou-se de quase 80 formulários diferentes para as licitações de bens e serviços à somente oito (quatro para os programas dentro do orçamento da CE e quatro pelo FED).

No dia 1º de janeiro de 2001 a Comissão foi mais além em matéria de reforma. Ela executou a decisão do dia 16 de novembro de 2000, criando o Serviço de Cooperação EuropeAid, encarregado da gestão integral do ciclo do projeto, sobretudo a identificação individual e a avaliação dos resultados.

EuropeAid continua seu trabalho de harmonização e simplificação dos procedimentos e progride na definição de novas técnicas de cooperação. O Serviço mantém contatos com os principais doadores com o propósito de garantir uma visão comum, assim como a coordenação necessária dos diferentes parceiros nos países beneficiários.

Por outro lado, o reforço dos recursos humanos permitiu minorar o atrazo acumulado em termos de compromissos passivos e de acelerar progressivamente a gestão financeira dos programas e dos projetos.

#### 4 BASES LEGAIS, PROCEDIMENTOS DE FINANCIAMENTO E O “ICD”

Para uma melhor compreensão do novo instrumento de cooperação ao desenvolvimento lançado em 2007, é importante rever-se brevemente os procedimentos financeiros e as bases legais que sustentam a ajuda externa da UE.

A ajuda ao desenvolvimento tornou-se uma política compartilhada em 1993, logo depois da adoção do Tratado da União Européia (Maastricht).

Os Estados Membros devem coordenar entre si suas políticas nacionais de cooperação, como também com a Comissão Européia<sup>8</sup> e com as grandes

<sup>8</sup> É importante mencionar dois documentos ligados à avaliação da ajuda pública comunitária ao

agências de ajuda ao desenvolvimento.

Os quatro maiores objetivos da política europeia de cooperação são o de encorajar o desenvolvimento político, econômico e social sustentável; facilitar a integração dos países em desenvolvimento no seio da economia mundial; reduzir a pobreza nos países em desenvolvimento; assim como reforçar a Democracia, o Estado de Direito, o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Todos estes princípios e orientações foram reforçados pelo Consenso de Bruxelas e pela Declaração de Paris sobre a eficiência da ajuda externa.

Como toda organização dotada de personalidade jurídica, as Instituições da UE precisam de uma base legal para apoiar suas atividades. As bases legais regulamentando a ajuda da UE à todas as regiões do mundo, são regulamentos do Conselho de Ministros e do Parlamento Europeu, estabelecidos após proposição da Comissão.

Estes regulamentos não são acordos internacionais, mas a forma constituem jurídica que serve de base às relações de cooperação entre a UE e os países beneficiários da cooperação comunitária.

Cada regulamento « geográfico » cria as bases que suportam os documentos de estratégia e os planos de ação regionais e nacionais, documentos estes elaborados em estreita colaboração entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais do país beneficiário.

Além do mais, existem outras medidas legais que enquadram as atividades de cooperação específicas à UE, tais como os direitos humanos, a igualdade de sexos e o ambiente. A UE dispõe de mais de onze bases legais que habilitam a Comissão Europeia à implementar a ajuda externa em nome da UE. Os « planos de ação » ou conjunto de medidas adotadas pelas Instituições comunitárias como resposta às situações de crise ou depois de medidas tomadas nas grandes Reuniões de Cúpula Internacionais, merecem uma menção à parte.

Em algumas situações, os planos de ação podem engendrar bases legais específicas, dotadas de suas próprias linhas de financiamento, como foi o caso da Conferência de Pequim sobre as mulheres e o desenvolvimento, que está na origem da criação da linha “ações de gênero”. O quadro legislativo não seria útil se não fosse acompanhado de medidas financeiras adequadas e procedimentos correspondentes a fim de estabelecer os compromissos e executar as despesas. O orçamento da UE, em seu título IV, consagra anualmente 7,5 bilhões de euros de ajuda exterior.

---

desenvolvimento sustentável nos países terceiros : Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 21 de junho de 2007 - Relatório anual sobre a política comunitária em matéria de desenvolvimento e a implementação da ajuda externa em 2006 [COM(2007) 349 final]. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu de 22 de junho de 2006- Relatório anual sobre a política comunitária em matéria de desenvolvimento e a implementação da ajuda externa em 2005 [COM(2006) 326 final].

Geralmente, a disponibilidade financeira anual no orçamento, para todos os países terceiros (que não fazem parte da UE) com exceção dos candidatos à adesão, se situa em torno de 4 bilhões de euros anuais, aos quais deve-se adicionar 3,5 bilhões do Fundo Europeu ao Desenvolvimento para os países e territórios da África, Caraíbas e Pacífico.

Os mecanismos de gestão destes fundos são semelhantes àqueles de toda administração pública. As decisões quanto às quantias podendo ser comprometidas para cada exercício financeiro são tomadas com base nas previsões estabelecidas nos documentos de estratégia regional e nacional (de janeiro à dezembro para os programas criados por um regulamento e de maio à abril para o FED).

Estas quantias são integradas ao orçamento anual da UE, na coluna « créditos de compromisso ». A evolução dos compromissos anuais abertos e em vigor em cada setor determina a segunda coluna do orçamento comunitário, aquela dos “créditos de pagamento”, quer dizer as quantias que poderão ser efetivamente desbloqueadas em cada exercício.

O apoio orçamentário na sua modalidade de enfoque setorial é um dos mecanismos que permite reforçar as sinergias dos diferentes doadores, compreendendo neste caso, os outros organismos internacionais como o Banco Mundial ou as diferentes agências do sistema das Nações Unidas, essencialmente o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

A descentralização da ajuda exterior da CE, de agora em diante administrada pelas Delegações da Comissão europeia, representa um passo de importância indiscutível em direção de uma coordenação da ajuda ao desenvolvimento do conjunto da comunidade internacional com vistas à uma maior eficiência desta, o que significa uma evolução importante reconhecida por todos os parceiros e por todos os países beneficiados pela ajuda internacional.

## 5 O NOVO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO AO DESENVOLVIMENTO

Passamos a analisar a criação e implementação do novo instrumento de cooperação ao desenvolvimento que tem como uma das prioridades a promoção da coesão social na América latina.

Quando a Espanha e Portugal aderiram à União Europeia eles puderam veicular seu interesse em ampliar o esquema de cooperação comunitário à América Latina. As discussões internas da CE, cujo objetivo era o de estabelecer uma base legal para esta cooperação, resultaram na adoção do regulamento<sup>9</sup> PVD-ALA

<sup>9</sup> *Regulamento (CEE) nº 443/92 do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativo à ajuda financeira e técnica e à cooperação econômica com os países em desenvolvimento da América Latina e da Ásia. JO L 52 du 27.02.1992. « Este regulamento visa a ampliação da cooperação comunitária com os países em desenvolvimento da América Latina e da Ásia (PVD-ALA). Esta cooperação contém uma ajuda financeira e técnica e uma cooperação econômica. Ela dá prioridade à promoção dos direitos humanos e à democratização, assim como à gestão correta da administração pública, à proteção*

443/92 (países em desenvolvimento da América Latina e da Ásia), o instrumento de referência para a execução das ações da UE nestes dois continentes.

Entre 2006 e 2007, a situação mudou radicalmente do ponto de vista regulamentar. A União Européia equipou-se de um conjunto de regulamentos chamados « instrumentos ».

A América latina está garantida pelo instrumento de cooperação ao desenvolvimento (ICD)<sup>10</sup> que substitui o antigo regulamento geográfico PVD/ALA 443/92.

O ICD é o instrumento específico que cobre o período que vai de 2007 à 2013 correspondente às atividades programáveis de cooperação da UE com a América Latina.

Ao período mencionado corresponde uma dotação orçamentária total de 16,89 bilhões de euros, dos quais 2,69 bilhões são destinados à cooperação com a América Latina. Cuba faz parte pela primeira vez da lista de países potencialmente beneficiários desta região.

O ICD prevê a realização de ações de desenvolvimento geográfico em torno da definição das prioridades para cada região que ele engloba e o envio da ajuda financeira às regiões onde ele é aplicado.

No que concerne a América Latina, as prioridades são a promoção da coesão social; o apoio ao processo de integração regional; o apoio ao reforço

---

do ambiente, à liberalização do mercado e ao reforço da dimensão cultural. O regulamento considera como condições prévias ao desenvolvimento o respeito e o exercício efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Os países que se engajam neste sentido recebem apoio Comunitário crescente. Por outro lado, a Comunidade poderá modificar e mesmo suspender sua cooperação com os países em questão, que violem de maneira fundamental e persistente os direitos humanos e os princípios democráticos. Neste caso, a cooperação se limitaria somente às ações beneficiando diretamente os grupos de população em estado de necessidade. A ajuda financeira e técnica e a cooperação econômica estão abertas à todos os PVD-ALA. Ademais dos países e regiões, podem também se beneficiar e ser parceiros, segundo os projetos propostos, as administrações descentralizadas, os organismos regionais, as agências públicas, os institutos e os operadores privados, o que engloba também as cooperativas e as ONGs »

<sup>10</sup> Regulamento (CE) n° 1905/2006 do Parlamento europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2006, sobre o estabelecimento de um instrumento de financiamento da cooperação ao desenvolvimento. JO L 378 de 27.12.2006. « Este regulamento substitui o regulamento (CEE) n° 443/92 e é a base legal da ajuda para o período 2007 - 2013. Ele estabelece um instrumento de financiamento da cooperação ao desenvolvimento (ICD), que substitue o conjunto de instrumentos geográficos e temáticos criados durante o passar dos anos e ao sabor das necessidades, com o objetivo de melhorar a ajuda ao desenvolvimento. No âmbito deste instrumento, as Comunidades européias financiam medidas visando o apoio aos países em desenvolvimento que se encontram na lista dos países beneficiários da ajuda do Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento (CAD) da organização da Cooperação e do Desenvolvimento Econômicos (OCDE). Estes países estão enumerados no anexo I do regulamento. O regulamento anuncia que a política de cooperação ao desenvolvimento da Comunidade é guiada pelos objetivos do Milênio para o desenvolvimento (OMD) e que o quadro geral da ação da Comunidade está fixado pelo « Consenso europeu ». Ademais, ele afirma que os objetivos desta política são a redução da pobreza, o desenvolvimento econômico e social sustentável, assim como a inserção progressiva dos países em desenvolvimento na economia mundial”.



das Instituições públicas ; o apoio à criação de um espaço comum de educação superior e finalmente a promoção do desenvolvimento sustentável.

No que toca a cooperação, a UE consagra desde 1996 uma média de 450 milhões de euros cada ano (além das contribuições bilaterais dos Estados Membros) aos programas e projetos implementados na região. A criação do novo instrumento de cooperação viria melhorar a gestão dos fundos públicos europeus para o desenvolvimento dos países terceiros.

Quanto às relações políticas, desde a Reunião de Cúpula do Rio em 1999, a UE tentou reforçar os vínculos políticos, econômicos e culturais entre a América Latina e Caraíbas com o objetivo de desenvolver uma parceria estratégica.

Esta parceria permitiria o aprofundamento das relações entre as duas regiões, mesmo se suas relações apoiam-se, como vimos anteriormente, em diferentes bases jurídicas e financeiras comunitárias. Uma parceria visando sobretudo melhorar a situação da sociedade civil dos países da América Latina.

A recente ampliação à doze novos Estados Membros favoreceria uma certa “liberalização” das prioridades políticas externas assim como uma atenção reforçada ao diálogo político com os países de outras regiões beneficiários da ajuda externa, dos quais faz parte a América Latina.

A União Européia aposta seriamente no multilateralismo e assim sendo poderá melhorar e aprofundar suas relações com a América Latina, pois a valorização de fenômenos tais como a integração regional e a melhoria dos parâmetros de coesão social na região serão benéficos à meio termo tanto para a comunidade internacional, incluindo a União Européia, como para os diferentes Estados da América Latina.

## 6 A POLÍTICA DA UNIÃO EUROPÉIA NO SETOR DA COESÃO SOCIAL

A União Européia compartilha com a América Latina numerosos valores sociais, políticos e culturais. O respeito pelos direitos humanos e pelos princípios democráticos, o Estado de Direito e o primado da lei, a economia de mercado, a distribuição equitativa dos benefícios e dos ônus da mundialização, bem como das vantagens resultantes das novas tecnologias. Apesar da difícil história recente de alguns dos países da região, a UE desenvolveu e manteve vínculos com a América Latina desde os anos sessenta.

Porém, é a partir da adoção do já mencionado regulamento PVD-ALA, adotado em 1992 e substituído pelo ICD, que estas relações entre as duas regiões se vão poder institucionalizar e aprofundar no terreno da cooperação política e comercial<sup>11</sup> da ajuda ao desenvolvimento<sup>12</sup>. Este regulamento constitui a base sobre a qual se

---

<sup>11</sup> A cada dois anos uma reunião de Cúpula é organizada entre os países ALC e UE. A última foi feita em Lima, Perú, em maio de 2008.

<sup>12</sup> A Comissão apoia os países latino-americanos através do IDC, que entrou em vigor em janeiro de 2007.

construiu, ao longo dos últimos anos, toda uma série de acordos específicos bilaterais e «birregionais» que permitiram à UE, por exemplo, partilhar a sua experiência de integração regional com o MERCOSUL ou a Comunidade Andina.

Independentemente da cooperação pontual entre a UE e cada país ou grupo de países latino-americanos, a política global inscreve-se atualmente na chamada «Associação Estratégica Biregional» da UE com a América Latina e os países das Caraíbas (ALC). Esta associação iniciou-se em 1999 com a primeira Reunião de Cúpula de Chefes de Estado e de Governo realizada no Rio de Janeiro<sup>13</sup> (Brasil) em 1999 e continuou com Reuniões de Cúpula periódicas similares como a de Madrid<sup>14</sup> (Espanha) em 2002 e a de Guadalajara<sup>15</sup> (México) em 2004 e a de Viena<sup>16</sup> (Áustria) em 2006. Entre os eixos desta associação figuram o aprofundamento do diálogo político e a cooperação econômica, científica e cultural. Também se consideram objetivos prioritários desta associação a consolidação dos laços comerciais e a inserção harmoniosa de todos os protagonistas na economia mundial.

Se no Rio, em 1999, se lançou a mencionada Iniciativa de Associação Estratégica, em Madrid em 2002 puderam reforçar-se os laços políticos, econômicos e culturais através de uma declaração política assinada pelos trinta e três países da América Latina e das Caraíbas e pelos quinze da União Européia. Madrid foi também uma oportunidade para a realização de negociações do Acordo de Associação entre o Chile e a União Européia, que instaura um diálogo político e de cooperação e, como novidade, contempla o estabelecimento progressivo de uma zona de livre comércio. Também se puseram em marcha os programas “regionais” ALBAN e LIS e renovou-se o apoio ao chamado “Plano de Ação do Panamá” (1999) de luta contra a droga, baseado na responsabilidade compartilhada.

A Reunião de Cúpula de Guadalajara, como se disse, impulsionou a cooperação estratégica no terreno da coesão social, cujos indicadores para a América Latina figuram entre os mais baixos do mundo. Como afirmou Chris Patten, membro da Comissão Européia responsável pelas relações externas em 2004, “a luta contra a desigualdade e a construção de sociedades mais coesas e justas são as prioridades supremas não só para a América Latina como também para a UE.” Em 1999, 15% dos habitantes da UE viviam próximo do limiar de pobreza e mais de metade deles (33 milhões de pessoas nos quinze Estados-Membros) viviam com este risco de maneira persistente<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> O objetivo da primeira Reunião de Cúpula dos países ALC/UE foi o de reforçar as relações biregionais em matéria política, econômica e cultural, nos dias 28 e 29 de junho de 1999, Rio de Janeiro, Brasil.

<sup>14</sup> Os países ALC/UE deram continuidade ao diálogo biregional através da segunda Reunião de Cúpula, em Madrid, Espanha em maio de 2002.

<sup>15</sup> Consolidação da estratégia de parceria através da Terceira Reunião de Cúpula ALC/UE, em Guadalajara, México, em 28 e 29 de maio 2004

<sup>16</sup> A quarta Reunião de Cúpula ALC/UE foi feita em Viena, com a mesma intenção que as precedentes, ou seja fortalecer o diálogo biregional. Viena, Áustria, maio de 2006.

<sup>17</sup> “*But the problems of social cohesion are ever more acute in the Latin American continent. On a scale of 0 to 100, where 100 represents total inequality, Latin America sits at 53.9, much higher than the world’s average (38), and even higher than Africa! The World Bank estimates that the richest 10% of the population*

Contudo, os problemas de coesão social são mais agudos na América Latina. Numa escala de 0 a 100, em que 100 representa a desigualdade absoluta, a América Latina situa-se no nível 53,9, muito mais elevado do que a média mundial (38) e inclusive mais elevado do que na África. Segundo estimativas do Banco Mundial, os 10% mais ricos da população da América Latina desfrutam de 48% dos rendimentos totais, enquanto os 10% mais pobres recebem apenas 1,6%. Tal como manifestou o Banco Inter-americano de Desenvolvimento<sup>18</sup> (BID), se a riqueza gerada na América Latina estivesse distribuída como na Ásia, a pobreza na região seria apenas um quinto do que é na realidade.

A importância destes dados não se refere unicamente aos domínios humanitários ou de justiça social. A redução da população pobre pela metade significaria duplicar o tamanho do mercado e aumentaria o grau de compromisso social dos que são atualmente marginalizados pelo sistema democrático. Não se pode esperar um crescimento persistente num ambiente de forte desigualdade social. Em Guadalajara falou-se de medidas sociais e fiscais que contribuam para “romper o curso da história” como apontava um estudo do Banco Mundial sobre a região, publicado em Outubro de 2003.

A necessidade de aprofundar as medidas de democratização, a aprendizagem dos cidadãos a reclamarem os seus direitos sem utilizar a violência, a eficácia das instituições democráticas, a independência do poder judicial e a transparência dos processos eleitorais são algumas das áreas inventariadas pela UE para que Guadalajara mostre um caminho a percorrer em comum por todos os países da América Latina e das Caraíbas com o apoio e a ajuda da UE. São medidas que devem preceder o longamente esperado arranque económico da região e o cumprimento das expectativas que a maioria dos países da região vem defraudando há demasiado tempo, apesar das riquezas naturais e do inegável capital humano.

Guadalajara também manifestou de novo a vontade comum de fomentar um sistema internacional baseado nos princípios do multilateralismo, vontade traduzida na prática pelas posições convergentes de ambas as partes em torno do Protocolo de Quioto ou do Tribunal Penal Internacional, para citar os dois exemplos mais importantes dos últimos anos. Reforçou-se também o compromisso da UE em apoiar a integração regional, incluindo o estabelecimento de Acordos de Parceria Económica (APE) e em colaborar no reforço institucional dos países da América Latina e das Caraíbas tendo em vista a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA).

A Reunião de Cúpula de Viena em maio de 2006 reforçou a Associação estratégica entre as duas regiões e anunciou uma maior cooperação no âmbito da

---

*of Latin America earn 48% of total income, while the poorest tenth earn only 1.6%. And as the Inter American Development Bank has pointed out, if income in Latin America were distributed as it is in the countries of South East Asia, poverty in the region today would be a fifth of what it actually is". Extrato do discurso de Chris Patten.*

<sup>18</sup> O Banco Inter-americano de Desenvolvimento financia grandes projetos de desenvolvimento nos países da América Latina e Caraíbas.

educação, especialmente entre Universidades, com o fortalecimento político de um “espaço comum de educação superior”. Na espera de um novo instrumento de cooperação, esta última reunião de cúpula produziu expectativas significativas em matéria de cooperação e se renovaram as intenções para conseguir avançar na liberalização do comércio, incluindo o de matérias energéticas. O programa regional EUROsolar é fruto destas reflexões.

A Reunião de Cúpula de Lima em maio de 2008 continuou incluindo medidas para a diminuição da pobreza na América Latina, com o objetivo de contribuir para a construção de sociedades mais justas. Na Declaração de Lima, os Chefes de Estado e de Governo da América Latina, do Caribe e da União Européia reafirmam sua intenção de continuar “respondendo juntos às prioridades de seus povos”.

Ficou decidido que se centrará as políticas de desenvolvimento em torno de desafios importantes, como a pobreza, a desigualdade e a necessidade de se obter sociedades mais inclusivas. Nesta mesma declaração, os Chefes de Estado e Governos reunidos confirmaram que é uma prioridade a luta contra a pobreza, a desigualdade e a exclusão para se alcançar ou aumentar a coesão social.

Neste sentido, decidiram formular uma série de medidas concretas a serem aplicadas nos países, nas sub-regiões ou na região latino-americana fomentando a utilização coerente dos recursos públicos ou privados que venham completar a cooperação biregional e outros mecanismos internacionais de financiamento do desenvolvimento.

Estas medidas foram estabelecidas no sentido de se gerar, através de políticas fiscais responsáveis e adequadas, programas sociais que permitam atingir os Objetivos do milênio para 2015 e as metas complementares assumidas pelos países ALC para o ano 2020.

Durante décadas, os principais doadores mundiais consideraram como prioridade o financiamento de projetos de desenvolvimento social sobretudo em zonas rurais. Atualmente, os doadores da ajuda ao desenvolvimento tentam reorganizar os parâmetros da cooperação. Um dado significativo foi a reestruturação das linhas temáticas de financiamento da UE, onde uma das grandes novidades foi a criação do programa “Investindo no cidadão”.

O Brasil como país de renda média, pouco se beneficia dos projetos da ajuda pública européia, tendo desenvolvido seus próprios programas, como o “fome zero” ou o “bolsa família”. Além do mais, o Brasil é também país doador, financiando projetos em países em grandes dificuldades.

No que toca os elementos de transversalidade, o Brasil implementa programas de educação básica e universitária incluindo indicadores de gênero, as minorias indígenas recebem ajuda do Governo na luta pelo reconhecimento de seus direitos e o Plano PPG7 co-financiado pela linha orçamentaria horizontal da UE obteve bons resultados.

O exemplo brasileiro de melhoria de sua coesão social interna o capacita em participar da mesa de negociações podendo influir junto à UE na articulação

programática contendo o conceito de coesão social. A conjuntura atual parece propícia para que o Brasil ocupe um papel importante na cena latino-americana e internacional diante dos grandes desafios como a erradicação da pobreza.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jornal oficial C 46 de 24/02/2006. O Consenso Europeu para o desenvolvimento.

COM (90) 176 final: Guidelines for Cooperation with the Developing countries in Latin America and Asia.

COM(2007) 349 final : Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu de 21/06/2007 - Relatório anual 2007 sobre a política de desenvolvimento da Comunidade europeia e a implementação da ajuda exterior em 2006.

COM(2006) 326 final : Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu de 22/06/2006 – Relatório anual 2006 sobre a política de desenvolvimento da Comunidade europeia e a implementação da ajuda exterior em 2005.

COM(2000) 456 final : Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu de 18/07/2000, sobre o desenvolvimento do serviço exterior.

Regulamento (CEE) nº 443/92 do Conselho, de 25/02/1992, relativo à ajuda financeira e técnica e à cooperação econômica com os países em desenvolvimento da América Latina e Ásia. JO L 52 de 27.02.1992

- Regulamento (CE) nº 1905/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, 18/12/2006, sobre a criação de um instrumento de financiamento da cooperação ao desenvolvimento. JO L 378 de 27.12.2006.

- Declarações das Reuniões de Cúpula do Rio (1999), Madrid (2002), Guadalajara (2004), Viena (2006) e Lima (2008).

- Discurso de Chris Patten, Comissário encarregado das Relações exteriores da Comissão Europeia em 2004, sobre a luta contra a desigualdade e a construção de sociedades mais coesas e justas na América Latina.





# JUSTIFICAÇÃO RACIONAL, IDÉIA DE DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALIDADE

---

*Reginaldo Rodrigues da Costa<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo multicultural, onde há diferentes formas de vida, com diferentes tradições culturais e com diferentes concepções acerca da idéia dos direitos, de modo que hoje não podemos contar com um reconhecimento universal da idéia e do conteúdo dos Direitos Humanos. No entanto, a idéia de Direitos Humanos parece ser a idéia fundamental à luz da qual podemos tentar, nos tempos atuais, justificar a pretensão deontológica de validade das normas e das instituições jurídicas. Porém, do ponto de vista filosófico, permanece em aberto a questão sobre se é possível legitimar racionalmente a pretensão universal de validade dos Direitos Humanos. Ora, se não pudermos justificar de forma racionalmente aceitável, perante todos os afetados e afetáveis, a pretensão à validade deontológica universal dos Direitos Humanos, essa pretensão será dogmática e arbitrária, mesmo havendo seu reconhecimento e sua institucionalização fáticos. Do ponto de vista de uma razão suficientemente crítica, o mero reconhecimento e a mera institucionalização fáticos, mesmo universais, não podem funcionar como critério suficiente de validade para os Direitos Humanos.

Nesse contexto, surgem as seguintes questões: 1) Se não temos uma justificação racional dos Direitos Humanos capaz de reconhecimento racional por parte de todos os afetados e afetáveis, devemos torná-los mais valorosos do que o que pensam e vivem as diferentes culturas e tradições? 2) Não seria isso algo arbitrário, na medida em que valores (Direitos Humanos), não suficientemente justificados para todos, seriam impostos autoritativamente para todos, desrespeitando desse modo a autonomia dessas culturas, que deveriam

---

<sup>1</sup> Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS, Professor de Ética Contemporânea e de Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE, Professor de Filosofia do Estado do Mestrado em Direito da UFC e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Membro do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos e Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos.

poder eleger seus valores e com isso determinar seus direitos e os fundamentos desses direitos? 3) Se essa idéia de direitos humanos não está racionalmente suficientemente justificada por e para todos os afetados, como poderá ela ser posta como limite para a prática da autodeterminação dos povos e das culturas? A idéia de Direitos Humanos pode, portanto, chocar-se com a idéia de soberania popular e com a idéia de direito à diversidade cultural.

Assim sendo, se a idéia de Direitos Humanos (e seu conteúdo) não for justificada com razões suficientes (capazes de obter o reconhecimento racional de todos) para todos os afetáveis e afetados, ela ao estabelecer limites às culturas e à soberania dos povos o fará de forma autoritativa e arbitrária e, por conseguinte, de forma não válida do ponto de vista da razão. Nessa perspectiva, sustentamos a tese de que há em nossa época e em nosso mundo multicultural a necessidade de uma justificação racional suficiente da idéia e do conteúdo dos Direitos Humanos, que estabeleça sua validade, sua extensão e limites, sob pena da idéia e do conteúdo dos Direitos Humanos serem postos como uma forma autoritativa e arbitrária de desprezar a autonomia dos povos e o direito à diversidade cultural.

O final do século XX e o início do século XXI proporcionam o surgimento de uma nova civilização, uma civilização planetária que se caracteriza, sobretudo, por uma maior interconexão dos seres humanos e destes com a vida planetária como um todo. Essa interconexão planetária permitiu a estruturação de uma economia global, elaborada através de processos de integrações econômicas e políticas, que provocou mudanças profundas na vida cotidiana dos indivíduos, das tradições culturais e dos povos da terra.

Uma das conseqüências consiste na interdependência das diversas culturas, que se aproximam cada vez mais, apesar da diversidade cultural. Ora, apesar dessa diversidade cultural, pela primeira vez na história da humanidade o destino de cada homem e de cada cultura está diretamente associado ao destino de todos os homens e culturas da terra. Assim sendo, não se pode mais pensar o debate acerca da pretensão de legitimidade da idéia de direitos humanos sem considerar a diversidade e o pluralismo culturais, o que implica na necessidade de uma justificação racional da idéia de direitos humanos frente à diversidade cultural.

## 2 A NECESSIDADE DE UMA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO DESAFIO DA MULTICULTURALIDADE.

Vivemos, atualmente, em um mundo multicultural onde há diferentes formas de vida, com diferentes tradições culturais e com diferentes concepções acerca da idéia dos direitos, de modo que o pluralismo cultural constitui, hoje, um aspecto essencial no debate acerca dos direitos humanos. Importa, porém, frisar que a controvérsia intercultural sobre os direitos humanos não



é nova<sup>21</sup>, embora - devido ao intercâmbio e à interdependência das culturas advindos do processo de integração planetária, mediado pela revolução científico-tecnológica, e de forma mais acelerada no século XX - a problemática assumiu um maior dimensionamento, haja a vista que pela primeira vez na história da humanidade o destino de cada cultura está associado ao destino de cada outra cultura.

No século XX nós construímos de forma mais acentuada e mais acelerada uma civilização planetária, uma civilização global, isto é, uma civilização em que pela primeira vez na história da humanidade o destino de cada homem está associado ao destino de todos os outros homens, pois a ciência e a tecnologia propiciaram ao homem do século XX e do século XXI um poder demasiado grande, de tal modo que as conseqüências de suas ações e omissões têm alcance planetário, haja a vista conseqüências como: a poluição ambiental, o desgaste da camada de ozônio, o efeito estufa, a ameaça de esgotamento da biosfera, a ameaça do esgotamento as reservas energéticas, a ameaça de uma guerra nuclear de extermínio, etc<sup>32</sup> que podem até mesmo levar à extinção da vida humana no planeta.

Isso tem como implicação, entre outras coisas, que há a necessidade urgente da cooperação solidária dos indivíduos, das culturas e nações na fundamentação de direitos intersubjetivos, transnacionais, suscetíveis de consenso racional, que sirvam de parâmetro mínimo para as relações entre indivíduos, culturas e nações<sup>43</sup> de modo a evitar não só a arbitrariedade do poder estatal sobre os indivíduos humanos (e as minorias), mas, também, ao mesmo tempo, evitar uma iminente destruição da própria coletividade humana (que pode ocorrer, por exemplo, através de uma guerra nuclear de extermínio ou através do desequilíbrio do ecossistema planetário gerado pela crise ecológica causada pelo modelo moderno de produção industrial).

Apesar da necessidade de uma orientação normativa transnacional e transcultural, que seja capaz de estabelecer um padrão mínimo de direitos, que seja capaz, por conseguinte, não só de salvaguardar contra a arbitrariedade (do mais forte ou do detentor do poder) os indivíduos e as minorias, mas, também, a humanidade como todo, questiona-se e há controvérsias sobre a validade universal de direitos (inclusive direitos humanos) para todos os homens e culturas. Ora, "Um pólo dessa controvérsia é formado por posições que dão relevância ao cultural, posicionando-se de maneira cética ou até contrária aos direitos humanos"<sup>54</sup>. Esse pólo chega até mesmo a defender a tese de que os direitos humanos são a grande expressão do pensamento individualista e

<sup>2</sup> Conforme Bielefeldt "A discussão intercultural sobre direitos humanos tem tradição e remonta pelo menos ao século XIX". Cf. em BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p. 24.

<sup>3</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp 173-225.

<sup>4</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. Op. Cit., pp. 173-225.

<sup>5</sup> BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 24.

antropocêntrico da cultura ocidental e não podem, por princípio, ser transferidos para culturas e religiões não ocidentais caracterizadas por alicerçarem-se em orientações comunitárias, ao invés da orientação individualista, liberal, (como é o caso da cultura ocidental moderna)<sup>65</sup>

Essa crítica não é de todo inconsistente. No entendimento de Perelman, o individualismo e a doutrina dos direitos do homem, que é sua expressão contundente, é uma concepção burguesa que se impôs à consciência ocidental no século XVII e, sobretudo, no século XVIII<sup>76</sup>. Se Perelman tem razão, cabem, então, os seguintes questionamentos: será a idéia de direitos humanos apenas a expressão de uma cultura burguesa, centrada no individualismo burguês, e, por conseguinte, uma expressão voltada para os interesses particulares da sociedade burguesa?; se assim for, então, não seria a idéia de direitos humanos apenas a expressão de uma cultura particular (a cultura ocidental burguesa) que quer se impor, arbitrariamente, e despoticamente, inclusive pela força, a todas as outras culturas (inclusive, a culturas com orientações comunitárias) como o padrão universalmente válido de cultura?

A superação do ponto de vista comunitário ou cultural acerca dos direitos e, portanto, da tese de que cada cultura deve determinar seus direitos, independentemente de pressões transculturais, só pode dar-se em nome de valores com pretensão de aceitação universal, como é o caso da idéia de direitos humanos. Ora, a idéia de direitos humanos implica na atribuição de direitos a cada ser humano – enquanto tal – independentemente dos valores da cultura ou da tradição nas quais cada ser humano está inserido e, inclusive, independentemente do sistema de direitos ou do poder político soberano ao qual cada ser humano está submetido; importa, porém, lembrar que cada cultura particular pode eleger dogmaticamente e arbitrariamente, seus valores, inclusive, sua compreensão sobre que direitos devem ser como padrão universal de valores e, por conseqüência, como padrão universal de direitos.

Nesse horizonte, se os defensores da idéia de direitos humanos como direitos universais, inalienáveis, não pretendem que essa idéia deva ser tomada apenas como uma forma de expressão cultural particular, que pretende autoritativamente e arbitrariamente colocar-se como padrão universal de correção normativa, então, devem justificá-la como idéia racionalmente aceitável perante todo e qualquer interlocutor que lhe faça qualquer objeção. Isso tem como implicação que se não pudermos justificar de forma racionalmente aceitável, perante todos os afetados e afetáveis, a pretensão à validade deontológica universal dos direitos humanos, essa pretensão será dogmática e arbitrária, mesmo havendo seu reconhecimento e sua institucionalização fáticos, pois, do ponto de vista de uma razão suficientemente crítica, o mero reconhecimento ou a mera institucionalização fáticos, mesmo universais (o que não é o caso), não podem funcionar como critério suficiente de validade para os direitos humanos

<sup>6</sup> Cf. em BIELEFELDT, Heiner. Op. Cit., pp. 24 e 25.

<sup>7</sup> Cf. em PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 406.

Como mencionamos, anteriormente, a idéia de direitos humanos implica na atribuição de direitos a cada ser humano – enquanto tal – independentemente dos valores da cultura ou da tradição nas quais cada ser humano está inserido e, inclusive, independentemente do sistema de direitos ou do poder político soberano ao qual cada ser humano está submetido. É nesse contexto, que emergem as seguintes questões: que é o ser humano enquanto tal, isto é, para além das culturas e tradições?; é possível conhecer o ser humano quanto tal, para a partir daí identificar os direitos que lhe são inerentes?

Ora, se a tese da universalidade dos direitos humanos implica em sua validade para o ser humano enquanto tal, independentemente do que pensam a cultura e a tradição na qual esse ser humano está inserido, então, seus defensores devem justificar racionalmente perante todo e qualquer opositor (ou contra-argumento) um conhecimento universalmente válido do ser humano enquanto tal, pois, caso contrário, a pretensão de universalidade desses direitos seria, do ponto de vista da razão, arbitrária e irracional.

A idéia de direitos humanos universalmente válidos - atribuídos aos indivíduos humanos enquanto tais - parece, pois, pressupor uma ontologia, isto é, um conhecimento do ser humano enquanto tal, conhecimento esse que se sobrepunha às diversas concepções histórico-culturais acerca do ser humano, que, na mesma medida em que não correspondam ou concordem com esse conhecimento do ser humano enquanto tal, serão consideradas equivocadas ou errôneas e, por conseguinte, consideradas inadequadas como base para a formulação de direitos válidos. Mas será possível esse conhecimento do ser humano enquanto tal?

Conforme o entendimento de Kant, é impossível a ontologia enquanto conhecimento válido, o que tem como conseqüência necessária a impossibilidade de se conhecer o ser humano enquanto tal, o que em nosso contexto, conforme o argumento anteriormente apresentado, traz como conseqüência a impossibilidade de uma justificação racional da pretensão de universalidade dos direitos humanos. Vejamos, então, a seguir, a explicitação da tese kantiana.

Com Kant, e sua reviravolta copernicana do pensamento, a razão ocidental despertou de seu sono dogmático e assumiu sua tarefa crítica, ou seja, com Kant a problemática da validade se tornou uma problemática fundamental<sup>87</sup>. Assim sendo, se antes de Kant, sem um exame crítico, nós partíamos do pressuposto de que as determinações do pensar são determinações das coisas e que, por conseguinte, o saber verdadeiro se fazia enquanto ontologia (e seria capaz de conhecer o ser humano enquanto tal), depois de Kant se coloca de forma radical

<sup>8</sup> Conforme Reginaldo da Costa, "Kant pretende na *Crítica da Razão Pura* examinar a gênese e a validade das proposições da razão pura, principalmente, quando esta se aventura a ultrapassar os limites da experiência possível, como é o caso da metafísica ou ontologia clássica. Este exame pretende verificar o status de cientificidade das proposições metafísicas" (Conferir em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006.), de forma a esclarecer se é realmente possível a pretensão de validade científica de um conhecimento ontológico.

a problemática dos limites do conhecimento humano e, nessa perspectiva, a impossibilidade de se fazer ontologia (e de se conhecer o homem enquanto tal) enquanto conhecimento válido<sup>98</sup>.

Se nós não podemos fazer ontologia, devido aos limites do conhecimento humano, então, a pretensão à verdade não pode mais ser pensada como correspondência do pensar com o real, do pensar com as coisas tal qual elas são em si mesmas (inclusive, o homem como ele é em si mesmo). Ora, a conclusão das reflexões de Kant é de que nós só podemos conhecer o fenômeno e que, por conseqüência, toda pretensão ontológica é dogmática e ingênua, de onde podemos concluir que não se pode derivar do conhecimento do ser humano enquanto tal a idéia de direitos humanos<sup>109</sup>.

A partir de Kant pode-se dizer, portanto, que toda pretensão a um saber ontológico de modelo correspondencial é anticientífica – na medida em que ignora a mediação da subjetividade humana e seus limites – e é nessa perspectiva que podemos afirmar a impossibilidade de uma ontologia jurídica, como, também, a impossibilidade de se pensar um direito natural ontológico<sup>110</sup> (inerente ao homem enquanto tal) válido por si mesmo, em todos os tempos, independentemente da vontade racional dos homens, pois, se existe tal direito

<sup>9</sup> Kant procura demonstrar que nosso conhecimento se refere apenas aos fenômenos e não às “coisas em si”, pois os princípios da razão pura têm como limites a sensibilidade e suas formas *a priori*, de modo que não podemos conhecer o supra-sensível, ou essência, como pretendia a metafísica clássica. Na parte analítica da *Crítica da Razão Pura* Kant demonstrará que espaço e tempo são formas da intuição sensível, ou seja, condição da existência das coisas enquanto fenômenos e que só possuímos conceitos do entendimento, logo, juízo, conhecimento, quando nos for dada a intuição correspondente a estes conceitos. A partir daí, se conclui que não podemos conhecer os objetos como “coisa em si”, mas apenas como objetos de intuição sensível, o que traz como conseqüência que não podemos conhecer o homem enquanto tal, para a partir daí derivar direitos (direitos humanos, por exemplo) inerentes a ele e, por conseguinte, universalmente válidos. (Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2006; Conferir, também, em KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997).

<sup>10</sup> A partir de Kant pode-se dizer, portanto, que toda pretensão a um saber ontológico de modelo correspondencial é anticientífica – na medida que ignora a mediação da subjetividade humana e seus limites – e é nessa perspectiva que podemos afirmar a impossibilidade de uma ontologia jurídica, como, também, a impossibilidade de se pensar um Direito natural ontológico (inerente ao homem enquanto tal) válido por si mesmo, em todos os tempos, independentemente da vontade racional dos homens, pois, se existe tal direito natural ontológico (direitos humanos) válido em si mesmo, nós, devido aos limites da razão e do conhecimento humano, não podemos conhecê-lo. (Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. Op. Cit.)

<sup>11</sup> Conforme Reginaldo da Costa, “em uma perspectiva kantiana, não podemos fazer uma ontologia jurídica de cunho científico, pois, se não se não podemos conhecer as coisas em si, menos ainda podemos conhecer o direito em si, independente de nossas mediações subjetivas. Todo o direito que podemos conhecer é constituído através da mediação da subjetividade, de modo que se há um direito natural de cunho ontológico, não podemos conhecê-lo, pois a razão teórica ao tentar ultrapassar o campo dos fenômenos jurídicos e querer conhecer a essência do direito (o direito em si) apenas confunde suas idéias sobre o direito com a realidade sobre o direito (essência do direito), caindo em uma ilusão metafísica, na mesma medida em que não tem consciência de seus limites e, portanto, é ingênua e pré-científica” (Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. COSTA, Op. Cit.).

natural ontológico (direitos humanos) válido em si mesmo, nós, devido aos limites da razão e do conhecimento humano, não podemos conhecê-lo<sup>1211</sup>.

Kant, no entanto, defende a idéia de um direito natural universalmente válido, pois, para ele, a faticidade da razão transcendental aponta para a idéia universal e necessária (idéia a priori) da liberdade como fundamento de todos os direitos e, por conseguinte, como fundamento para a idéia de direitos humanos universalmente válidos. Kant parece, portanto, resgatar a possibilidade de uma justificação racional da pretensão à validade universal de direitos humanos, o que poria em cheque a pretensão de que a idéia de direitos humanos é apenas um valor particular da cultura burguesa ocidental que pretende se impor como universal para todas as culturas humanas, presentes e futuras.

Para Apel, porém, a fundamentação da moral e do direito em Kant é dogmática e, por conseguinte, insustentável racionalmente. Ora, Conforme Apel, no começo da *Crítica da Razão Prática* Kant teve que renunciar a uma fundamentação transcendental de validade da lei moral (e, por consequência, a uma fundamentação transcendental do direito) exigida na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, e conformar-se com o mero estabelecimento de um *factum* evidente da razão, caindo, portanto, em uma falácia naturalista<sup>1312</sup>.

Kant estabelece, pois, como fundamento da lei moral e, por conseguinte, do direito uma liberdade e uma autonomia de caráter metafísico, isto é, algo que não pode ser conhecido, porquanto ultrapassa o campo dos fenômenos, ou demonstrado, porquanto é posto como uma idéia necessária de uma razão dogmaticamente posta, que é apresentada apenas como um *factum* evidente. Podemos dizer, então, que Kant cai em uma má circularidade e se vê obrigado a renunciar à fundamentação transcendental da razão e, portanto, da lei moral racional, posta como necessária por essa razão; ora, se a razão é apenas um *factum*, por consequência, a fundamentação transcendental do direito e da idéia de direito natural universalmente válido (direitos humanos), feitos por essa razão, se torna presa do pensar metafísico dogmático e acrítico que ele próprio tanto tentou superar a partir do momento em que, após as leituras de Hume, acordou de seu sono dogmático<sup>1413</sup>.

Uma outra crítica que se poderia fazer à fundamentação dos direitos humanos em Kant se deve ao caráter solipsista e ahistórico da razão por ele pensada. Para Kant

<sup>12</sup> No entendimento de Reginaldo da Costa, “Se Kant tem razão, ou seja, se nosso conhecimento científico está circunscrito ao campo dos fenômenos, então, qualquer tentativa de efetivar uma ontologia jurídica, ou de propor um direito natural de cunho ontológico, é uma tentativa acrítica e dogmática, porquanto pressupõe uma racionalidade que não se fez crítica o suficiente para conhecer sua extensão e seus limites. Ora, essa racionalidade com pretensões ontológicas no campo dos fenômenos jurídicos, isto é, que pretende a ontologia jurídica enquanto ciência, presta um desserviço à ciência, pois conduz a ciência ao descrédito na mesma medida em que pretende verdades absolutas (ontológicas) sobre o que não pode ser objeto de conhecimento: a essência do Direito ou o Direito tal como é em si mesmo” (Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio - São Paulo- Fortaleza: ABC Editora, 2006).

<sup>13</sup> Cf. em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>14</sup> Cf. em COSTA, Reginaldo da. Op. Cit.

a consciência ou o sujeito é a mediação fundamental e uma vez que, em sua concepção, a estrutura da subjetividade é a mesma para todos os homens, o que resulta dessa subjetividade tem caráter universal e é válido *a priori*, e em todos os tempos, para todos os homens. Assim sendo, solipsisticamente, ou seja, sem precisar consultar os outros homens e chegar a um entendimento ou a um acordo racional com eles, o sujeito humano pode chegar a resultados válidos universalmente para o pensar e o agir de todos os homens (como é o caso da pretensão à validade universal dos direitos humanos).

Na perspectiva kantiana, portanto, mesmo não se chegando a uma verdade absoluta, no sentido da correspondência do pensar com o real, pode-se chegar a verdades universais, válidas para todos (tal como pretende a tese da validade universal dos direitos humanos), sem que se precise buscar um acordo ou uma concordância racionais com os afetados por essa pretensão à verdade (ou à correção). Ora, se eu, enquanto sujeito, posso decidir o que é válido para todos sem consultá-los, então, posso decidir individualmente, com base somente em minha subjetividade *a priori*, o que é verdadeiro, correto e justo (por exemplo, a pretensão à correção universal dos direitos humanos) e os demais (outras culturas, por exemplo) devem se conformar a essa decisão.

Com base no exposto, podemos afirmar que a subjetividade transcendental kantiana, embora crítica em relação ao dogmatismo da metafísica ontológica da tradição ocidental (que implica na pretensão de estabelecer direitos humanos universais baseados em um pretensio conhecimento da natureza das coisas ou da natureza humana), é, ela própria, não suficientemente crítica para evitar seu solipsismo e, porque não dizer, a arbitrariedade de um sujeito isolado que se julga capaz de decidir com base em sua subjetividade, sem consultar os afetados (por exemplo, outras culturas), o que vale universalmente (por exemplo, a idéia de direitos humanos universais) para eles e para todos.

A hermenêutica alemã (Heidegger e Gadamer) desmascara o solipsismo metódico de uma filosofia ancorada na subjetividade, como é o caso da filosofia de Kant. Para ela, uma mediação fundamental para o agir e para o pensar humanos é o *a priori* da linguagem, que pressupõe, desde sempre, a comunicação, o entendimento e o acordo sobre o sentido, o que se dá sempre em uma tradição e cultura<sup>1514</sup>. Assim sendo, nosso pensar sobre as coisas e sobre o agir humano, logo, também, sobre a idéia de direitos humanos, se articula já sempre a partir de uma linguagem pública que é coletivamente e culturalmente construída e reconstruída, pragmaticamente, no decorrer da história.

Isso tem como implicação que o sentido da linguagem é historicamente constituído pela comunidade cultural lingüística e, uma vez que é através dessa linguagem e de seu sentido que nós determinamos o significado dos direitos, é essa comunidade cultural lingüística, intersubjetiva, que, formulando no processo de comunicação e entendimento o sentido da linguagem, constitui, ao

<sup>15</sup> Cf. em GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y metodo. Tomo I*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

mesmo tempo, o sentido da verdade, do bem e do justo, e, por conseqüência, o sentido da idéia de direitos e, por conseqüência, o sentido de uma possível idéia de direitos humanos.

Nesse horizonte a razão humana é sempre marcada pela cultura e pela tradição e de tal modo que nosso pensar sobre o direito está sempre preso aos nossos prejuízos (pré-conceitos) culturais, o que traz como implicação necessária a tese de que a idéia de direitos humanos é uma idéia gestada historicamente e culturalmente e, por conseguinte, fruto da busca de sentido de uma tradição cultural (no caso a cultura ocidental burguesa).

Ora, para Gadamer, há diferentes horizontes de compreensão e como estamos sempre inseridos em um horizonte de compreensão específico, e não há como abrir mão de nossos pré-conceitos e pré-juízos culturais, não podemos pretender compreender melhor do que outra cultura, mas, apenas compreender de um modo diferente. Se Gadamer tem razão, então, a pretensão à universalidade dos direitos humanos sobrepondo-se autoritativamente à diversidade cultural, seria nada mais, nada menos, do que a arbitrariedade de uma cultura particular sobrepondo-se à diversidade cultural.

Pelo exposto, podemos compreender que não há como abrir mão da diversidade cultural, pois a compreensão humana sempre se articula a partir de diferentes tradições e culturas. Desse modo, querer sustentar a tese da universalidade dos direitos humanos, para além da autoconhecimento das culturas e das tradições, pode revelar-se apenas como uma postura arbitrária e autoritária de uma cultura (a cultura burguesa ocidental) que pretende arbitrariamente se impor sobre outras culturas, a não ser que consigamos justificar racionalmente - de modo suficiente - para todos os afetados e afetáveis (e para todos os opositores e críticos) a necessidade racional da pretensão à validade universal da idéia de direitos humanos, o que, a partir do antes exposto, não nos parece uma tarefa fácil.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não quero, a partir do exposto, concluir que não se deva tentar ou que não seja possível justificar de modo suficiente a pretensão à validade universal da idéia de direitos humanos, quero apenas sustentar a tese de que sem essa justificação racional suficiente da idéia de direitos humanos, não devemos elevá-la ao estatuto de dogma e com isso pretender impô-la a quem pensa diferentemente de nossa cultura e tradição, pois, ao fazermos, isso estaremos sendo arbitrários e autoritários.

Assim sendo, se não pudermos justificar de forma racionalmente suficiente e aceitável para todas as diferentes culturas, logo, perante todos os afetados e afetáveis, a pretensão à validade deontológica universal dos direitos humanos, essa pretensão será dogmática e arbitrária, mesmo havendo seu reconhecimento e sua institucionalização fáticos, pois do ponto de vista de uma razão

suficientemente crítica o mero reconhecimento ou a mera institucionalização fáticos, mesmo universais, não podem funcionar como critério suficiente de validade para os direitos humanos; impõe-se, portanto, frente ao desafio da multiculturalidade, a necessidade de uma justificação racional suficiente da pretensão à validade universal da idéia de direitos humanos.

#### 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo. Tomo I*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. *Kritik der praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos para publicação na Revista NOMOS devem ser sobre Direito Constitucional.

2. Os trabalhos devem ser inéditos.

3. Os trabalhos devem ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade profissional exercida.

4. Os trabalhos devem ter preferencialmente entre 12 e 25 laudas e redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês ou alemão, com resumo, palavras-chaves, abstract e key-word.

5. Os trabalhos devem ser redigidos no programa Microsoft Word, a fonte deve ser Times New Roman e os parágrafos justificados, salvo o título do artigo e a autoria.

6. As margens devem ser: superior 3 cm, inferior 2 cm, esquerda 3 cm e direita 2 cm.

7. A estrutura dos trabalhos deve ser:

- Título do artigo: centralizado, caixa alta, fonte 14 e em negrito;

- Autoria: alinhada à direita, fonte 10, com asterisco indicando breve currículo em nota de rodapé;

- Resumo em português e em alguma das outras línguas acima indicadas: deve conter até 250 palavras, fonte 10, espaço entre linhas 1,0;

- Palavras-chave em português e em alguma das outras línguas acima indicadas: de 3 a 6 palavras-chave, separadas por ponto;

- Corpo do texto: deve conter Introdução, Desenvolvimento e Conclusão. Todos os títulos devem ser escritos em caixa alta, fonte 12 e em negrito sem ponto, os parágrafos devem iniciar com 1,25 cm na régua do Word, o espaço entre linhas deve ser 1,5 e entre parágrafos 2,0. Os subtítulos devem ser redigidos em caixa baixa, fonte 12 e em negrito. Os sub-subtítulos devem ser escritos em

caixa baixa, fonte 12 e em itálico.

- Referências bibliográficas: devem seguir as regras da ABNT. No caso de livros, por exemplo, devem ser redigidos com o sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

Exemplo:

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário – a função do cidadão contribuinte*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

8. As citações com menos de 3 linhas devem ir no texto entre aspas, sem uso de itálico.

9. As citações longas devem ser separadas do parágrafo e colocadas com 4,0 cm de recuo, fonte 10, espaço entre linhas simples.

10. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usada a sublinha nem o negrito.

11. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista NOMOS. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista onde seu trabalho tenha sido publicado.

12. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outros números da Revista NOMOS, desde que autorizado pelo autor.

13. Os trabalhos deverão ser enviados eletronicamente ao Curso de Mestrado em Direito da UFC (pgdir@ufc.br).

## CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE ARTIGOS

---

1. Linha editorial
2. Publicação semestral do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), a NOMOS tem por finalidade veicular trabalhos científicos que possam contribuir para o avanço do Direito Constitucional, insistindo na diversidade de filiação institucional dos autores e de perspectivas teórico-metodológicas, bem como na apreensão crítica da realidade.
3. Procedimento de tramitação e arbitragem
4. NOMOS – Revista do Mestrado em Direito da UFC conta com um editor responsável, e vários profissionais brasileiros e estrangeiros no corpo editorial científico, trabalhando em conjunto na organização e preparação da publicação. O editor responsável tem a função da apreciação inicial dos manuscritos, designação e encaminhamento aos pareceristas, acompanhamento do processo editorial de cada artigo, bem como revisão final do periódico.
5. Os manuscritos submetidos à Revista passam pelos seguintes processos, preservando-se sempre a identidade dos autores e dos pareceristas:
6. Verificação inicial de sua adequação à linha editorial e às normas de formatação previstas nas normas de publicação. Caso uma ou ambas as condições não sejam atendidas, o manuscrito retornará ao(s) autor(es), com esclarecimentos que lhe(s) possibilitam envio do texto reformulado ou de outro texto. Se atendidas as condições previstas, serão designados dois pareceristas. Um deles dentre os membros do Conselho Editorial e um ad hoc dentre a lista de avaliadores externos designados pelo Conselho Editorial;
7. Os pareceristas serão consultados sobre a possibilidade de realização do parecer e, se aceitarem, preencherão formulário próprio no qual poderão sugerir alterações, recusar ou aprovar o texto para publicação. Em todos os casos, o autor será comunicado. Diante da solicitação de alterações, o manuscrito e os pareceres serão encaminhados ao(s) autor(es) para modificações em um prazo de dez dias, caso ainda haja interesse na publicação. As alterações, quando realizadas, serão apreciadas pelos pareceristas, que autorizarão ou não a publicação;

8. Na seleção final de manuscritos para publicação, avaliar-se-ão, além da adequação às normas editoriais adotadas pelo periódico, a originalidade, a relevância do tema e a qualidade da metodologia científica utilizada. O teor do conteúdo e a exatidão das citações são de inteira responsabilidade dos autores. Os originais, mesmo quando não aproveitados, não serão devolvidos ao(s) autor(es);
9. Em casos em que os dois pareceristas emitirem opiniões divergentes, um aprova e o outro recusa, designar-se-á um terceiro parecerista, membro do corpo editorial científico, para definir a situação;
10. Após essa tramitação, se o manuscrito for recusado o(s) autor(es) receberá(ão) carta do editor esclarecendo os motivos e deixando aberta a possibilidade de envio de novos trabalhos. Em caso de aprovação, o(s) autor(es) serão comunicado(s) sobre o número da revista em que sairá seu artigo e o manuscrito será enviado para a revisão de português ou espanhol. O editor responsável e o Conselho Editorial se reservam o direito de aprovar as correções do idioma, mas, havendo alterações substanciais, essas correções serão submetidas à apreciação do(s) autor(es);
11. A partir daí, os manuscritos iniciarão os trâmites na gráfica, contando com o acompanhamento do editor responsável e do Conselho Editorial;
12. Concluída a editoração, o editor responsável e o conselho editorial acompanharão o envio da revista para o(s) autor(es) e sua distribuição nas principais Bibliotecas do país.





**Gráfica e Editora LCR Ltda**  
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844  
Bairro: Dionísio Torres  
Fortaleza - Ceará